ISSN 1678-5029

CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGDir./UFRGS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Edição Especial - INSERÇÃO INTERNACIONAL

Volume II
Número IV
Junho 2004

SPECIAL EDITION
International Publications and
Distinctions of the PPGDir./UFRGS
(2000 / 2001 / 2002 / 2003)

CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDIR./UFRGS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

VOLUME II - NÚMERO IV - JUNHO/2004

EDIÇÃO ESPECIAL - INSERÇÃO INTERNACIONAL

(2000 - 2003)

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Profa. Dra. Wrana Maria Panizzi – Reitora
Prof. Dr. Carlos Ferraz Hennemann – Vice-Reitor

FACULDADE DE DIREITO
Prof. Plínio de Oliveira Corrêa – Diretor
Prof. Sérgio José Porto – Vice-Diretor

DIRETORA
Profa. Dra. Cláudia Lima Marques

COORDENADORES DO VOLUME
Profa. Dra. Cláudia Lima Marques
ACADÊMICAS RESPONSÁVEIS
Antonia Espíndola Longoni Klee
Marília Zanchet
(Bolsistas CAPES e CNPQ)
SECRETÁRIA EXECUTIVA
Eliane Kusbick

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Almiro do Couto e Silva
Rep. Dis. Juliana Leite Ribeiro do Vale
Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior
Profa. Dra. Cláudia Lima Marques
Prof. Dr. Cláudio Fortunato Michelon Jr.
Prof. Franz August Gernot Lippert
Prof. Dr. Humberto Bergman Ávila
Prof. Dr. Francisco Araújo Santos
Profa. Dra. Judith Martins Costa
Prof. Dr. Luís Afonso Heck
Prof. Dr. Luz Fernando Barzotto
Profa. Dra. Martha Lúcia Olivar Jimenez
Prof. Dr. Peter Walter Ashton
Prof. Dr. Raúl Enrique Rojo
Prof. Dr. Rui Portanova
Prof. Sérgio José Porto
Profa. Dra. Véra Maria Jacob de Fradera
Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Jr.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS. Edição Especial. v. 2, n. 4 (jun. 2004).

Porto Alegre PPGDir./UFRGS, 2004.

680 p.; 21,0 x 14,0 cm

ISSN 1678-5029

Semestral

1. Direito: Periódicos. 2. Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Tiragem: 500 exemplares

Bibliotecária responsável: Naila Toguinho

Os cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS é uma publicação semestral, elaborado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Todos os direitos são reservados, nenhuma parte pode ser reproduzida ou transmitida sob quaisquer meios, sejam mecânicos ou eletrônicos, incluindo a fotocópia de qualquer informação sem a prévia autorização.

O Conselho Editorial não assume a responsabilidade por qualquer material publicado nesta revista. Os trabalhos publicados representam o pensamento de seus autores.

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA:

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
Faculdade de Direito - UFRGS
Av. João Pessoa, 80 - 2º andar
Porto Alegre - RS - 90040-000
Fone: 51 3316-3306 - Fone/Fax: 51 3316-3987
e-mail: ppgd@ufrgs.br - http://www.ufrgs.br/ppgd

Pede-se permuta
Piedese canje
We ask exchange
On demande échange
Wir bitten um autausch
Si richiede lo scambio

SUMMARY

PRESENTATION 05

MAIN RESULTS IN PORTUGUESE 09

I - INTERNATIONAL PUBLICATIONS OF THE FACULTY - ARTICLES AND BOOKS (2000-2003) 11

1 - ARGENTINA
2 - BELGIUM
3 - BOLIVIA
4 - CHILE
5 - COLOMBIA
6 - FRANCE
7 - GERMANY
8 - GREECE
9 - ITALY
10 - JAPAN
11 - THE NETHERLANDS
12 - NEW ZELAND
13 - PERU
14 - PORTUGAL
15 - SPAIN
16 - SWITZERLAND
17 - UNITED STATES OF AMERICA

II - PUBLICATION IN BRAZIL OF THE PPGDIR./UFRGS FOREIGN PERMANENT LECTORS AND VISITING SCHOLARS 18

III- PARTNERSHIPS AND GRANTS WITH FOREIGN UNIVERSITIES, LIST OF INTERNATIONAL SYMPOSIUM, VISITING PROFESSORS AND EXCHANGE STUDENTS, *DOCTORS HONORIS CAUSA* (2000, 2001, 2002, 2003) 19

A - PARTNERSHIPS AND GRANTS WITH FOREIGN UNIVERSITIES 19

1 - ARGENTINA
2 - CANADA
3 - FRANCE
4 - GERMANY
5 - ITALY
7 - JAPAN
8 - PORTUGAL
9- SPAIN
10 - SWITZERLAND
11 - UNITED KINGDOM
12 - UNITED STATES OF AMERICA
13 - URUGUAY

B - LIST OF FOREIGN VISITING PROFESSORS AND PERMANENT LECTORS AT PPGDir./UFRGS 30

C - LIST OF THE *DOCTORS HONORIS CAUSA* 31

IV- INTERNATIONAL DISTINCTIONS OF THE FACULTY, THE RESEARCH GROUPS IN THE PPGDIR. / UFRGS AND THEIR COOPERATION WITH UNDERGRATUATED STUDENTS IN INTERNATIONAL COMPETITIONS 31

A - INTERNATIONAL DISTINCTIONS AND INTERNATIONAL ASSOCIATIONS 31

Post-doctoral Studies:
Visiting schoolarships and Special Courses Abroad:

B - RESEARCH GROUPS AT PPGDir./UFRGS AND THEIR COOPERATION WITH UNDERGRATUATED STUDENTS IN INTERNATIONAL COMPETITIONS 33

Active Research Groups at PPGDir. /UFRGS - 2000 –2003
International Competitions under Coach of Faculty Members and Awards to the Law Students:

PRESENTATION

Professor Dr. Claudia Lima Marques

Professor of Law at the Federal University of Rio Grande do Sul/UFRGS, Brazil. Doctor iura utriusque (University of Heidelberg), LL.M. (University of Tübingen). Coordinator of the LL.M. and Doctor Program (PPGDir./UFRGS), 2000-2004.

On behalf of the Coordinator Committee (Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior, Prof. Dr. Véra Jacob de Fradera, Prof. Dr. Cláudio Michelon Jr. and LL.M. candidate Juliana Leite Ribeiro do Vale), allow me as Coordinator of the LL.M. and Doctor Program of the Law School of the Federal University of Rio Grande do Sul, Porto Alegre, to present you this Special Edition "International Publications and Distinctions of the PPGDir. / UFRGS(2000-2003)".

The main idea behind this publication is to show the level of consolidation of international contacts, international research and publication of the Faculty and Doctor candidates of the PPGDir./UFRGS. Indeed, since the beginning, both our LL.M. Program in 1985 and later the Doctor Program in 1999 headed to have, to maintain and to develop international scientific contacts and cooperation projects (specially, with Germany, France, Italy, Argentina and the United States of America) and to achieve an international level of quality. Today we achieved these goals and this publication should give more visibility to this reality.

Thanks the effort of all our Faculty members and staff, it can be said that the PPGDir./UFRGS have nowadays an international level. The former myth that Law, as a cultural and national phenomenon, does not allow the excellence of our research and theories to be known and used in foreign countries, is suppressed by the international repercussion that these last 3 years of our work shows.

In this Special edition we will republish (with authorization) some of the articles and books published by our Faculty members in seventeen (17) Countries in the World between 2000 and 2003 (the complete list is to be founded at the Summary with the scientific quotation). We are happy to inform that in this tri-annual evaluation by the Brazilian government/CAPES, our Program has achieved grade 5 (A) and produced a total of sixty-four (64) international publications !

More important than this impressive number (73, if we add the publication of our visiting professors in Brazil and abroad), for a small program with only 11 NRD6 Professors, is the quality and the international repercussion of these publications. Indeed, the Faculty of PPGDir./UFRGS is known in all the main countries considered in Comparative Law, like the United States of America, in the Common Law World, or like France, Germany, Belgium and Italy, in the Roman-german Law Family, and our professors have published in these countries as well.

Continuing the work of the founders of PPGDir./UFRGS, Professors Clóvis do Couto e Silva, Sérgio José Porto, Adroaldo Fabrício and Almiro do Couto e Silva, the research of our Faculty is known and published in Germany (1 Book, 3 Chapters of Books and 2 articles), in Italy (2 Chapters of Books and 4 articles), in France (1 Book and 2 articles), in Belgium (7 articles) and now in the United States of America (1 Chapter of Book and 5 articles). Our Faculty has also published in Canada, the Netherlands, Greece, Spain and Portugal and also in farther countries like Japan and New Zealand.

It is also to mention that the Law Faculty members have a special impact and many joint publications in our neighbor country Argentina (19 publications: 1Book, 9 Chapters of Books, 9 articles). Between 2000 and 2003, we have also achieved publications in other Latin-American countries, like Bolivia, Chile, Colombia, Peru and Puerto Rico. Moreover, given that our doctor candidates have achieved the international level and quality, they have important publications in Argentina (3), Bolivia (2), Belgium (3) and Portugal (1), that we want to honor in this special edition.

In Section II, we are republishing (with authorization) some of the work of our successful visiting professors and permanent lectors, who enriched our Program in 2000 (Harriet C. Zitscher, Germany), in 2001 (Ulrich Wehner, Germany and Jens Kartens, Louvain-la-neuve, Belgium), in 2003 (J.Miguel Lobato Goméz, Spain), and who will continue to enrich our Program in 2004 (Catherine Tinker, USA). We want to thank not only these idealistic and competent foreign professors, but also the DAAD (Deutsche Akademische Austauschdienst, Germany), the Université de Louvain-la-neuve (Belgium), the Universidad de León (Spain) and CAPES to make possible these important renovation of our way of thinking and learning with the stay of our foreign friends in the PPGDir./UFRGS, Porto Alegre.

This internationalization of our Program was only possible through the decades of international cooperation between the Federal University of Rio Grande do Sul and the most important Universities around the world. I would like to thank, for the decisive help from 2000 to 2003, the President of the University, Professor Dr. Wrana Maria Pannizzi, and all the international organizations that are sponsors of our international events and that give us grants for the exchange of students, Faculty members and researchers. Our special thanks goes to CAPES (Brazil), FAURGS and FAPERGS (Rio Grande do Sul, Brazil), to DAAD (Germany), to the Embassy of the United States of America and FIPSE (USA), to the British Council, and to our especial Partners, Universität Heidelberg (Germany), University

of Texas at Austin (USA), Universidad de Buenos Aires and Universidad Nacional del Litoral (Argentina), and Tohoku University, Sendai (Japan).

In our globalized and complex world, it is not only necessary to communicate in other languages (English, German, French, Italian, Spanish and Japanese), but it is also indispensable to have an interdisciplinary work, required by the law research in a high and international level. Therefore, I want to thank, for supporting our initiatives and opening their own international contacts to us, being willing to research and work together with the PPGDir./UFRGs, our Partners at the Federal University, as well as the NGOs, especially in the persons of: Prof. Dr. Maria Suzana Arrosa Soares (LL.M. in International Relations, Social Sciences School/UFRGS), Prof. Dr. Maria da Graça Krieger (Termisul Project of Environmental Terminology, School of Foreign Languages/UFRGS), Prof. Dr. Raúl Rojo and Prof. Dr. Clarissa Baeta Neves (Doctor Program in Sociology, Social Sciences School// UFRGS), Prof. Tomoko Kimura Gaudioso (Center of Japanese Language/UFRGS), Prof. Dr. Margarete Schlatter (Center of English/UFRGS), Prof. Dr. Johannes Doll (Interdisciplinary Center of Aging Studies, School of Education/UFRGS), Prof. Dr. Francisco Araújo Santos (Business School/UFRGS), Prof. Dr. Pedro Fonseca (Economics School/ UFRGS), Dr. candidate Adalberto Pasqualotto (Brazilconsumer, NGO, São Paulo/Porto Alegre), Judge Eládio Lecey (Lawyers for a Green Planet, NGO, São Paulo/Porto Alegre) and the Special Secretary for International Relations of UFRGS, Silvia Rocha (School of Languages/UFRGS). Special thanks also to Vice-Dean Sérgio José Porto, Prof. Manoel André da Rocha (Law School/UFRGS) and the staff of PPGDir, especially to Eliane Kubrisch. To all our partners at UFRGS and abroad, our deepest gratitude.

In section III we listed the activities of our cooperation agreements and joint research programs with Universities and Research Institutes of thirteen (13) countries around the world, especially with Germany (8 Universities), France (5 Universities), Argentina (5 Universities), USA (4 Universities), Italy (2 Universities) and Canada (2 Universities) and also with Japan, Portugal, Spain, Switzerland, United Kingdom, and Uruguay.

Indeed, the PPGDir./UFRGS actively and successfully cooperates with thirty-eight (38) different Universities in 4 continents, which also include the exchange of Students and not only of Faculty members. In 2004 we are planning to develop new contacts with Russia and Venezuela, and to expand our contacts with Germany, France, Japan and the United Kingdom. The list of international symposiums in the PPGDir./UFRGS from 2000 to 2003 is also available in Section III. In this section, we mention also the Doctor *honoris causa* titles of the Federal University proposed by the PPGDir./UFRGS (Prof. Dr. Dr. h. c. multi Erik Jayme, University of Heidelberg, Germany, Prof. Dr. Miguel Reale, University of São Paulo, Brazil, Prof. Dr. Eduardo Garcia de Enterría, University of Madrid, Spain and, in 2004, Prof. Dr. Paolo Grossi, Italy).

In section IV, we listed the international distinctions and awards granted to our Faculty members and their respective research groups that make possible the internationalization of the PPGDir./UFRGS. We have nine (9) research groups active at the

PPGDir./UFRGS from 2000 to 2004. These research groups enable the participation of law students and LL.M. candidates in international competitions. Under guidance of the PPGDir./UFRGS Faculty members our law students participated in eleven (11) international competitions from 2000 to 2003 in Brazil, USA and Austria, won ten (10) international awards and also organized themselves the first Model United Nations of our University (UFRGSMUN – UFRGS Model United Nations), with decisive help of the law students from the University of Texas at Austin. This section should also show the depth of the involvement and cooperation between the PPGDir./UFRGS and the Law School of the Federal University of Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

As Coordinator of the LL.M. and Doctorate Programs (PPGDir./UFRGS) from 2000 to 2004, I want to thank all the Faculty members who successfully engaged in this enterprise, who make these international exchanges possible and enable this impressive impact that grants visibility to our research in 17 countries around the world. The PPGDir./UFRGS is proud to present these results for evaluation to the CAPES Committee in August 2004 and with it pay our respects to the commitment of our Federal University to achieve this international quality.

As the founder from the Hague Academic of Private International Law, Tobias Asser, always said: in international issues, in cross country debates and cooperation, we need at the same time patience and courage! In these 3 years, the Faculty members and Doctorate candidates of the PPGDir./UFRGS have shown that the internationalization of a small Law Program from Porto Alegre, Brazil - with talent, research quality, commitment to the students and fruitful interdisciplinary work - is possible! Indeed, our Faculty and staff have shown great respect and openness towards different laws and cultures, with patience and enormous scientific curiosity. But the success of an international program is a path with two directions. The Faculty of PPGDir./UFRGS has also achieved a high scientific and doctrinal level and we have the courage to make visible our doctrine in the more important countries of the *civil law* and *common law* systems. In these three years we consolidated an international and intercultural academic dialogue that makes us very proud. This special edition is a small sign of our deepest gratitude.

In this opportunity, allow me to express my view that only through tolerance, knowledge, and respect towards different countries, cultures and laws we can assure a fruitful and harmonic dialogue between scientists around the world. Knowledge is the path to development and we should reassure the presence of Law in our academic exchanges. This is the spirit behind this Special Edition. We want at the same time to celebrate the consolidation of our international contacts, make new contacts possible, show the level of our scientific work in southern Brazil and assure that the Program will continue in this direction.

Finally, I am especially grateful to Marília Zanchet and Antonia Espíndola Longoni Klee (UFRGS LL.M. candidates) for the help in organizing this Special issue.

My special thanks to Prof. Almiro do Couto e Silva, former coordinator of the PPGDir./UFRGS, who showed us the way to successful international cooperation and exchanges.

MAIN RESULTS IN PORTUGUESE

APRESENTAÇÃO RESUMIDA

A idéia principal desta edição especial dos Cadernos da Pós-Graduação PPGDir./UFRGS é demonstrar o alto nível de consolidação dos contatos internacionais, das pesquisas e publicações realizadas pelos docentes e dicentes. Festejar a inserção internacional que o PPGDir./UFRGS de 2000 a 2003, pois manteve e aprofundou os laços estabelecidos pelos fundadores com a Alemanha, França, Bélgica, Itália e Argentina e desenvolveu novos com os Estados Unidos da América e o Japão.

Os resultados presentes na seção I são os seguintes: O PPGDir./UFRGS alcançou, no último trênio de avalição da CAPES, com a nota 5(A) e com a ajuda da CAPES, DAAD, Embaixada Norte-Americana, FIPSE, British Council, FAURGS e FAPERGS e com o trabalho atualizado e de qualidade de seus docentes, a publicação de seus trabalhos em 17 países do mundo, em um total de 64 publicações internacionais. Deve ser destacada a publicação e citação de nossas pesquisas e teorias jurídicas em todos os países considerados principais do Direito Comparado, tanto da *civil law* e da *common law*: Alemanha (1 livro, 3 capítulos de livro e 2 artigos de doutrina), Itália (2 capítulos de livros e 4 artigos), França (1 livro e 2 artigos) e Bélgica (7 artigos), e Estados Unidos da América (1 capítulo de livro e 5 artigos). Nossos professores ainda publicaram no Canadá, Países Baixos, Grécia, Espanha e Portugal, além de países de continentes mais distantes, como Japão e Nova Zelândia.

O PPGDir./UFRGS ainda tem um forte impacto na vizinha Argentina, onde concentra-se a sua maior publicação (1 livro, 9 capítulos de livros e 9 artigos de doutrina: total 19), sem descuidar dos contatos com outros países latino-americanos como Bolívia, Chile, Colombia e Peru. Destaque-se que nossos discentes também alcançaram nível internacional e deram visibilidade as nossas pesquisas na Argentina (3 artigos), Bolívia (2 artigos), Bélgica (3 artigos) e Portugal (1 artigo) mesmo antes de terminar seus doutorados, fato que queremos honrar nesta edição especial.

Na seção II, publicamos os trabalhos no Brasil de nossos professores convidados permanentes que muito ajudaram nesta renovação de nosso pensamento e na maneira de dar aulas e agradecemos às instituições (CAPES, DAAD, FAURGS, FAPERGS, CNPq etc.), que possibilitaram a vinda ao PPGDir./UFRGS destes acadêmicos: 2000 (Harriet C. Zitscher, Alemanha), 2001 (Ulrich Wehner, Alemanha e Jens Kartens, Lovain-la-neuve, Bélgica), 2003 (J. Miguel Lobato Goméz, Espanha) e, em 2004, (Catherine Tinker, EUA).

Agradecemos também aos demais colegas da UFRGS e das ONGs, que fizeram possível esta inserção internacional: Magnífica Reitora da UFRGS, Prof. Dr. Wrana Panizzi, Prof. Dr. Maria Suzana Arrosa Soares (Mestrado em Relações Internacionais, IFCH/UFRGS),

Prof. Dr. Maria da Graça Krieger (Projeto Termisul de Terminologia Ambiental, Instituto de Letras/UFRGS), Prof. Dr. Raúl Enrique Rojo e Prof. Dr. Clarissa Baeta Neves (PPGSociologia, IFCH//UFRGS), Prof. Tomoko Kimura Gaudioso (Centro de Línguas – Japonês, Inst. Letras/UFRGS), Prof. Dr. Margarete Schlatter (Centro de Línguas – Inglês, Inst. Letras// UFRGS), Prof. Dr. Johannes Doll (Núcleo Interdisciplinar de Estudos sobre Envelhecimento, Fac. de Educação/UFRGS), Prof. Dr. Francisco Araújo Santos (Escola de Administração/ UFRGS), Prof. Dr. Pedro Fonseca (Fac. de Economia/UFRGS), Doutorando Adalberto Pasqualotto (Brasilcon, ONG, São Paulo/Porto Alegre), Desembargador Eládio Lecey (Instituto 'Direito por um Planeta Verde', ONG, São Paulo/Porto Alegre) e a Coordenadora da Secretaria de Relações Interinstitucionais e Internacionais da UFRGS, Silvia Rocha. Assim como o apoio do Vice-Diretor Sérgio José Porto, ao Prof. Manoel André da Rocha e a toda a equipe da Secretaria do PPGDir./UFRGS, sob o comando de Eliane Kusbick.

Na seção III sobre atividades dos acordos e pesquisas de cooperação, os resultados foram: o PPGDir./UFRGS mantem cooperação com 38 diferentes Universidades e Institutos de Pesquisa, em 13 países, em especial com a Alemanha (8 Universidades), França (5 Universidades), Argentina (5 Universidades), EUA (4 Universidades), Itália (2 Universidades) e Canadá (2 Universidades), e com o Japão, Portugal, Espanha, Suíça, Reino Unido e Uruguai. Destacamos também os títulos de Doctor *honoris causa* propostos pelo PPGDir./ UFRGS(Prof. Dr. Dr. h. c. multi Erik Jayme, Universidade de Heidelberg, Alemanha, Prof. Dr. Miguel Reale, Universidade de São Paulo e Prof. Dr. Eduardo Garcia de Enterría, Universidade de Madri, Espanha, já concedidos e Prof. Dr. Paolo Grossi, Itália, em andamento).

Na seção IV, listamos os prêmios e distinções internacionais de nossos 9 grupos de pesquisa do PPGDir./UFRGS, assim como sua interação com a graduação. Sob a orientação dos docentes e dicentes do PPGDir./UFRGS os alunos da Faculdade de Direito da UFRGS participaram, de 2000 a 2003, de 11 competições internacionais, no Brasil, Viena e Washington, merecendo 10 prêmios internacionais e organizaram, com apoio do PPGDir./UFRGS e dos estudantes visistantes da Univ. do Texas-Austin, a primeira simulação da ONU, em inglês, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o UFRGSMUN-Model United Nations, com muito sucesso.

A todos que participaram e incentivaram a inserção internacional do PPGDir./UFRGS, em especial ao Prof. Almiro do Couto e Silva, o nosso agradecimento sincero.

SPECIAL EDITION

International Publications and Distinctions of the PPGDir. /UFRGS(2000/2001/2002/2003)

I - INTERNATIONAL PUBLICATIONS OF THE FACULTY - ARTICLES AND BOOKS (2000-2003)

1. ARGENTINA

1 - 2000 – AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Daños Derivados de Actos Del Poder Judicial. In: Los Nuevos Daños: soluciones modernas de reparación*. vol. 1, 2 ed. renov. amp., Carlos Alberto Ghersi (Coordinador). Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 277-320.

2 - 2000 – JAEGER JUNIOR, Augusto. Los indios, los jesuitas y el Mercosur. *Revista de Derecho del Mercosur*. Buenos Aires: La Ley, a. 4, n. 3, jun. 2000. p. 19-24.(Dr. candidate PPGDIR./UFRGS)

3 – 2000- MARTINS-COSTA, Judith. Direito e Cultura: entre as veredas da existência e da história. *Investigación y Docência*. n. 33, Rosário, Argentina: Universidade Nacional de Rosário – Fundación para lãs Investigaciones Jurídicas, p. 91-103. ***(waiting confirmation)***

4- 2000 – LIMA MARQUES, Claudia. Contratos de Time-Sharing en Brasil y la Protección de los Consumidores: critica al derecho civil en tiempos postmodernos. In: *Los Nuevos Daños: soluciones modernas de reparación*. vol. 2. Carlos Alberto Ghersi (Coordinador), Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 69-105.

5 - 2000 – LIMA MARQUES, Claudia. TURKIENICZ, Eduardo. En defensa de la teoría finalista para la interpretación del artículo 2° del Código de Defensa del Consumidor Brasileño. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros La Ley*. Buenos Aires, v. VI, 2000, p. 16-29. ***(waiting confirmation)***

6- 2000 - OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía. Establecimiento de una Politica Comun de Proteccion al Medio Ambiente. Su Necessidad dentro de um Mercado Comun. In: *Nuevos Daños: soluciones modernas de reparación*. vol. 1. Carlos Alberto Ghersi (Coordinador). Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 229-264. ***(waiting confirmation)***

7 - 2001 – MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Los Daños a la Persona en el Derecho Brasileño y la Naturaleza de su reparación. *Revista de Responsabilidade Civil y Seguros - La Ley*. año 3, n. 2. Buenos Aires, mar./abril - 2002. (***waiting confirmation***)

8 - 2001 – LIMA MARQUES, Claudia. Algunas observaciones sobre la protección del consumidor y del usuario de baja renta en los servicios bancarios brasileños. In: *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI: Homenagem ao Professor Dr. Roberto López Cabana*. Oscar J. Ameal and Silvia Y. Tanzi (Org.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 797-811. (***waiting confirmation***)

9 - 2001 – LIMA MARQUES, Claudia. A Insuficiente Proteção do Consumidor nas Normas de Direito Internacional Privado: da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *Revista de Derecho Internacional y de la Integración*. Santa Fé, 2001. (***waiting confirmation***)

10 - 2002 – DEL'OLMO. Florisbal de Souza. *Augusto Teixeira de Freitas: el protojurista del Mercosur*. Buenos Aires: Lecciones y Ensayos, 2002.(Dr. candidate PPGDIR./UFRGS)

11 - 2003- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2002, III, p. 45-60.

12 - 2003 – JAEGER JUNIOR, Augusto. Prólogo. In: TANSKI, Nilda. *Administración de Marketing: Segmentación integral de mercados*. Posadas: Graficop, 2003. p. 14-17. (Dr. candidate PPGDIR./UFRGS)

13 - 2003 – MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Buena Fé y Adimplemento das Obligaciones. In: CORDOBA, Marcos; GARRIDO, Lídia; KLUGER, Viviana. (Org.). *Tratado de la Buena Fé*. Buenos Aires, 2003. (***waiting confirmation***)

14 – 2003 - LIMA MARQUES, Claudia. O Direito do Mercosul: Direito Oriundo do Mercosul, entre direito internacional clássico e novos caminhos de integração. *Derecho Del Mercosur y la Integración*, n. 1, feb., 2003, p. 61-89. (***waiting confirmation***)

15 - 2003 – LIMA MARQUES, Claudia. Cap. 6 - Derecho aplicable - V. Técnicas de reglamentación directas. In: *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Diego P. Fernandez Arroyo (Org.), Buenos Aires: Zavalia, 20003, p. 272-277. (***waiting confirmation***)

16 - 2003 – LIMA MARQUES, Claudia. FERNÁNDEZ-ARROYO, Diego P. (Spain), Cap. 15 - Protección de menores en general. In: *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Diego P. Fernandez Arroyo (Org.), Buenos Aires: Zavalia, 20003, p. 584-594. (***waiting confirmation***)

17 - 2003 – LIMA MARQUES, Claudia. FRESNEDO AGUIRRE, Cecília. (Uruguay) Cap. 14- Personas jurídicas. In: *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Diego P. Fernandez Arroyo (Org.), Buenos Aires: Zavalia, 20003, p. 541-554. (***waiting confirmation***)

18 - 2003 – LIMA MARQUES, Claudia. Cap. 17 – Filiación. OPPERTI, Didier. (Uruguay) In: *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Diego P. Fernandez Arroyo (Org.), Buenos Aires: Zavalia, 20003, p. 647-656. (***waiting confirmation***)

19 - 2003 – LIMA MARQUES, Claudia; LORENZETTI, Ricardo Luis. (Argentina) *Teoria General de los Servicios de Consumo*. Vol. 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003/2004. 140p. (***waiting confirmation***)

2 - BELGIUM

1 – 2000 – JACOB DE FRADERA, Véra Maria. Cap. Langue et Droit au Mercosur. *Langue et Droit*. (Erik Jayme -org.) Bruxells: Bruylant, 2000, p. 123-140. (***waiting confirmation***)

2 - 2000 – JAEGER JUNIOR, Augusto. Mercosul e a liberdade de concorrência. In: *Boletín Latinoamericano de Competência*. Bruxelas, dez. 2000, n. 11, p. 25-31.(Dr. candidate PPGDIR./UFRGS)

3 - 2000 – LIMA MARQUES, Claudia; STIGLITZ, Gabriel (Argentina). Uruguay: Consumer Protection Act Adopted. *Consumer Law Journal*. Belgium, v. 8, n. 1, 2000, p. 80. (***waiting confirmation***)

4 - 2000 – LIMA MARQUES, Claudia. The Cigarette Industry has the burden of providing the nicotine is not addictive to consumers. *Consumer Law Journal*. Belgium, v. 8, n. 2, 2000, p. 204-205. (***waiting confirmation***)

5 - 2001 – JAEGER JUNIOR, Augusto. Para uma quinta liberdade econômica fundamental. In: *Boletín Latinoamericano de Competência*. Bruxelas, nov. 2001, n. 13, p. 38-49. (Dr. candidate PPGDIR./UFRGS).

6 - 2001 – GUIMARÃES TABORDA, Maren. La Jurisprudence classique romaine et la construction d'un droit des affaires fondé sur la fides. *Revue Internationale des Droits de L'Antiquité*. Bruxelles: , v.XLVIII, n.1, p.151 - 183, 2001

7 - 2002 – JAEGER JUNIOR, Augusto. O novo Código Civil Brasileiro e a reorganização de empresas. In: *Boletín Latinoamericano de Competência*. Bruxelas, oct. 2002, n. 15, p. 53-77. (Dr. candidate PPGDIR./UFRGS)

3 - BOLIVIA

1 - 2000 – DEL'OLMO, Florisbal de Souza. A Naturalização nos Estados Hispano-Americanos do Mercosul. In: *IX Encuentro Internacional de Derecho de América do Sur. Los Procesos de Integracíon en el Nuevo Milénio*. La Paz: Universidad Católica Boliviana, 2000, p. 157-161. (Dr. candidate PPGDIR./UFRGS).

2 - 2000 – JAEGER JUNIOR, Augusto. Mercosul e a liberdade de concorrência. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; NOGALES DE SANTIVÁÑEZ, Emma. (Orgs.) *IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur: los procesos de integración en el nuevo milenio*. La Paz: Universidad Católica Boliviana, 2000. p. 17-24. (Dr. candidate PPGDIR./ UFRGS). (***waiting confirmation***)

4 - CHILE

2001 – LIMA MARQUES, Claudia. Responsabilidad del odontologo frente al consumidor. In: *Boletin de la Red Lega-Consumers International*, n. 9, september 2001, Santiago de Chile, p. 4-7. (***waiting confirmation***)

5 - COLOMBIA

2002- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Livre apreciação da prova: perspectivas batuais. In: *Prueba - Homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*. Colombia: Universidad Libre, 2002, p. 599-618.

6 - FRANCE

1 - 2002 – JACOB DE FRADERA, Véra Maria. *Réflexions sur l'Apport du Droit Comparé à l'Élaboration du Droit Communautaire*, 2002. Dr. Thesis, Université de Paris I, mention très honorable et les felicitations du jury. (***waiting confirmation***)

2 -2003 – JACOB DE FRADERA, Véra Maria. La responsabilité. In: *Aspects Nouveaux, Travaux de l'Association Henri Capitant. Journées Panaméennes*, tome L/ 1999, p. 217-220. Paris: LGDJ, 2003, p. 217-220.

3 – 2003 - JACOB DE FRADERA, Véra Maria. Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen. The Role of Comparative Law in the Emergence of European Law. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 2, 2003, p. 484-486.

7 - GERMANY

1 - 2000- WEHNER, Ulrich, EU und Mercosur -Auf dem Weg zur Freihandelszone? (União Européia e Mercosul: No caminho de uma zona de livre comércio ?"). *Recht der Internationalen Wirtschaft*, ano 2000, p. 370 a 376. (DAAD/CAPES, permanent lector, PPGDir./UFRGS, Germany). (***waiting confirmation***)

2 - 2001 – HECK, Luís Afonso. Die Normenkontrolle im brasilianischen Verfassungsrecht. In: GEIS, Max-Emanuel; LORENZ, Dieter (Org.). *Staat-Kirche-Verwaltung: Festschrift für Hartmut Maurer zum 70.* Geburstag. Vol. 1. München, 2001, p. 111-126.

3- 2002 – ÁVILA, Humberto Bergmann. *Materiell verfassungsrechtliche Beschraenkungen der Besteuerungsgewalt.* Baden Baden: Nomos-Verlag-Gesellsachft, 2002, 398p. (***waiting confirmation***)

4 - 2002 – LIMA MARQUES, Claudia. Gleichheit zwischen Kindern im aktuelle brasilianischen Recht- Postmodernes Recht? *Rechtsentwicklungen in Portugal, Brasilien und Macau.* Erik Jayme and Christian Schindler (Hrsg), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002, p. 65-98. (***waiting confirmation***)

5 - 2002 – MICHELON JUNIOR, Claudio Fortunato. The Justification of Authority and the Insulation of Formal Reasons. *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie (ARSP).* Vol. 88, n. 1. Bielefeld, 2002, p. 51-73.

6 - 2003 – LIMA MARQUES, Claudia. Das neue brasilianische Zivilgesetzbuch von 2002: Bemerkungen zum neuen Unternehmensrecht (Direito de Empresa) und der Quellendialog mit dem Verbraucherschutzgesetzbuch von 1990. In: *Das Recht der lusophonen Länder II.* Erik Jayme and Christhoph Benicke (Hrsg), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, DLJV Erlangen, 21 pg.

8 - GREECE

2003- LIMA MARQUES,Cláudia. OGM et le droit de la consommation: une action mondial pour assurer l'information des consommateurs? In: *9th Internation Consumer Law Conference.* Athens, Greece, 2003 (CD).

9 - ITALY

1 - 2000 – MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da Reparação. *Revista Roma e América – Diritto Romano Comune,* n. 10, separata, Roma: Mucchi Editore, 2000, p. 157-185. (***waiting confirmation)***

2 - 2002 – MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A Boa-fé como Modelo. *Revista Roma e América - Diritto Romano Comune,* n. 13, separata, Roma: Mucchi Editore, 2002, p. 71-98.

3 - 2002 – LIMA MARQUES, Claudia. Défis d'un dialogue entre les règles régionales, universelles et du Mercosur en matière de procédure civile internationale. In : *Congress to Celebrate the 75th Anniversary of the Fouding of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Harmonisation Mondiale du Droit Privé et Integration économique régionale.* Rome, 2002 (CD). (***waiting confirmation***)

4 - 2003 – LIMA MARQUES, Claudia. Procédure civile internationale et Mercosur : pour un dialogue des règles universelles et régionales. *Revue du Droit Uniforme/Uniform Law Review - UNIDROIT,* , vol. VIII, 2003-1/2, Roma, p. 465-484. (***waiting confirmation***)

5- 2003 - ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Mauro Cappeletti and the Brazilian Procedural Law. International Association of Procedural Law (Ed.), *In honor Mauro Capeletti*, Milan, CEDAM, 2003/2004.

6- 2003 - ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Considerazioni intorno all'eficacia della sentenza. International Association of Procedural Law (Ed.), *In honor Giuseppe Tarzia*, Milan, CEDAM, 2003/2004.

10 - JAPAN

2002 – LIMA MARQUES, Claudia. Some recent developments in Private International Law in Brazil, *Japanese Yearbook of Private International Law*, vol. 4, 2002, p. 13-50. (***waiting confirmation***)

11 - THE NETHERLANDS

1 - 2001 – MICHELON JUNIOR, Claudio Fortunato. Is Rawls Equalitarian? In: *20th World Congress of International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*. Amsterdam, 2001 (CD). (***waiting confirmation***)

2 - 2001 – MICHELON JUNIOR, Claudio Fortunato. The Insulation of Formal Reasons. *In: 20th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*. Amsterdam, 2001. (***waiting confirmation***)

12 - NEW ZELAND

2001 – LIMA MARQUES, Claudia. The Protection of the Consumers in Case of Foreign Goods and Services, according to the Brazilian law. In: *8th International Consumer Law Conference*. Auckland, 2001 (CD). (***waiting confirmation***)

13 - PERU

1 - 2002- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A Garantia do Contraditório. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, vol. V, junho/2002, p. 11-23. (***waiting confirmation***)

2 - 2003- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e Processo de Conhecimento. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, vol. VI, maio/2003, p. 13-26.

3 – 2003 – ROJO, Raúl Enrique. De revoluciones y reformas: Tras un tipo ideal de la reforma social. In: *XXIV° Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociologia*. Arequipa, Peru: Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa (CD-ROM *América Latina: hacia una nueva Alternativa de desarrollo*).

14 - PORTUGAL

1 - 2002 – MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. XXVIII, Coimbra, 2002, p. 603-627.

2 - 2002 – LIMA MARQUES, Claudia. A Convenção de Haia de 1993 e o regime da adoção internacional no Brasil após a aprovação do novo Código Civil Brasileiro em 2002. In: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, vol. I. Universidade de Coimbra: Almedina, Portugal, p. 263-309.

3 - 2002- AZEVEDO DA SILVEIRA, Patrícia. AZEVEDO MARQUES, Vicente. Por quem os sinos dobram: o *leading case* das queimadas no RS. *Revista de Ciência e Cultura*, Série Direito, Universidade Lusíada-Porto, n. 1 e 2, ano 2002, p. 569-584.(Dr. candidate PPGDIR./UFRGS)

15 - SPAIN

2003 – LIMA MARQUES, Claudia. O Direito Internacional privado solucionando 'conflitos de cultura': os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil. In: *El Derecho de Família ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*. Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Esperanza Castellanos Ruiz (Direc.). Madrid: Colex, 2003/2004, p. 547-572.

16 - SWITZERLAND

2003 – LIMA MARQUES, Claudia. Le droit de la consommation au Brésil à l'épreuve des OGM. In *Gastronomie, alimentation et droit: mélanges en l'honneur de Pierre Widmer*. Alberto Aronovictz (Ed.), Zurich: Schulhess, 2003, p. 285-300. (***waiting confirmation***)

17 - UNITED STATES OF AMERICA

1 - 2000 – LIMA MARQUES, Claudia. Assisted Reproduction Technology in South America and the Effect on Adoption. *Texas International Law Journal*. Vol. 35, n. 1, 2000. p. 65-91. (***waiting confirmation***)

2 - 2001 – LIMA MARQUES, Claudia. Banking in the information society: a Brazilian vision. *Consumer Law in the Information Society*. Thomas Wilhelsonn, Salla Tuominen and Heli Tuomola (Ed.), Kluwer Law International, Cambridge (USA),The Hague/ London/Boston, 2001, p. 247-262.

3 - 2001 – LIMA MARQUES, Claudia. A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral. *XXVII Curso de Derecho Internacional -OEA/CIJ*. Washington: Secretaría General - Subsecretaria de Asuntos Jurídicos, 2001, p. 657-780. (***waiting confirmation***)

4 - 2001 – MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O Projeto de Código Civil Brasileiro – em Busca da Ética da Situação. *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*. v. 35, n. 3, mayo-ago, 2001, p. 443-428.

5 - 2002 – LIMA MARQUES, Claudia. A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral. In: *El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Cursos de Derecho Internacional* - vol. I (Parte 1). Washington: Secretaría General - Subsecretaria de Asuntos Jurídicos, 2002, p. 1503-1622. (***waiting confirmation***)

6 – 2003 – JACOB DE FRADERA, Véra Maria. Report on Constitution, International Treaties and Contracts. *The 16th International Congress of Comparative Law*. Huntington, NY: Managing Legal Editor Juris, 2003.

II- PUBLICATION IN BRAZIL OF THE PPGDIR. /UFRGS FOREIGN PERMANENT LECTORS AND VISITING SCHOLARS

1- 2000 – KARSTEN, Jens. Controle do tabaco na União Européia e a proibição de propaganda. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.10, n.40, p.9-19, out./dez., 2001. (Visiting professor, PPGDir./UFRGS, Univ. Louvain-la-neuve, Belgium). (***waiting confirmation***)

2 - 2000 - WEHNER, Ulrich Nuevo Dinamismo o Estancamento: El futuro de las relaciones entre el Mercosur y la UE. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 18, 2000, pp. 229 e seg. (DAAD/CAPES, permanent lector, PPGDir./UFRGS, Germany). (***waiting confirmation***)

3 - 2001- WEHNER, Ulrich Contratos Internacionais: Proteção Processual do Consumidor, Integração Econômica e Internet. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 38, 2001, pp 142-165. (DAAD/CAPES, permanent lector, PPGDir./UFRGS, Germany). (***waiting confirmation***)

4 - 2001- WEHNER, Ulrich and LIMA MARQUES, Claudia, Código Civil alemão muda para incluir a figura do consumidor – Renasce o "direito civil geral e social"? *Revista de Direito do Consumidor*, v. 37, p. 271-278. (DAAD/CAPES, permanent lector, PPGDir./ UFRGS, Germany)

5 - 2001- ZITSCHER, Harriet Christiane. *Metodologia do ensino juridico com casos : teoria e prática com exemplos do direito do consumidor e do direito civil.* 1 ed, 2 tiragem, Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 58p. (DAAD/CAPES, permanent lector, Germany). (***waiting confirmation***)

6 - 2002- FABIAN, Christoph *O dever de informar no Direito Civil*, Book with presentation of Prof. Dr. Claudia Lima Marques, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, 176p. (LL.M. PPGDir./UFRGS, CAPES, Dr. candidate PPGDir./UFRGS, Germany). (***waiting confirmation***)

7 - 2002 - TINKER, Catherine. *Nafta: The North American experience ten years on. Linkage of trade and environmental protection based on cooperation, not the harmonization of environmental law.* In: Seminar on *MERCOSUL and Harmonization of Law* sponsored by the Ministério Público Federal and UFRGS, Porto Alegre, RS, Brazil, November 2002, CD. (CAPES, visiting professor, PPGDir./UFRGS, Pace University, USA) (***waiting confirmation***)

8 – 2003 – LOBATO GOMÉZ, J. Miguel. Ventas especiales y protección del consumidor. *Revista de Direito do Consumidor,* v. 47, p. 37-50. (Visiting professor, PPGDir./UFRGS , Spain). (***waiting confirmation***)

III - PARTNERSHIPS AND GRANTS WITH FOREIGN UNIVERSITIES, LIST OF INTERNATIONAL SYMPOSIUM, VISITING PROFESSORS AND EXCHANGE STUDENTS, *DOCTORS HONORIS CAUSA* (2001, 2002, 2003)

A - PARTNERSHIPS AND GRANTS WITH FOREIGN UNIVERSITIES

1- ARGENTINA

1. Universidad de Buenos Aires (Partnership)
PPGDir. /UFRGS: Prof. Ruy Rosado de Aguiar Júnior
Prof. Dr. Almiro do Couto e Silva
Prof. Dr. Véra Maria Jacob de Fradera
Prof. Dr. Judith Martins-Costa
Prof. Dr. Claudia Lima Marques

2001 – Research and publications in Argentina and Brazil, exchange of student and faculty, joint symposium in Porto Alegre[1] and Buenos Aires[2].

2002 – Research and publications in Argentina and Brazil, exchange of student and faculty, joint symposium in Porto Alegre and Buenos Aires[3].

---

[1] 2001 - Lectures on "Confiança e Pós-Modernidade", by Dr. Carlos Alberto Ghersi and Dr. Célia Weingarten, from the University of Buenos Aires, with the support of the specialization course "O Novo Direito Internacional" and the PPGDir/UFRGS, May 8th and 9th, 2001. Conference on "Visões sobre o Comércio Eletrônico", by Dr. Ricardo Lorenzetti, from the University of Buenos Aires, Argentina, with the support of the specialization course "O Novo Direito Internacional" and the PPGDir/ UFRGS, April 3rd, 2001. Lectures on "Direito internacional Privado Argentino", by Prof. Juan Cerdeira, from the University of Buenos Aires, with the support of the specialization course "O Novo Direito Internacional" and the PPGDir/UFRGS, June 26 and 27, 2001. Special course on Argentinean Contract Law, October 23 and 24, 2001, with Professors Diego Zentner and Manuel Cunha Rodrigues, from UBA, on "Cartões de Crédito", "Contratos Bancários" e "Franquias", organized by the specialization course "O Novo Direito Internacional" and the PPGDir/UFRGS.

[2] 2001 – July 26 - "Contratos en el siegio XXI", in Buenos Aires, Argentina 2001 – and September 20 - "XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", in memory of Roberto López Cabana, UBA, Buenos Aires, Argentina – and July 26, Intensive course on "Comercio electrónico", Law School, UBA, in Buenos Aires, Argentina.

[3] 2002 – April 25 – "Jornadas Internacionais: el Derecho privado frente a la Emergencia - Daños Economicos", in the Law of the University of Buenos Aires, Argentina.

2003 – Research and publications in Argentina and Brazil, exchange of student and faculty, joint symposium in Porto Alegre and Buenos Aires.[4]

Joint publication in Brazil: 2003 - Cadernos da Pós-Graduação em Direito –PPGDir. /UFRGS – A Argentina e a Faculdade de Direito da UFRGS, September 2003, p. 1-210: "Cadernos da Pós-Graduação – A Argentina e a Faculdade de Direito da UFRGS, em Homenagem a Clóvis Veríssimo do Couto e Silva" –Professor Claudia Lima Marques and Ruy Rosado de Aguiar Júnior (UFRGS).

2. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé (Partnership)
PPGDir. /UFRGS: Prof. Ruy Rosado de Aguiar Júnior
Prof. Dr. Claudia Lima Marques and Prof. Dr. Véra Maria Jacob de Fradera
2001 – Research and publications in Argentina and Brazil, exchange of student and faculty, joint symposium in Santa Fé[5]
2002 – Research and publications in Argentina and Brazil, exchange of student and faculty, joint symposium in Porto Alegre[6] and Santa Fe[7]
2003 – Research and publications in Argentina and Brazil, exchange of student and faculty, joint symposium in Porto Alegre and Santa Fé.[8]

3. Universidad de Rosario (Partnership)
PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Judith Martins-Costa
2001 – Research and symposium in Porto Alegre.[9]
2003 – Research and publications, Symposium in Rosario.[10]

4. Universidad de la Plata
PPGDir/UFRGS: Prof. Dr. Claudia Lima Marques
2001 – Research and symposium in Porto Alegre[11]

---

[4] 2003 – October 22-24 – "Primer Congreso Argentino-Brasileño de Derecho", "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal" and the University of Buenos Aires, Argentina.
[5] 2001– July 4-6 - "Curso Intensivo de Responsabilidade Civil", organized by the National University del Litoral, Santa Fé, Argentina.
[6] Conference on "Harmonização da Legislação ambiental no Mercosul - Desafios e Primeiros Laudos", by the PPGDir/ UFRGS, with the support of MPF, ESMAFE, AJURIS, ABRAMPA and Pace University (NY), UROU (Uruguay), UNL (Argentina), Novembre 27-29, 2002.
[7] "Responsabilidad por Productos y Servicios en el Derecho del Consumo", in the School of Law and Social Sciences of the National University del Litoral, Santa Fé, Argentina, June, 2002.
[8] Course "Especialización en Derecho de Daños", in the School of Law and Social Sciences of the National University del Litoral, Santa Fé, Argentina, October, 2003.
[9] Special Course on Argentinean Private International Law, September 4 and 5 de setembro, with Professor Beatrix Pallarés, from the University of Rosário, Argentina organized by the specialization course "O Novo Direito Internacional" and the PPGDir/UFRGS.
[10] 2003 – September 21-23 –"XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil-Argentinas", in the Law School of the University of Rosário, Argentina.
[11] 2001 – July 10 – Lecture on "O Direito do Consumidor no Mercosul", by Prof. Dr. Gabriel Stiglitz, from the University of la Plata, Argentina.

5. Universidad de Mendonza
PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Véra Jacob de Fradera
Results: Research and publications
2003 – Symposium in Porto Alegre[12].

2 - CANADA

1. York University, Toronto, Ontario
PPGDir. / UFRGS: Prof. Dr. Claudia Lima Marques
2001 - Research and publications
2003 – Joint symposium in Greece,[13] election to the Board of the International Association of Consumer Law (Prof. Dr. Iaian Ramsay)

2. Université de Montreal, Québec
PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Juan Rojo and Claudia Lima Marques
2002- Postdoctoral studies
2003 – Research and joint publications, Symposium in Porto Alegre[14]
2004 – Publication of a book with the results of postdoctor studies

3 - FRANCE

1. Université de Paris-II – Institut de Droit Comparé
PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Véra Maria Jacob de Fradera
Results: Research and Publications. Exchange among the Professors of the Faculty.

2. Université de Paris I- Sorbonne
PPGDir. /UFRGS: Prof. Almiro do Couto e Silva and Prof. Dr. Véra Maria Jacob de Fradera.
2000- Symposium in Porto Alegre.[15]
2003- Co-title with Prof. Dr. Jacqueline Morand de Villières and Prof. Dr. Claudia Lima Marques.

---

[12] Civil Liability and the Genetic Modified Products. The Precautionary Principle. Conference organized by Prof. Dr. Véra Maria Jacob de Fradera. Speech by Dr. Aída Kemelmajer de Carlucci, Univesidad de Cuyo, Mendonza, Argentina. October, 30 2003.

[13] 2003 – April 8-11 – 9th. International Consumer Law Conference, organized by the International Association of Consumer Law and the University of Athens, Athens, Greece.

[14] International conference "Quebéc - Brasil sobre Direito e Sociologia", organized by the PPGDir/ UFRGS and IFC/UFRGS, with the support of the University of Montreal/Quebec and the ABECAN, with Canadian professors, May 6-8, 2003, Law school Auditorium/UFRGS.

[15] September 1st and 2nd, 2000, "O Direito Administrativo francês e o meio ambiente", Dr. Jaqueline Morand de Villières, from the University of Paris I-Sorbonne.

3. Université de Strasbourg (Robert Schumann)

PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Martha Olivar Jimenez and Prof. Dr. Véra Maria Jacob de Fradera.

Results: Symposium in France and in Porto Alegre[16]

2 Co-title (DEA and Dr.) with Prof. Dr. Danièle Alexandre, Claud Witz, Storck and Prof. Dr. Véra Jacob de Fradera.

4. Université de Savoie, Chamberry - Centre de Droit de la Consommation et des Obligations

PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Claudia Lima Marques

Results: Symposium in France[17]

Preparation of Accord de Co-title with Prof. Dr. Gilles Paisant

5. Université de Rennes 1- C.E.D.R.E. Centre de Recherches Europeennes de Rennes - Pôle européen Jean Monet

PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Martha Olivar Jimenez and Prof. Dr. Véra Jacob de Fradera

2000 - Symposium in Porto Alegre[18] and in Rennes.[19]

2001 – Research[20] and Preparation of the Partnership and CAPES/COFECUB project

---

[16] May 20 and 21, 2003, "A união monetária e a disciplina orçamentária na Europa", by Dr. Robert Herzog. Prof. Dr. Véra Maria Jacob de Fradera gave a speech at Robert Schuman University, "Les Projets de loi d'introdution au nouveau Code Civil brésilien", January, 2003.

[17] Centre de Droit de la Consommation et des Obligations, e na Maîtrise en Droit de la Consommation da Faculdade de Direito de Chambérry, França, 2001 – 6 de dezembro: "Le Code Brésilien de Défense du Consommateur: Système et pratique dans les premiers 10 ans".

[18] 2000– Conferences on "O sistema comercial internacional e as relações União Européia e Mercosul", along with Prof. Véra Fradera, June 26-28, 2000, by Prof. Dr. Joël Lebullenger e Prof. Catherine Flaesch-Mougin from the University of Rennes, France, with the support of the Specialization course "O Novo Direito Internacional", Specialization course on Private Law, Cathédra Jean Monet Université de Rennes, ESMAFE and PPGDir/UFRGS.

[19] 2000 – November 17th– Conference at the Center of European Communitarian Law – C.E.D.R.E. Centre de Recherches Europeennes de Rennes, University of Rennes 1- Pôle européen Jean Monet, at the Law School amphitheater of the University of Rennes 1, Rennes, France, Prof. Claudia Lima Marque: "La protection du consommateur au sein du Mercosur".

[20] 2001- Conseil de Bretagne, Research "Le défi de la protection des personnes au sein des intégrations régionales : l'Union européenne et le Mercosur", Prof. Dr. Catherine Flaesch-Mougin, Professeur à l'Université de Rennes 1, Chaire européenne Jean Monnet, Directrice du Centre de Recherches Européennes - CEDRE - Faculté de Droit et de Science politique , PPGDir/UFRGS Prof. Dr. Véra Maria Jacob de Fradera and Prof. Dr. Claudia Lima Marques.

4 - GERMANY

1. Universität Heidelberg (Partnership)
PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Claudia Lima Marques
2000 – Research and symposium in Porto Alegre.[21]
2001 – Research and publications, joint symposium in Germany and Porto Alegre.[22]
2002 - Research and publications, joint symposium in Germany and Porto Alegre.[23]
2003- Research and symposium in Porto Alegre.[24]
2003 – Doctor Honoris causa UFRGS, Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme (Heidelberg)
2003 – UFRGS Doctor student Augusto Jaeger Junior in Heidelberg (CAPES/DAAD)
2003 – German student Carl-Friedrich Nordmeier in Porto Alegre (UniHeidelberg/Bafög)

2. Universität Kiel
PPGDir./UFRGS: Prof. Dr. Luís Afonso Heck
2000 – Research and joint publication[25]

3. Universität Münster (Partnership)
PPGDir. /UFRGS: Prof. Almiro do Couto e Silva and Prof. Dr. Humberto Ávila
2001-2003 – Research and joint publications, Symposium in Germany

---

[21] 2000 – August 1st and 2nd– "Constitucionalidade, Legalidade e Legitimidade", by Prof. Dr. Emeritus Friedrich Muller, of the University of Heidelberg, Germany.

[22] Dr. Müller-Graf. 2001– November 12, org. Prof. Dr. Véra Jacob de Fradera and "Proteção do Comsumidor na União Européia e a Defesa da Concorrência", by professors Jens Karsten, Ulrich Wehner, Cláudia Lima Marques e Martha Lucia Olivar Gimenez, at the Law School Auditorium/UFRGS.

[23] 2002– Organizer of the course on Comparative Law, "Sociedade multicultural e Direito de Família europeu" ministered by Dr. Erik Jayme, Heidelberg University, Director of the Comparative Law, Commercial Law and International Private Law Institute at the University of Heidelberg, Law School Auditorium/UFRGS, PPGDir/UFRGS, supported by the Heidelberg University and the Goethe Institute Porto Alegre, March 4-7, 2002.

[24] 2003 – Organizer of the seminar in honor of Dr. Honoris Causa Erik Jayme "Autonomia da Vontade e Direito Internacional ", with Professors from the Universities of Heidelberg, Caracas (Venezuela), UERJ, PUC-Rio and UFRGS, March 10-14, 2003, Law School/UFRGS.

[25] Publications: HECK, Luís Afonso. Os Direitos Fundamentais, O Preceito da Proporcionalidade e o Recurso Constitucional Alemão. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 15, v. 4, Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 155-180. and ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático, Trad.: Luís Afonso Heck. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 17, v. 11, Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 267/279.

4. Universität Konstanz
PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Luis Afonso Heck[26] and Prof. Almiro do Couto e Silva
2000 – Research. Symposium in Porto Alegre.[27]

5. Universität Köln
PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Claudia Lima Marques
2001 – Research and publications,
2002 – Exchange of German doctor-students in Porto Alegre

6. Universität Erlangen-Nuremberg
Prof. Dr. Claudia Lima Marques and Prof. Manoel André da Rocha
2002 – Research and publications, Symposium in Germany[28]

7. Universität Giessen
PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Claudia Lima Marques and Prof. Luis Afonso Heck
2003 – Preparation of the Partnership and exchange of Faculty and students in 2004.

8. Universität München
PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Humberto Ávila
Results: Research and publications

9. Universität Bremen
PPGDir/UFRGS: Prof. Dr. Claudia Lima Marques
2000 – Research and Symposium in Germany[29]
2001 – Research and publications in Brazil[30]

---

[26] Publication: MAURER, Hartmut. Elementos do Direito Administrativo Alemão. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2001. Translation: Dr. Luís Afonso Heck.

[27] "Elementos de Direito Administrativo Alemão", with Prof. Dr. Hartmut Maurer, professor emeritus of the University of Konstanz, Germany, with the support of the Goethe Institute and FAPERGS, organized by professors Almiro do Couto e Silva and Luiz Afonso Heck, Law School Auditorium, March 30 and April 3-5 and 7, 2000.

[28] 2002 – November 21-23 - "VIII. Deutsch-Lusitanische Rechtstage", University of Erlangen-Nuremberg and DLJV, in Erlangen, Germany.

[29] 2000– November 13 – Symposium at the LL.M.-Program- Jura Fakultät der Universität Bremen, Germany, Prof. Dr. Claudia Lima Marques, "Verbraucherleitbild in Mercosur-Länder"

[30] 2001 – Work about the book of Ana Paula Gambogi Carvalho, LL.M. at the Bremen University, coord.Prof. Norbert Reich, translated "A celebração de contratos via Internet- segundo os ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro", Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2001,in Revista Direito do Consumidor, vol. 40, p. 305-313, Prof. Dr. Claudia Lima Marques.

5 - ITALY

1. Universitá degli Studi di Roma TOR VERGATA

PPGDir/UFRGS: Prof. Dr. Judith Hofmeister Martins-Costa and Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

2003 – Preparation of the Partnership and exchange of Faculty and students in 2004

2. University of Sassari, Sardenha

PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Véra Jacob de Fradera

Results: Preparation of the Partnership and exchange of students in 2003

6 - JAPAN

1. Tohoku University Sendai (Partnership)

PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Claudia Lima Marques and Prof. Tomoko Kimura Gaudioso

2001 – Research and symposium in Porto Alegre.[31]

2002 - Research and publications, joint symposium in Japan[32] and in Porto Alegre.[33]

Joint Publication in Brazil: 2002 – Special Edition in honor to University of Tohoku, Sendai, Japan, with Prof. Dr. Yuko Nishitani (Tohoku Univerity), setembro 2002, p. 1-122: "*Edição Especial da Revista da Faculdade de Direito em Homenagem à Cooperação entre a Faculdade de Direito da Universidade Tohoku, Sendai, Japão e o PPGDir./UFRGS*"2003 – Research and publications, joint symposium in Porto AlegreJoint Publication in Brazil:

2003 - Special Edition in honor to the 200 years contact between Brazil and Japan, with Prof. Dr. Johannes Doll (Núcleo de Estudos sobre o Envelhecimento/UFRGS) e Prof. Tomoko Gaudioso (Núcleo de Estudos Japoneses UFRGS), novembro 2003, p. 1-413:" *Edição Especial dos Cadernos da Pós-Graduação em Direito – Tecendo Relações- 200 anos de encontros entre Brasil e Japão*".

---

[31]2001 – Organizer and Coordinator of the "Simpósio de Direito Japonês II", a series of conferences lectured by Prof. Dr. Yuko Nishitani, from Sendai University (Japan), sponsored by the Specialization Course "O Novo Direito Internacional", PPGDir. / UFRGS, UFRGS Japanese Center and Japanese Consulate, from May 2-3, 2001. Conference "Bases do Direito Japonês para o Comércio Internacional", on August 31, 2001, with Prof. Dr. Masato Ninomiya (from USP and Tokyo University, Japan), sponsored by the Japanese Consulate, "Câmara de Comércio e Indústria Japonesa do Sul", "Assoc. Sul-Brasileira de Ex-Bolsista do Japão" e NEJA-Núcleo de estudos Japoneses da UFRGS, and organized by the Specialization Course "O Novo Direito Internacional" and PPGDir. / UFRGS.

[32] 2002 – February 11-12 – Conferences in the Law School of Tohoku University (Northeast), during a series of lectures about Brazilian Law in Sendai, organized by Tohoku University, in Sendai, Japan, in German, translated to Japanese, about the following topic: "Entwicklung und Reformen der brasilianischen internationalen Adoptionsrecht: das Haaguer Übereinkommen vom 29. Mai 1993 " and "Verbraucherschutz in Brasilien: Das brasilianische Verbraucherschutzgesetz von 1990 aus rechtsvergleichender Sicht".

[33] "IV Simpósio sobre direito Japonês na UFRGS" with Professors from the Universities of Tohoku (Sendai), Mie, Tokyo and Sofia, all located in Japan. This symposium was an activity of PPGDir/UFRGS, sponsored by Tohoku University, Sendai, and by the Japanese Consulate in Porto Alegre, from September 02 03, 2002.

7 - PORTUGAL

1. Universidade de Coimbra
PPGDir/UFRGS: Prof. Almiro do Couto e Silva and Prof. Dr. Judith Martins-Costa
Results: research and publications

2. Universidade de Lisboa
PPGDir/UFRGS: Prof. Dr. Claudia Lima Marques and Prof. Dr. Carlos Noronha
2001 – Research and publications, Symposium in Porto Alegre[34] and Lisboa[35]

8- SPAIN

1. Universidad Autonoma de Madrid
PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Judith Hofmeister Martins-Costa
2001 – Research and Symposium in Porto Alegre.
2002- Research and Symposium in Porto Alegre.[36]

2. Universidad Complutense de Madrid
PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Claudia Lima Marques
Results: research and publications

3. Universidad de Sevilla
PPGDir/UFRGS: Prof. Dr. Judith Hofmeister Martins-Costa
2002- Research and Symposium in Porto Alegre
2003- Research and Exchange of Students.

4. Universidad de Léon
Prof. Dr. Véra Maria Jacob de Fradera
2002 - Symposium in Leon[37].

---

[34] Special Course in Private International Law "Ordem Pública e Normas de Aplicação Imediata" lectured by Prof. Dr. Antonio Marques dos Santos, from University of Lisboa, Portugal, in the Panthéon of the Law School of UFRGS – an activity of the Specialization Course "O Novo Direito Internacional" and of the PPGDireito-UFRGS, from August 7-9, 2001.

[35] 2001- December 10 – Colloquium "Evolução e Perspectivas do Direito do Consumo", organized by the "Instituto de Direito do Consumo" of the University of Lisboa School of Law, Portugal.

[36] April 1-5. "Seminário de Estudos Medievais - Semana Afonsina", Salão Nobre of the Law School, with Spanish Professors and Historians as well.

[37] December 2002: "Aspectos Inovadores del Código del Consumidor Brasileño".

5. Universidad de Burgos
Prof. Dr. Véra Maria Jacob de Fradera
2002 – Symposium in Burgos[38].

9 - SWITZERLAND

1. Institut Suisse de Droit Comparé, Université de Lausanne
PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Claudia Lima Marques and Prof. Sérgio José Porto
Research and publication. Symposium in Porto Alegre.[39]

10 - UNITED KINGDOM

1. University of Edinburgh

PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Cláudio Michelon and Prof. Klein Zanini

2002 – Research and Symposium in Porto Alegre[40]

2003 – Visit from Faculty Members (British Council). Student Exchange Program

11 - UNITED STATES OF AMERICA

1. University of Texas at Austin (Partnership)
Spider. /UFRGS: Prof. Dr. Claudia Lima Marques and
Prof. Dr. Cezar Saldanha de Souza Júnior
Prof. Dr. Cesar Viterbo Mattos Santolin
Prof. Dr. Carlos Alberto de OliveiraProf. Sérgio José Porto

2000 - Preparation of the Partnership and Grant CAPES-UT *("Do Nafta e Mercosul à ALCA: Perspectiva Jurídica da Proteção dos Sujeitos Vulneráveis" – "From NAFTA and Mercosur to ALCA: the protection of the weaker party- legal perspective")*

---

[38] December 2002: "El Nuevo Código Civil Brasileño, un avance o um retrocesso?".

[39] 2001 – Organizer and Coordinator of the Lecture "Proteção diplomática Internacional", given by the Senior Researcher of the "Institut Suisse de Droit comparé", Lausanne, Switzerland, and Professor of the Tel-Aviv Law School, Dr. Alberto Aranovitch, sponsored by the Specialization Course "O Novo Direito Internacional" and by the PPGDir / UFRGS, on April 17, 2001.

[40] April 1-5. "Seminário de Estudos Medievais - Semana Afonsina", Salão Nobre of the Law School, with Spanish Professors and Historians as well.

2000 – Lectures in Porto Alegre[41]

2001 – Symposium in Austin[42] UFRGS Faculty publications in the Texas International Law Journal (UT-Austin). Preparation of the Grant FIPE-CAPES (*Environmental responsibility: the future of environmental regulation in Brazil and the United States of America*)2001 – Exchange of Faculty and Doctor Students of the UFRGS in Austin: Prof. Cezar Santolim (CAPES) and Fabio Morosini (CAPES). Joint Publication in Brazil: 2002 – Special Edition in honor of the University of Texas at Austin, Ed. Prof. Dr. Claudia Lima Marques (UFRGS) and Prof. Antônio Herman Benjamin (UT-Austin), p. 1-195:"*Edição Especial da Revista da Faculdade de Direito em Homenagem à Cooperação entre a Universidade do Texas-Austin e a UFRGS*" -2001 – Lecture in Porto Alegre[43]

2002 – Exchange of Faculty (Cezar Saldanha de Souza Jr.), Doctor candidates (CAPES: Roger Raupp Rios) and Law students (FIPSE: Jay Bishoff in Porto Alegre, CAPES: Antonia Espíndola Longoni Klee, Lucas Faria Annes and Melissa Guimarães Castello in Austin). Symposium in Porto Alegre.[44] 2003- Research and Symposium in Porto Alegre.[45]

2003 – Lectures in Porto Alegre[46]

2003- Exchange of Faculty and Doctor candidates (Claudia Lima Marques, Igor Danilevicz) and Law students (FIPSE: Cori Hash in Porto Alegre, CAPES: Ana Gerdau de Borja, Tâmara Biolo and Mariana Pargendler in Austin) 2003 – Organization of a UFRGS Model United Nations, 16 -19 October 2003. -UFRGSMUN-, Staff: Coordinator Professor Prof. Dr. Claudia Lima Marques, Secretary-General: Luciana Goulart Quinto (FAURGS), Deputy Secretary-General for Academic Affairs: Ana Gerdau de Borja (CNPq), Deputy Secretary-

---

[41] 2000 – May 22-23 – Lecture "Discursos Políticos Atuais nos Estados Unidos", given by Prof. Dr. Nicolas Shumway, from Texas University, United States.

[42] 2001 – April 27 – Conference in the International Meeting "Mercosul/Mercosur - the Market and Beyond", organized by the "Teresa Lozano Long Institute of Latin American Studies" and the School of Law of Texas University-Austin, Austin, United States, about the following topic:"O "Direito do Mercosul": Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e novos caminhos de integração"

[43] 2001, July 12 – Lecture on American Constitutional Law, given by Prof. Robert Cottrol, from Georgetown University, United States.

[44] 2002 - "Seminário Integração econômica e os sujeitos vulneráveis - Perspectivas do Direito Brasileiro, Norte-americano e Argentino" with Professors from the Universities of Texas-Austin, Illinois, UBA and UNL and UFRGS – an activity of the PPGDir / UFRGS, sponsored by the Universities of Texas-Austin, Illinois, UBA and UNL, and by CAPES, from August 08-09, 2002.

[45] 2003 – Organizer of the Seminar "ALCA, NAFTA, Mercosul: Direito do Consumidor e Direito ambiental"– an activity of the Project CAPES/Texas about the "Proteção do Sujeito Vulnerável em Processos de Integração", UFRGS/Austin, with Professor Patricia Hansen from UT-Austin and Professor Ricardo Lorenzetti, from UBA, Argentina, on August 14, 2003, in the Law School of UFRGS.

[46] 2003 – October 13 – series of lectures " O Sistema Penal nos Estados Unidos", Prof. Dr. Paul Marcus, from the College of William and Mary, United States.

General for Administrative Affairs: Lucas Lixinski (CNPq), with Jay Bishoff and Cori Hash (UT-Austin).2003- Research and publications, joint symposium in Porto Alegre.[47]

2. Pace University, New York (Partnership)

PPGDir. / UFRGS: Prof. Dr. Cezar Saldanha de Souza Júnior and Prof. Dr. Claudia Lima Marques

2001 – Exchange of Faculty and Symposium in Porto Alegre[48]. Preparation of the Partnership and Grant CAPES-UT. UFRGS Faculty publications in the Texas International Law Journal (UT-Austin). Preparation of the Grant FIPE-CAPES (Environmental responsibility: the future of environmental regulation in Brazil and the United States of America)2002 – Exchange of Faculty members. Grant (US-BRAZIL HIGHER EDUCATION CONSORTIA PROGRAM FIPSE/CAPES). Begin the exchange of student with UT-Austin under the coordination of Pace University. Symposium in Porto Alegre.[49] 2003 – Exchange of Faculty and Law students (Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos, Maitê de Souza Schmitz and Rafael Pellegrini Ribeiro) and visit of 8 students from Pace in Porto Alegre.

3. University of Baltimore, Baltimore (Partnership)

PPGDir. / UFRGS: Prof. Dr. Claudia Lima Marques2001 – Research.2002- Research and joint publications[50] and the edition of the Journal Ius Gentium, Editor Mortimer Sellers, Baltimore, USA.2003 – Research and edition of the Journal Ius Gentium

4. University of Columbia, New York
PPGDir. / UFRGS: Prof. Dr. Claudia Lima Marques
Result : Exchange of Doctor candidate (CAPES: Roger Raupp Rios) and research.

---

[47] Seminar "ALCA, NAFTA, Mercosul: Direito do Consumidor e Direito ambiental" – an activity of the Project CAPES/Texas about the "Proteção do Sujeito Vulnerável em Processos de Integração", UFRGS/ Austin, with Professor Patricia Hansen from UT-Austin and Professor Ricardo Lorenzetti, from UBA, Argentina, on August 14, 2003, in the Law School of UFRGS.

[48] 2001 – Coordinator of the conference "Direito Ambiental Internacional", lectured by Prof. Dr. Catherine Tinker, from Pace University, New York, United States, sponsored by the Specialization Course "O Novo Direito Internacional" and PPGDir / UFRGS, on June 12, 2001.

[49] Seminar about "Harmonização da Legislação ambiental no Mercosul - Desafios e Primeiros Laudos" – an activity of PPGDir/UFRGS, sponsored by MPF, ESMAFE, Escola da AJURIS, ABRAMPA, Pace University (NY), UROU (Uruguay), UNL (Argentina), from November 27-29, 2002.

[50] SELLERS, Mortimer, O novo direito internacional, Org. LIMA MARQUES, Claudia and ARAUJO, Nádia, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 20p. and 2004 – LIMA MARQUES, Claudia. Solidarity in Illness and Death: on the necessity of affirmative actions in contracts of health plans and in funeral plans for the aged consumer. Cooperation Project between the United States of America and Brazil. Baltimore, 2004, 31p.

12 - URUGUAY

1. Universidad dela Republica del Uruguay (UROU) (Partnership)

PPGDir. /UFRGS: Prof. Dr. Claudia Lima Marques and Prof. Dr. Maria Suzana Arrosa Soares2001 – Research and two Symposiums in Porto Alegre.[51]

2001 – Class in Porto Alegre[52]

2001 – Lecture in Porto Alegre[53]

2002 – Research and Symposium in Porto Alegre.[54]

B - LIST OF FOREIGN VISITING PROFESSORS AND PERMANENT LECTORS AT PPGDir./UFRGS

1- 2000- Harriet Christiane ZITSCHER (DAAD/CAPES, permanent lector, Germany)

2- 2000 – Jens KARSTEN (Visiting professor, Univ. Louvain-la-neuve, Belgium)

3 – 2000/2001- Ulrich WEHNER (DAAD/CAPES, permanent lector, Germany)

4 – 2003 – J. Miguel LOBATO GOMÉZ (Visiting professor, Univ. Leon, Spain)

5 – 2004 – Catherine TINKER (CAPES, visiting professor, Pace University, USA)

---

[51] 2001 – August 8, Prof. Augustin Espinosa-Loveras (UROU), "Reflexões sobre os 10 anos do Mercosul", in Curso Especial de Direito Processual Internacional, from December 10-13, with Professor Eduardo Tellechea Bergmann, from Universidade da República-UORU, Montevideo, Uruguay, organized by the Specialization Course "O Novo Direito Internacional" and PPGDir / UFRGS.

[52] 2001 – July 11 – Class by the General Consul of Uruguay, Consul Oscar Demaria.

[53] 2001 – August 08 – Lecture "Algumas reflexões por ocasião dos 10 anos do Mercosul", given by Prof. Dr. Embassador Augustin Espinosa-Loveras, from Montevideu School of Law.

[54] Seminar about "Harmonização da Legislação ambiental no Mercosul - Desafios e Primeiros Laudos" – an activity of PPGDir / UFRGS, sponsored by MPF, ESMAFE, Escola da AJURIS, ABRAMPA, Pace University (NY), UROU (Uruguay), UNL (Argentina), from November 27-29, 2002.

C - LIST OF THE *DOCTORS HONORIS CAUSA*

1 - Prof. Dr. h. c. multi Erik Jayme, University of Heidelberg, German. International Law and Comparative Law (*Laudatio* Prof. Dr. Claudia Lima Marques) - 2003

2 - Prof. Dr. Miguel Reale, University of São Paulo, Brazil . Legal Theory and Filosophy of Law (*Laudatio* Prof. Dr. Judith Martins-Costa)- 2003

3 - Prof. Eduardo Garcia de Enterria, University Complutense of Madrid, Spain. Administrative Law and Legal Theory (*Laudatio* Prof. Dr. Cezar Saldanha de Souza Junior) – 2003

[2004 - Prof. Paolo Grossi, University of Florence, Italy]

IV - INTERNATIONAL DISTINCTIONS OF THE FACULTY, THE RESEARCH GROUPS IN THE PPGDIR./UFRGS AND THEIR COOPERATION WITH UNDERGRATUATED STUDENTS IN INTERNATIONAL COMPETITIONS

A - INTERNATIONAL DISTINCTIONS AND INTERNATIONAL ASSOCIATIONS

1 - 1999/2000- "Medalha ao Mérito de Melhor Jurista Pontes de Miranda" to Prof. Dr. **Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**

2 - 2000 – Member of the **International Association of Procedural Law** , Milan, Italy, Prof. Dr. **Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**

3 - 2000 – Member of the **International Academy of Comparative Law**, Paris, France, Prof. Dr. **Véra Maria Jacob de Fradera.**

4 - 2001- Prêmio Microsoft/Universidade de São Paulo 2001 to **LLM.** Candidate **Rodrigo Azevedo Pereira**, Coach **Prof. Dr. Claudia Lima Marques**, article Contratos de Direito Autoral e a Internet. published in the Book: *Novas Fronteiras do Direito na era Digital*, FERREIRA, Ivette Senise e BAPTISTA, Luis Olavo, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 105-146.

5 - 2001 – **Young Scholar Award for Legal Theory**, IVR, International Association of Social and Legal Philosophy – Florence – Italy, **Prof. Dr. Cláudio Miquelon Júnior.**

6 – 2002 – Member of the **Societé Législation Comparée, Académie Intérnationale du Droit Comparé,** Paris, France, **Prof. Dr. Véra Maria Jacob de Fradera.**

7 – 2002 – "Medalha Grã-Cruz ao Mérito Judiciário do Distrito Federal e Territórios", to Prof. **Ruy Rosado de Aguiar Júnior,** former Judge of the Superior Court of Justice (STJ).

8 – 2002 – Member and Founder of the **International Institute of Legal Theory,** Porto Alegre, Brasil, **Prof. Dr. Humberto Bergmann Ávila.**

9 - 2003 - **Prof. Dr. Claudia Lima Marques**, election **as Bord to the International Association for Consumer Law**, Association Internationale de Droit de la consommation, Bruxelles, Belgium (2003-2005).

POST-DOCTORAL STUDIES:

1. Juan Rojo, 2002/2003, Université de Montréal, Quèbec, Canada, CNPq/Sociology UFRGS. Book: *Sociedade e Direito no Quebec e no Brasil*. PPGDir/UFRGS – PPGSociology/UFRGS: Porto Alegre, 2004.

2. Claudia Lima Marques, 2003, University of Heidelberg, Scholarship Wiedereinladung/DAAD, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Erik Jayme. Book: *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico,* RT: São Paulo, 2004.

VISITING SCHOOLARSHIPS AND SPECIAL COURSES ABROAD:

1 - 2003 – Prof. Dr. Claudia Lima Marques- **Cours de l' Académie de Droit International de La Haye/Hague Academy of International Law**, 'Séminaires de Diplôme' , Section francophone -Droit international Privé, Haye/Hague:

"Séminaire 1 - Pluralité de méthodes en droit international privé: La protection de la partie faible et les règles à caractère substantiel

Séminaire 2- Commun avec Peter Nielsen (Danemark)- La loi-modèle de la CNUDI sur la arbitrage commercial international

Séminaire 3 - Pluralité de sources en droit international privé: l'internationalisation, la régionalisation, le 'dialogue' ou les conflicts des sources

Séminaire 4 - Diversité Culturelle, de modes de vie et différentes modèles familiaux: problèmes choisies de droit international de la famille

Séminaire 5 - Commun avec Peter Nielsen (Danemark)- La loi d'autonomie en matière de contrats et de délits internationaux

Séminaire 6 - Les critères de rattachement, la compétence internationale et l'application des normes étrangères à l'épreuve des droites de l'homme: exemples de l'adoption internationale des enfants et de la protection des adultes incapacités

Séminaire 7 - Les droites de l'homme et l'ordre public en droit internationale privé

Séminaire 8- Commun avec Peter Nielsen (Danemark)- Quelques aspects de droit international privé du commerce électronique"

B - RESEARCH GROUPS AT PPGDir. /UFRGS AND THEIR COOPERATION WITH UNDERGRATUATED STUDENTS IN INTERNATIONAL COMPETITIONS

ACTIVE RESEARCH GROUPS AT PPGDir. /UFRGS - 2000 –2003

1. Cezar Saldanha Souza Júnior – "A Supremacia do Direito"

2. Luís Afonso Heck – "Os Direitos Fundamentais no Plano Teórico e no Prático"

3. Martha Lucía Olivar Jimenez – "Direito da Integração"

4. Véra Maria Jacob de Fradera – "A Arbitragem como meio de solução de controvérsias"

5. Judith Hofmeister Martins-Costa – "A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos Princípios, Direito e Garantias Constitucionais no Direito Privado"

6. Cláudio Fortunatto Michelon Júnior – "Filosofia e Direito Privado"

7. Claudia Lima Marques - "Mercosul e o Direito do Consumidor"

8. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira – "Processo e Constituição"

9. Luis Fernando Barzotto – "Teoria da Justiça"

INTERNATIONAL COMPETITIONS UNDER COACH OF FACULTY MEMBERS AND AWARDS TO THE LAW STUDENTS:

1 - 2001 – Prof. Dr. Claudia Lima Marques – **First place in Brazil, Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition**, 2001, **Washington D.C.**, USA (Coaches: Professors Cláudio Moretti and Manoel André da Rocha), Law Students (UFRGS): Ana Gerdau de Borja, Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos, Maitê de Souza Schmitz, Ricardo Medeiros de Castro.

2 - 2001- Prof. Dr. Véra Fradera - **Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, Vienna**, Austria, Law Students (UFRGS): Rafael Garcia, Lucas Faria Annes. Ricardo Medeiros de Castro, Luciana Malinowski Meira.

3 - 2001 – Prof. Dr. Claudia Lima Marques- **Americas Model United Nations-AMUN, Brasília**, UnB, 2001, **"Best delegate Award"** to Thomaz Francisco de Araújo Santos.

4 - 2002- Prof. Dr. Véra Fradera - **Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, Vienna**, Austria, Law Students (UFRGS): Ana Gerdau de Borja, Miguel Augustin Kreling, Lucas Faria Annes, Lúcio Rosa da Costa e Silva, and Priscilla Knoll Aymone.

5 - 2002- Prof. Dr. Claudia Lima Marques - **Harvard World Model United Nations,** Belo Horizonte, 24-28 de março de 2002, **Honorable Delegate Award** to Thomaz Francisco de Araújo Santos.

6 - 2002- Prof. Dr. Claudia Lima Marques - **Brazil Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition**, 2002, **Florianópolis,** Law Students (UFRGS): Rafael Ribeiro, Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos, Maitê de Souza Schmitz, and Ricardo Medeiros de Castro).

7 - 2002- Prof. Dr. Claudia Lima Marques - **Inter-American Human Rights Moot Court Competition**, OAS, **Washington D.C.**, USA, 2002, **"Best Oralist in Portuguese Award"** to Thomaz Francisco de Araújo Santos and **"Best Memorial Award"** to Rafael Pellegrini Ribeiro and Thomaz Francisco de Araújo Santos.

8 - 2002- Prof. Dr. Claudia Lima Marques - **Americas Model United Nations-AMUN, Brasília**, UnB/MRE, 2002, **"Best Delegate Award"** to Thomaz Francisco de Araújo Santos, **"Best Delegate Award"** to Miguel Kreling and **"Best Delegate Award"** to Tâmara Biolo Soares.

9 - 2003 - Prof. Dr. Claudia Lima Marques - **Americas Model United Nations-AMUN, Brasília**, UnB/MRE, 2003, **"Best Delegate Award"** to Lucas Lixinski and **"Best Delegate Award"** to Miguel Kreling.

10 - 2003- Prof. Dr. Claudia Lima Marques - **Brazil Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition**, 2003, **Santos,** Law Students (UFRGS): Rafael Ribeiro, Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos, Maitê de Souza Schmitz, Ricardo Medeiros de Castro, and Rafael Barreto Garcia.

11 – 2003 – Prof. Dr. Véra Fradera - **Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, Vienna**, Austria, Law Students (UFRGS): Ana Gerdau de Borja, Felipe Paloschi Dick, Miguel Augustin Kreling, and Priscilla Knoll Aymone.

12 - 2003 – Prof. Dr. Claudia Lima Marques - **UFRGS Model United Nations-UFRGSMUN, Promotion, in English,** 16th to 19th October 2003, **Porto Alegre** – Staff: Secretary-General: Luciana Goulart Quinto (Law Student UFRGS, FAURGS) Deputy Secretary-General for Academic Affairs: Ana Gerdau de Borja (Law Student UFRGS, CNPq), Deputy Secretary-General for Administrative Affairs: Lucas Lixinski (Law Student UFRGS, CNPq).

TOTAL OF INTERNATIONAL AWARDS UP TO 2003: 10 (Coach Prof. Dr. Claudia Lima Marques)

2004 COMPETITIONS

Prof. Dr. Claudia Lima Marques – **First place in Brazil, Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition**, 2004, **Washington D.C.**, USA, Law Students (UFRGS): Diego Fraga Lerner, Lucas Lixinski, Luciana Goulart Quinto, Maitê de Souza Schmitz, and Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos. (Coach Rafael Pellegrini Ribeiro). **"Best Memorial Award"** to the Team and **"Best Oralist Award"** to Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos during National Rounds in Porto Alegre.

Prof. Dr. Véra Fradera - **Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, Vienna**, 2004, Austria, Law Students (UFRGS): Felipe Paloschi Dick, Filipe Scherer de Oliveira, Mariana Furlaneto Somensi and Priscilla Knoll Aymone.

Prof. Dr. Claudia Lima Marques - **Inter-American Human Rights Moot Court Competition**, OAS, **Washington D.C.**, USA, 2004, **"Best Oralist Award"** to Tâmara Joana Biolo Soares, and **"Best Memorial Award"** to Ana Gerdau de Borja and Tâmara Joana Biolo Soares.

I - INTERNATIONAL PUBLICATIONS OF THE FACULTY - ARTICLES AND BOOKS (2000-2003)

ARGENTINA

1 - 2000 – AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Daños Derivados de Actos Del Poder Judicial. In: Los Nuevos Daños: soluciones modernas de reparación.* vol. 1, 2 ed. renov. amp., Carlos Alberto Ghersi (Coordinador). Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 277-320.

2 - 2000 – JAEGER JUNIOR, Augusto. Los indios, los jesuitas y el Mercosur. *Revista de Derecho del Mercosur.* Buenos Aires: La Ley, a. 4, n. 3, jun. 2000. p. 19-24.(Dr. candidate PPGDIR./UFRGS)

3 – 2000- MARTINS-COSTA, Judith. Direito e Cultura: entre as veredas da existência e da história. *Investigación y Docência.* n. 33, Rosário, Argentina: Universidade Nacional de Rosário – Fundación para lãs Investigaciones Jurídicas, p. 91-103. ***(waiting confirmation)***

4- 2000 – LIMA MARQUES, Claudia. Contratos de Time-Sharing en Brasil y la Protección de los Consumidores: critica al derecho civil en tiempos postmodernos. In: *Los Nuevos Daños: soluciones modernas de reparación.* vol. 2. Carlos Alberto Ghersi (Coordinador), Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 69-105.

5 - 2000 – LIMA MARQUES, Claudia. TURKIENICZ, Eduardo. En defensa de la teoría finalista para la interpretación del artículo 2° del Código de Defensa del Consumidor Brasileño. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros La Ley.* Buenos Aires, v. VI, 2000, p. 16-29. ***(waiting confirmation)***

6- 2000 - OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía. Establecimiento de una Politica Comun de Proteccion al Medio Ambiente. Su Necessidad dentro de um Mercado Comun. In: *Nuevos Daños: soluciones modernas de reparación.* vol. 1. Carlos Alberto Ghersi (Coordinador). Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 229-264. ***(waiting confirmation)***

7 - 2001 – MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Los Daños a la Persona en el Derecho Brasileño y la Naturaleza de su reparación. *Revista de Responsabilidade Civil y Seguros - La Ley.* año 3, n. 2. Buenos Aires, mar./abril - 2002. ***(waiting confirmation)***

8 - 2001 – LIMA MARQUES, Claudia. Algunas observaciones sobre la protección del consumidor y del usuario de baja renta en los servicios bancarios brasileños. In: *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI: Homenagem ao Professor Dr. Roberto López Cabana.* Oscar J. Ameal and Silvia Y. Tanzi (Org.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 797-811. ***(waiting confirmation)***

9 - 2001 – LIMA MARQUES, Claudia. A Insuficiente Proteção do Consumidor nas Normas de Direito Internacional Privado: da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. *Revista de Derecho Internacional y de la Integración*. Santa Fé, 2001. (***waiting confirmation***)

10 - 2002 – DEL'OLMO. Florisbal de Souza. *Augusto Teixeira de Freitas: el protojurista del Mercosur*. Buenos Aires: Lecciones y Ensayos, 2002.(Dr. candidate PPGDIR./UFRGS)

11 - 2003- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2002, III, p. 45-60.

12 - 2003 – JAEGER JUNIOR, Augusto. Prólogo. In: TANSKI, Nilda. *Administración de Marketing: Segmentación integral de mercados*. Posadas: Graficop, 2003. p. 14-17. (Dr. candidate PPGDIR./UFRGS)

13 - 2003 – MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Buena Fé y Adimplemento das Obligaciones. In: CORDOBA, Marcos; GARRIDO, Lídia; KLUGER, Viviana. (Org.). *Tratado de la Buena Fé*. Buenos Aires, 2003. (***waiting confirmation***)

14 – 2003 - LIMA MARQUES, Claudia. O Direito do Mercosul: Direito Oriundo do Mercosul, entre direito internacional clássico e novos caminhos de integração. *Derecho Del Mercosur y la Integración*, n. 1, feb., 2003, p. 61-89. (***waiting confirmation***)

15 - 2003 – LIMA MARQUES, Claudia. Cap. 6 - Derecho aplicable - V. Técnicas de reglamentación directas. In: *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Diego P. Fernandez Arroyo (Org.), Buenos Aires: Zavalia, 20003, p. 272-277. (***waiting confirmation***)

16 - 2003 – LIMA MARQUES, Claudia. FERNÁNDEZ-ARROYO, Diego P. (Spain), Cap. 15 - Protección de menores en general. In: *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Diego P. Fernandez Arroyo (Org.), Buenos Aires: Zavalia, 20003, p. 584-594. (***waiting confirmation***)

17 - 2003 – LIMA MARQUES, Claudia. FRESNEDO AGUIRRE, Cecília. (Uruguay) Cap. 14- Personas jurídicas. In: *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Diego P. Fernandez Arroyo (Org.), Buenos Aires: Zavalia, 20003, p. 541-554. (***waiting confirmation***)

18 - 2003 – LIMA MARQUES, Claudia. Cap. 17 – Filiación. OPPERTI, Didier. (Uruguay) In: *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Diego P. Fernandez Arroyo (Org.), Buenos Aires: Zavalia, 20003, p. 647-656. (***waiting confirmation***)

19 - 2003 – LIMA MARQUES, Claudia; LORENZETTI, Ricardo Luis. (Argentina) *Teoria General de los Servicios de Consumo*. Vol. 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003/2004. 140p. (***waiting confirmation***)

A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional no Brasil

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Estudo em memória do Prof. Clóvis Veríssimo do Couto e Silva

'La responsabilidad de jueces y magistrados se esta convertiendo, día a día Y a pasos agigantados, en uno de los temas de atención preferente en el mundo jurídico de todos los países que tienen, o quieren tener, una magistratura independiente'.

(Juan Montero Aroca)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1ª PARTE - A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL. 1 - A responsabilidade civil do Estado por atos da administração pública. 2 - A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional. 3 - Informações de Direito Comparado. 2ª PARTE - O SISTEMA PROPOSTO. 1 - Exame das objeções apresentadas. 2 - A interpretação das normas legais vigentes. 3 - As características do sistema proposto. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

Enquanto se desenvolve e amplia a doutrina da responsabilidade civil da administração pública em geral, o tema da responsabilidade por fato da justiça continua, no

Brasil, a merecer aplicação restrita, em desacordo com as aspirações do Estado moderno, o que contribui, de certo modo, para a despreocupação com o aperfeiçoamento dos serviços judiciários e simplificação dos procedimentos.

Pretende-se, no presente trabalho, apresentado ao Tercer Congreso Internacional de Derecho de Daños - Buenos Aires, maio/1993, fazer breve descrição da responsabilidade civil do Estado em geral, e por fato da justiça, em particular, assim como evoluiu no Brasil e caracteriza-se no presente, com informações do Direito de países que, ultimamente, modificaram seus princípios, concluindo por apresentar o sistema que se entende aplicável, de acordo com o Direito vigente.

I - A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

No Brasil, convém iniciar o estudo da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional com o breve resumo da evolução do conceito mais amplo e abrangente da própria responsabilidade civil do Estado. Enquanto esta passou da irresponsabilidade absoluta da Fazenda Pública (admitida apenas a pessoal do funcionário) para a responsabilidade direta e objetiva do Estado (com direito de regresso contra o funcionário culpado), a idéia da responsabilidade estatal por ato jurisdicional pouco avançou na lei e na aplicação dos Tribunais, apesar do hoje majoritário apoio da doutrina, preponderantemente favorável à sua plena incidência.

1 - A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1. Com a independência em 1822, a Constituição Imperial de 1824 estatuiu: 'Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelas obras e omissões praticadas no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos' (art. 178, item 9).

Esse preceito figurava no artigo que dispunha sobre os direitos políticos fundamentais, o que levou Pimenta Bueno, um dos seus mais autorizados comentadores, a enfatizar a circunstância de que a responsabilidade do servidor público ingressou em nosso ordenamento constitucional como uma garantia básica do cidadão[1].

Adotava-se a teoria regaliana, de irresponsabilidade do Estado, segundo a qual não se pode conceber o Estado aposto à pratica de atos ilícitos; se estes ainda assim acontecem, são condutas de funcionários culpados e só a eles, a título de culpa ou dolo, podem ser imputados.

---

[1] PIMENTA BUENO, Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império, Rio: Ministério da Justiça, 1958, p 428.

1.2. Logo após a proclamação da República (1889), o governo editou dois diplomas que nos interessam: o Decreto n. 451-B, de 31.5.1890, dispondo sobre o Registro Torrens, e o Decreto n. 847, de 11.10.1890, publicando o novo Código Penal.

Naquele estabeleceu a obrigação da Fazenda Pública de indenizar os danos que alguém sofresse em conseqüência da indevida inscrição de imóvel ou direito real seu em nome ou em favor de outrem (art. 61). O Código Penal, ao tratar da reabilitação, atribuiu ao Estado a responsabilidade direta pelos danos decorrentes de erro judiciário reconhecido em sentença de reabilitação[2]. Em ambos os casos, o Estado foi colocado diretamente em confronto com o lesado, como devedor da obrigação e legitimado passivo na ação de indenização.

A Constituição Republicana de 1891 não seguiu nessa linha, limitando-se a repetir o princípio geral já expresso na Constituição Imperial: 'Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelas obras e omissões que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos' (art. 82).

O legislador infraconstitucional, porém, continuou tratando da responsabilidade direta do Estado. A Lei n. 221, de 20.11.1894, regulamentou os procedimentos: 'Art. 13 - Os Juízes e Tribunais Federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisões das autoridades administrativas da União'[3].

O Decreto legislativo n. 1.151, de 05.01.04, reorganizando o serviço federal de higiene, dispôs: 'Fica salvo à pessoa lesada o direito de reclamar judicialmente, perante a Justiça Federal, as perdas e danos que lhe couberem, se o ato ou a medida da autoridade sanitária tiver sido ilegal, e promover a punição penal, se houver sido criminosa'.

Tirante os casos excepcionais de réu reabilitado, de lesado por ato ilegal da autoridade sanitária e da falha do serviço de Registro Torrens, prevalecia o entendimento de irresponsabilidade do Estado[4]. Os demais atos ilegais, observa Alcino de Paula Salazar, seriam anulados ou não se lhes daria aplicação, mas a declaração de nulidade ou de ineficácia não acarretaria a reparação dos danos resultantes. Cita, para exemplificar essa orientação, a 'Nova Consolidação', de Carlos de Carvalho (1898), onde constava: 'Art. 1.021, § 1° - A União não responde pelos danos provenientes de erros ou abusos de funcionários ou empregados públicos'.

---

[2] Art. 86, § 2°. 'A sentença de reabilitação reconhecerá o direito do reabilitado a uma justa indenização, que será liquidada em execução, por todos os prejuízos sofridos com a condenação. A Nação ou o Estado são responsáveis pela indenização'.

[3] O Decreto n° 1.939, de 28.8.08 estendeu o processo instituído pela Lei n° 221/1894 à indenização por danos causados por autoridades administrativas dos Estados e Municípios.

[4] Acórdão do STF, de 28.4.1897: A Fazenda não responde pelas faltas dos funcionários. O Direito, 73/504.

1.3. A 1° de janeiro de 1917 entrou em vigor o Código Civil, que aceitava, no tema genérico da responsabilidade civil, a teoria da culpa [5]. Em seu artigo 15, fazendo aplicação dessa teoria [6] e mais a da representação (o funcionário e o representante do ente estatal), assumiu claramente a posição favorável à responsabilidade direta (isto é, primária)[7] do Estado: 'Art. 15 - As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano'[8].

Essa disposição legal veio reforçar a corrente, que nunca deixara de existir e que se tornava cada vez mais numerosa, daqueles que defendiam a ampla responsabilidade do Estado por atos de seus servidores, vista como idéia-força do Estado moderno.

Rui Barbosa, por diversas vezes, posicionou-se favoravelmente à responsabilidade do Estado, sustentando que a pessoal prevista no artigo 32 da Constituição de 1891 não excluía a do Estado[9]. Aceitar a irresponsabilidade da Fazenda Pública, doutrina 'hoje repudiada pelos juristas', seria descurar da fecunda revolução jurídica que se estava realizando nos demais países, afirmava Pedro Lessa, com sua autoridade de mestre do Direito e Ministro do Supremo Tribunal Federal[10]. Amaro Cavalcanti, que escreveu em 1905 alentada monografia sobre a responsabilidade civil do Estado, dava ao art. 82 da Constituição de 1891 abrangência limitada aos seus termos: o dispositivo afirmava a responsabilidade do funcionário por suas faltas, mas não impedia a coexistência da responsabilidade estatal, de forma principal, solidária ou subsidiária, conforme o caso[11].

A jurisprudência do STF passou da total negativa (a Fazenda Pública não responde pelas faltas dos seus funcionários) [12], à aceitação irrestrita do princípio (é indisputável a

---

[5] 'Le Code Civil brésilien a suivi la théorie de la faute que vient du droit roman, selon la systematisation que commence avec les Glossateurs' (Clóvis do Couto e Silva, Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé, Porto Alegre, Lições na Universidade de Paris XII, datilografado, 1988, p. 82.

[6] Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1989, p. 552.

[7] No texto o emprego da expressão 'responsabilidade direta' quer significar a possibilidade de o lesado agir diretamente contra o Estado de forma primária e imediata.

[8] Na tramitação do projeto, foi rejeitada a emenda que restringia a responsabilidade apenas aos atos de gestão.

[9] Rui Barbosa, Obras Completas, vol. XXV, Tomo V, p. 178, parecer de 14.3.1898; Rev. dos Tribs., vol. 133, p. 438, parecer de 18.5.1900.

[10] Pedro Lessa, Do Poder Judiciário, Rio, Livraria Francisco Alves, 1915, p.161.

[11] Amaro Cavalcanti, Responsabilidade Civil do Estado, Rio: Borsói, ed. 1957, II/653.

[12] Acórdão do STF de 28. 4.1887, em O Direito, 73/504.

responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos particulares pelos funcionários públicos) [13]. Em certo momento, fez-se uma distinção (1921-1924): o Estado não responderia se o ato do funcionário fosse criminoso, quando a responsabilidade seria pessoal [14]. A partir de 1932, porém, voltou a prevalecer a tese mais ampla [15].

1.4. Com a Revolução de 1930, o governo expediu o Decreto n. 24.216, de 9.5.34, do seguinte teor: 'A União Federal, o Estado ou o Município não respondem civilmente pelos atos criminosos de seus representantes, funcionários ou prepostos, ainda quando praticados no exercício do cargo, função ou desempenho dos seus serviços, salvo se neles forem mantidos após a sua verificação'. Como o parágrafo primeiro impunha o dever de demitir o funcionário faltoso, hipótese da responsabilização do Estado, nesses casos, praticamente desapareceu.

Logo após, porém, em 16.7.34, foi promulgada a Constituição Federal, que admitiu a responsabilidade direta e solidária do Estado, sem ressalvar a natureza criminosa do fato: 'Art. 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos'. A Constituição de 1937, instituindo o regime totalitário do 'Estado Novo', repetiu a mesma regra.

1.5. A grande novidade veio com a Constituição de 1946, promulgada logo após a redemocratização do país, mantendo o princípio da responsabilidade direta do Estado e acolhendo a teoria objetiva: 'Art. 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-à ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes'. A Constituição de 1967 (art. 105), bem como a Emenda de 1969 (art. 107) não introduziram alteração substancial: 'Art. 107 - As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo'.

1.6. A vigente Constituição da República (1988), ao regular a administração pública, dispõe: 'Art. 37, § 6°. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiro, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa'.

Essa disposição constitucional forneceu as diretrizes para um sistema de responsabilidade civil do Estado no qual apontamos os seguintes aspectos: a) o agente

---

[13] Acórdão do STF de 27.7.1898, em O Direito, 77/487.

[14] Revista de Direito, 65/320; 78/526; 81/343.

[15] Alcino de Paula Salazar, Responsabilidade do Poder Público por Atos Judiciais, Rio, Canton & Reile, 1941, p. 27 e segs.

(servidor, empregado ou funcionário) é representante da pessoa jurídica de direito público, daí que a responsabilidade desta decorre diretamente da ação do agente, como seu órgão, não se caracterizando aí uma responsabilidade transubjetiva, como se o agente fosse o seu representante, ao modo regulado no art. 15 do CC; b) o Estado responde sempre que do seu funcionamento regular ou irregular decorrer prejuízo para o terceiro, independentemente de se questionar sobre a existência de culpa do serviço, bastando o fato do serviço. Contudo, haverá exoneração total ou parcial se o órgão público demonstrar culpa exclusiva ou concorrente do lesado[16]; c) a responsabilidade objetiva estende-se aos fatos comissivos. Nos casos de omissão, é preciso distinguir: ou o Estado era obrigado a praticar uma ação e não a presta, dessa omissão resultando imediatamente o dano (o Estado deixa de prestar o serviço a que estava obrigado, e a indústria paralisa, sofrendo danos); ou o Estado tinha o dever de evitar o resultado e omite-se, sendo o dano provocado diretamente pela ação de terceiro ou fato da natureza (o Estado não garante a segurança do presídio, sendo a vítima morta pela ação do réu foragido; o Estado não limpa os bueiros que a chuva faz transbordar, provocando inundação). No primeiro caso, basta o fato do serviço, a omissão da prestação devida; no segundo, além da omissão, impende demonstrar que o Estado estava obrigado a evitar o resultado danoso, ocupando a posição de garantidor do bem e que concorreu para o resultado através de sua omissão culposa (falta do serviço)[17]; d) são causas excludentes da

[16] O dissídio que lavrou na doutrina sobre a prevalência da teoria do risco integral ou do risco administrativo (exposta no texto) não tem maior relevância, pois os defensores de ambas as correntes aceitam a possibilidade de exclusão ou atenuação da responsabilidade do Estado sempre que provada a atuação de fatores causais estranhos ao Estado, como a culpa exclusiva ou concorrente da vítima (Alcindo Pinto Falcão, Responsabilidade Patrimonial das Pessoas Jurídicas de Direito Público, na RDA, 11/45; Yussef Said Cahali, Responsabilidade Civil do Estado, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1982, p. 30 e segs.; Edmir Netto de Araújo, Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1981, p. 42). Apenas corrente minoritária apregoa que o Estado responde sempre, ainda quando a vítima seja culpada pelo evento. O STF tem reiteradamente acolhido a teoria do risco administrativo: Acórdão de 24.2.87, no Al n. 113.722-3, 1 a . Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, na LEX - JSTF, 103/25. No mesmo sentido: RTJ, 55/50. Ver: Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 1989, p. 549 e segs.; Carlos Mário da Silva Velloso, Responsabilidade Civil do Estado, Revista de Informação Legislativa, 1987, n. 96, p. 233.

[17] Para apuração da culpa do Estado como garantidor do bem e obrigado a impedir o resultado, aplicam-se as regras estabelecidas para apuração da 'faute de service', para o que nos ajuda a lição de Rivero: a culpa do serviço é uma deficiência real do serviço, que surge quando ele fica abaixo do seu nível médio; não é imputável aos agentes, pelo que não há razão para distinguir entre culpa de um agente individualizado ou culpa anônima; não há norma abstrata para caracterizar a culpa, que deve ser apreciada em cada caso; é relativamente independente da legalidade, pois pode haver ato ilegal apenas quanto às suas formalidades externas, que nas circunstâncias pode não se constituir em fato danoso; a culpa admite graus; o Juiz pode considerar que certos serviços, particularmente difíceis, só respondem por culpa grave, como os serviços de proteção do fogo; a prova da culpa incumbe à vítima, mas é possível presumir-se a culpa (Jean Rivero, Tratado de Direito Administrativo, Coimbra, Almedina, 1981, p. 319-320).

responsabilidade do Estado: a culpa exclusiva da vitima[18], fato de terceiro e a força maior[19]. Não o caso fortuito, porquanto este é 'uma causa interna, inerente ao próprio serviço será o cabo de uma instalação que se rompe, será a peça de uma máquina que se despedaça'[20]. Não há igualmente exclusão quando o Estado tinha o dever, determinado pelas circunstâncias, de evitar o resultado danoso da ação de terceiro ou de um acontecimento natural e não o cumpriu por falta do serviço[21]. O estado de necessidade não é a causa exonerativa, salvo se a situação de perigo foi posta pelo lesado e o Estado praticou a ação necessária contra ele, provocando-lhe o dano. Nesse caso de estado de necessidade defensivo, o autor do perigo e afinal lesado nada pode reclamar. Nos demais casos de estado de necessidade agressivo, agindo o Estado na defesa de um interesse coletivo para afastar o perigo não criado pela vítima, deve indenizar àquele a quem sua ação causou prejuízo; e) o fundamento da responsabilização do Estado reside no princípio da igualdade, que exige harmônica distribuição dos ônus e encargos sociais. Porém, se o ato lesivo é contrário à lei, o princípio que então fundamenta a imputação é o da legalidade[22]; f) o ponto central de visualização do sistema deslocou-se da ação do agente (comportamento lícito ou ilícito) para a consideração da situação da vítima e do dano injusto, o que acentuou o dever de reparação do dano decorrente da atuação do Estado[23] [24]; g) a relação entre o Estado e o seu agente é de natureza subjetiva;

---

[18] 'A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de Direito Público, prevista na Constituição Federal, não significa seja o Estado responsável, sempre, por dano causado a terceiro por seus órgãos presentativos. Não se adotou, no sistema jurídico brasileiro, em tema de responsabilidade civil, a teoria do risco integral. Se o ato jurídico ilícito do policial fora praticado em legítima defesa, não pertencem ao Estado o dever e a obrigação de indenizar a vítima'. Acórdão da 1a Turma do STF, de 15.9.81, na LEX, JSTF, 36/49.

[19] RTJ, 78/243

[20] Themistocles Cavalcanti, Tratado de Direito Administrativo, p. 417.

[21] 'Nestas hipóteses (enchentes, vendavais) a indenização pela Fazenda Pública só é devida se se comprovar a culpa da administração'. Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, p. 555.

[22] Celso Antônio Bandeira de Mello, Responsabilidade Patrimonial da Administração por Atos Administrativos, RDA, 132/48.

[23] B. Starck, Essai d'une théorie générale de ia responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privé. Paris, Rodstein, 1947. Foi com Starck que se iniciou a orientação de se considerar a responsabilidade civil do ponto de vista da vítima: 'Nós tentamos uma construção inteiramente nova, com o único cuidado de fornecer uma explicação lógica e simples aos dados reais do problema. A existência de diversos casos de responsabilidade independente de toda imprudência, negligência ou dolo, no entanto indenizáveis, com a idéia do risco não podendo justificar de uma forma satisfatória, nós nos perguntamos se o problema do fundamento da responsabilidade civil não tinha sido mal colocado diante do dilema: culpa ou risco. Pareceu-nos que estas duas teorias, para alguns irredutivelmente opostas, se encontravam num defeito comum. Elas procuravam a razão, a justificação da obrigação de reparar o prejuízo causado, se colocando unicamente do ponto de vista do autor do dano; elas são, como se tem sublinhado, todas as duas subjetivas. Não será esta a razão principal de seu malogro? Não se poderia, invertendo o curso habitual do pensamento jurídico, abordar o problema da responsabilidade civil do ponto de vista da vítima . . .?' (p. 10). 'A razão, a causa jurídica de toda a responsabilidade civil, não pode ser plenamente percebida senão em se colocando do ponto de vista da vítima' (p. 259). Essa também é a lição de Iturraspe: 'La responsabllidad que mira a la victima es, a nuestro juicio, la verdaderamente jurídica' (Jorge Mosset Iturraspe, Responsabilidade Civil, Buenos Aires,

o Estado terá ação regressiva se houver culpa ou dolo do agente. No exercício e para resguardo desse direito, pode o Estado denunciar a lide ao servidor faltoso[25]; h) a redação dada ao dispositivo veio superar a antiga disputa sobre a extensão dos princípios da responsabilidade objetiva às empresas de direito privado que desempenhavam serviços públicos. A noção central, agora, reside no conceito de 'serviço público', pouco importando a natureza da pessoa jurídica; i) a denominação mais aceita para o instituto continua sendo a de responsabilidade civil do Estado, apesar da resistência dos publicistas[26].

2 - A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL.

2.1. Ao tempo do Brasil colônia, vigoravam as Ordenações do Reino de Portugal e suas leis complementares e extravagantes.

As primeiras, as Ordenações Afonsinas, mandadas publicar por Afonso V em 1446, constituíram importante expressão de unitarismo e centralismo jurídicos[27], reunindo em texto dividido em cinco livros as normas sobre os diversos ramos do Direito. Consolidavam leis promulgadas pelos seus antecessores, inspirando-se no Direito Romano, no Direito Canônico, no Fuero Juzgo e na Lei das Siete Partidas[28], pouco mais de meio século depois, seguiram-lhes as Ordenações Manuelinas (1521) e, em janeiro de 1603, as Ordenações Filipinas, que vigoraram em Portugal até 1867 e, no Brasil, por mais de trezentos anos, até a vigência do CC, em 1917.

As Ordenações Filipinas adotaram o princípio da responsabilidade pessoal do Juiz, do que se recolhem diversas passagens: Livro I, Título LXXXVIII, § 16 - '. . . e o Juiz que isto não cumprir, pagará ao órfão toda a perda e dano que por isso se lhe causar'; Livro

---

Editorial Hammurabi, 1992, p. 30). Na Argentina, tal perspectiva assumiu importância após a Lei n. 17.711, de 1968: 'El viraje de la problemática fue de 180°; se comenzó a estudiar el fenómeno desde el dañado y del daño y no exclusivamente desde el dañador' (Carlos A. Ghersi, Responsabilidade Civil, cit., p. 46).

[24] Não distinguimos, para o estudo do tema, entre indenização por fato lícito e ressarcimento por fato ilícito, como tem sido proposto na doutrina estrangeira.

[25] A orientação jurisprudencial predominante é contrária a denunciação da lide ao servidor, sob o fundamento de que insere matéria relacionada com a culpa em ação indenizatória onde a responsabilidade do Estado é objetiva. Ocorre que a denunciação da lide sempre traz para a demanda já existente uma nova relação, cuja natureza e conteúdo é necessariamente diversa da estabelecida entre autor e réu. Vedar a denunciação apenas por esse motivo seria negar o próprio instituto da denunciação da lide.

[26] Yussef Said Chali, Responsabilidade Civil do Estado, p. 17/19; Jorge Mosset Iturraspe, Responsabilidade Civil, p. 37/39.

[27] Clóvis V. do Couto e Silva, Le Droit Civil Brésilien - Aperçu Historique et Perspectives d'Avenir (Lições na Universidade de Florença), Porto Alegre, datilografado, 1986, p. 5.

[28] J. Isidoro Martins Júnior, História do Direito Nacional, Rio, Empresa Democrática Editora, 1895, p. 93.

LIL, Título LXII, § 5° - '... e o julgador, que os tais atos processou, será obrigado às custas no caso, que processou sem citação, ou com citação nula'; Livro IV, Título CII, § 7°-'E faça o dito Juiz de tal maneira, que por sua culpa ou negligência os bens dos órfãos não recebam dano, porque todo o dano e perda que receberem pagará por seus bens'.

A fim de garantir essa responsabilidade pessoal, a exemplo do que ocorria na Espanha [29], era o Juiz obrigado a dar residência, com o dever de permanecer por certo tempo no lugar onde exercera a função, para responder as reclamações dos eventuais lesados. Para isso, o novo Juiz do lugar, nos dez dias seguintes a sua posse, deveria proceder à devassa sobre o Juiz anterior, a chamada 'janeirinha', regulada nas Ordenações Filipinas, Livro 1, Título LXV, §§ 39 a 72, enviando seu resultado ao Corregedor da Coroa[30].

2.2. Após a independência, não se alterou esse quadro, silenciando a Constituição de 1824 sobre a responsabilidade dos Juízes. O importante Decreto n. 737, de 25.11.1850, dispondo sobre a ordem do juízo no processo, previa a responsabilidade pessoal do Juiz[31].

A novidade aconteceu com a promulgação do CP de 1890, que impôs ao Estado o dever de indenizar o réu condenado por sentença criminal e depois reabilitado.

Por força desse preceito legal é que Pedro Lessa, embora partidário da irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicional, admitiu 'nos casos de revisão ou rescisão da sentença... podem os particulares obter o ressarcimento do prejuízo infligido por uma sentença ilegal'[32].

O CC de 1917, além da regra do art. 15, já referido, estabelecendo a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público por atos dos seus funcionários, contém inúmeros preceitos que impõem diretamente ao Juiz a responsabilidade pelos danos causados às partes, como se vê dos arts. 294, 420, 421 e 1.552[33].

---

[29] José Almagro Nosete, Responsabilidad Judicial, Córdoba, Ed. El Almendro, 1984, p. 15.

[30] Lenine Nequete, O Poder Judiciário no Brasil -Crônica dos Tempos Coloniais, Porto Alegre, Ed. AJURIS, II/296 e segs.

[31] Decreto n. 737, de 25.11.1850: 'Art. 677 - As nulidades argüidas não sendo supridas, ou pronunciadas pelo Juiz, importarão: § 1° - A anulação do processo na parte respectiva, se elas causaram prejuízo àquele que as argüiu; § 2° - a responsabilidade do Juiz'.

[32] Pedro Lessa, Do Poder Judiciário, p. 165.

[33] Art. 294 - 'Ficará subsidiariamente responsável o Juiz que conceder a alienação fora dos casos e sem as formalidades do artigo antecedente, ou não providenciar na sub-rogação do preço e conformidade com o parágrafo único do mesmo artigo.'; Art. 420 - 'O Juiz responde subsidiariamente pelos prejuízos que sofra o menor em caso de insolvência do tutor, de lhe não ter exigido a garantia legal, ou de o não haver removido, tanto que se tornou suspeito.'; Art. 421 - 'A responsabilidade será pessoal e direta, quando o Juiz não tiver nomeado tutor, ou quando a nomeação não houver sido oportuna.'; Art. 1.551 - 'Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal (art. 1.550): I - o cárcere privado; II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III - a prisão ilegal (art. 1.552).'; Art. 1.552 - 'No caso do artigo antecedente, n. III, só a autoridade, que ordenou a prisão, é obrigada a ressarcir o dano'.

2.3. A partir de 1940, foram editadas as novas codificações: CP, CPP e CPC.

O CP de 1940, ainda hoje em vigor, com alterações, depois de enunciar diversos delitos que podem ser praticados pelos funcionários públicos (entre eles incluídos os Juízes), como o peculato, concussão, corrupção, prevaricação, etc., previstos nos arts. 312 a 317), definiu o crime de exercício arbitrário ou abuso de poder: 'Art. 350 - Ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder'. Posteriormente, a Lei n. 4.898, de 9.12.65, que tratou da responsabilidade civil, administrativa e penal nos casos de abuso de autoridade, definiu como tal 'deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada' (art. 4°, d), sujeitando-o, além de outras sanções, à reparação civil do dano (art.6°,§ 2°).

O CPP (1942), igualmente ainda em vigor, tratou da indenização do erro judiciário, atribuindo essa responsabilidade diretamente ao Estado, condicionando-a não mais à reabilitação do réu, mas à revisão da sentença condenatória[34].

O atual CPC (1973), repetindo a regra já constante do CPC de 1939, dispõe: 'Art. 133 - Responderá por perdas e danos o Juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único - Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no n. II só depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao Juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez (10) dias'.

A Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar n. 35, de 14.3.79) reproduziu tal enunciado em seu art. 49, estendendo sua incidência também aos atos praticados nas demais jurisdições (criminal, eleitoral, trabalhista, militar)[35]. Esta lei, que também é o estatuto na magistratura nacional, regula a hipótese de aposentadoria do Juiz por negligência manifesta e incapacitação para o serviço (art. 56)[36].

---

[34] Art. 630 do CPP: 'O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. § 1° - Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela Justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça. § 2° - A indenização não será devida: a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver sido meramente privada' (A ressalva da letra b é inadmissível).

[35] O recense projeto do Estatuto da Magistratura Nacional, encaminhado pelo STF ao Congresso Nacional (Diário da Justiça de 21.12.92), nada referiu sobre a responsabilidade por ato judicial. Esta seria a sede legislativa mais adequada para regular a matéria em nível nacional e para todas as jurisdições.

[36] Lei Complementar n. 35, de 14.3.79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN): Art. 56 - 'O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado: I -manifestamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo; II - de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções; III - de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário'.

As Constituições Federais de 1946, 1967 e a Emenda n. 1, de 1969, nada disseram quanto à responsabilidade do Juiz.

A Constituição de 1988, no título dos direitos e garantias fundamentais, contém a seguinte norma: 'Art. 5°, alínea LXXV - O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença'.

Em resumo, coexistem no Brasil, sobre o tema, os seguintes preceitos constitucionais e legais: Constituição de 1988, art. 5°, alínea LXXV, e art. 37, § 6°; CC de 1917, arts. 15, 294, 420, 421 e 1.551; CP de 1942, arts. 312 a 317 e 350; CPP de 1942, art. 630; Lei n. 4.898/65; CPC de 1973, art. 133; Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN) de 1979, arts. 49 e 56.

2.4. Diante desse quadro legislativo, a orientação jurisprudencial predominante até aqui tem afirmado a irresponsabilidade do Estado por atos dos Juízes, salvo quando o dever de indenizar é expressamente previsto em lei, como ocorre no erro judiciário criminal, após processo de revisão (art. 630 do CPP).

A negativa encontra fundamento nas teses universalmente difundidas sobre o tema[37]. Três delas são apresentadas com maior ênfase: a soberania exercida pela autoridade judiciária, a força da coisa julgada e a necessidade de garantir a liberdade e a independência dos Juízes.

O Estado não responderia pelo ato jurisdicional porque emanação da própria soberania, *supra legem*, de cujo exercício não pode surgir pretensão ressarcitória. Decidiu o STF, em sessão plenária: 'O Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um dos privilégios da soberania'[38], E, mais recentemente: 'O pensamento dominante é de que, em se tratando de exercício de atos de soberania, a igual da responsabilidade do legislador, não poderia resultar a responsabilidade de indenizar quem, súbito, sofresse prejuízos daí conseqüentes'[39] [40], Como conseqüência dessa asserção, o Juiz

---

[37] Philipe Ardant, o hoje Reitor da Universidade de Paris, em sua excelente monografia, enumerou os fundamentos teóricos contrários ao princípio da responsabilidade do Estado por fato da justiça: a responsabilidade eliminaria a liberdade de espírito dos Juízes; as partes não colaboram para o funcionamento correto da justiça; há o risco de colusão entre as partes; a organização dos serviços da justiça e as regras do processo oferecem garantias suficientes para impedir a causação de algum dano; o recurso à justiça é um ato voluntário; o reconhecimento da responsabilidade acarretaria uma carga muito grande para as finanças públicas; a função jurisdicional, como manifestação da soberania, é irresponsável; a autoridade da coisa julgada impede a responsabilização por dano resultante da sentença (La Responsabilité de l'État du Fait de la Fonction Juridictionelle, Paris, LGDJ, 1956, p. 171 a 186).

[38] Acórdão do STF de 13.10.71, na RTJ, 64/689.

[39] Acórdão do STF de 25.3.80, na RTJ, 94/423.

[40] É apenas a reiteração de precedentes consolidados desde o início do século: 'Não é a União civilmente responsável pelas decisões contenciosas ou administrativas, proferidas pelo Poder Judiciário, porque este não é representante ou preposto dela, mas um dos órgãos da soberania nacional' (Acórdão do STF de 29.10.26, na Revista Forense, 49/46).

não seria funcionário ou preposto do Estado; logo, se houvesse ilicitude , esta seria da responsabilidade exclusiva e pessoal do seu autor, nos termos da lei (CPC, CC, LOMAN).

O segundo obstáculo reside na existência da coisa julgada: 'A irresponsabilidade do Poder Público neste caso e um corolário fatal da autoridade da *res judicata*[41]. A coisa julgada, tida como expressão da verdade (*res judicata pro veritate habetur*, Ulpiano, D. 12.2.3.1), é instituto processual especialmente importante para a segurança das relações sociais, e a imutabilidade das decisões judiciais tem relevância social preponderante.

Por fim, o abalo à independência do julgador: 'A irresponsabilidade do Estado pelos atos e omissões dos Juízes advém da independência da magistratura, prerrogativa esta que tem como conseqüência lógica o tornar exclusivamente pessoal a responsabilidade'[42]. No STF afirmava-se: 'Domina, pois, nesse âmbito, o princípio da irresponsabilidade, não só em atenção à autoridade da coisa julgada como também à liberdade e independência dos magistrados, que se sentiriam tolhidos, a cada passo, na sua função de dizer o direito ou resolver as graves questões administrativas que lhe são afetas, pelo temor de engendrar responsabilidade, para si e para o Estado que representam'[43]. As manifestações judiciárias em sentido diverso são escassas[44].

A doutrina, até meados deste século, bateu sempre na mesma trilha: o ato jurisdicional é emanação da soberania, se reveste da força incontrastável da coisa julgada, não ofende a direitos subjetivos e não gera a responsabilidade civil do Estado[45].

---

[41] Pedro Lessa, Do Poder Judiciário, p. 164.

[42] Carlos Maximiliano, Comentários à Constituição Brasileira (1946), Rio, Freitas Bastos, 1954, III/262.

[43] Acórdão do STF de 9.12.58, na Revista Forense, 194/159. Na Justiça dos Estados, a tese da irresponsabilidade encontrou igual aceitação: TJSP: RDA, 50/239; 53/183; RT, 259/ 127; TJRS: AJURIS, 19/114; RJTJRGS, 113/367.

[44] Os julgados de procedência de ações indenizatórias constituem exceção, destacando-se o acórdão do antigo Tribunal Federal de Recursos, de 23.7.57, que condenou o Estado a indenizar suplente de Deputado indevidamente afastado do exercício do mandato, por sentença judicial (RDA, 54/188). Nesse ponto, é indeclinável a referência ao histórico voto do Min. Aliomar Baleeiro, que não chegou a convencer a maioria do STF, proferido no RE n. 70.121, de 13.10.71, batendo-se pela responsabilidade direta do Estado em razão da desídia do Juiz, que conservou displicentemente consigo, por mais de dois anos, os autos de um processo de réu preso (RTJ, 64/689).

[45] Além de Carlos Maximiliano e Pedro Lessa, já citados, ver: Carvalho dos Santos, Código Civil Brasileiro interpretado, I/356; Castro Nunes, Da Fazenda Pública em Juízo, 420/ 44; Pedro Batista Martins, Comentários ao Código de Processo Civil, I/ 361: 'Tornar o Juiz civilmente responsável pelos julgamentos que profere é absurdo que a doutrina jamais pôde tolerar. Nem o Juiz, nem o Estado que o houver investido na função respondem pelos danos ...'; Hely Lopes Meirelles, um dos mais citados administrativistas brasileiros, em seu 'Direito Administrativo Brasileiro', p. 557, afirma: 'O ato judicial típico, que é a sentença, não enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, salvo na hipótese única do art. 630 do CPP, uma vez obtida a revisão criminal. Nos demais casos, as decisões judiciais, como atos de soberania interna do Estado, não propiciam qualquer ressarcimento'.

2.5. Nos últimos anos, porém, está surgindo movimento vigoroso em favor da ampliação do conceito, por motivos de ordem política e razões de ordem jurídica. Do ponto de vista político, porque a marcha para a plena realização do estado de direito - aspiração que a todos deve orientar - impõe a gradual extinção da idéia da irresponsabilidade, quando resquício de privilégios antes concedidos a classes e pessoas para a mantença de poderes e benefícios injustificáveis à luz do Estado moderno, democrático, igualitário e solidário. Juridicamente, porque o ato estatal praticado através do Juiz não se distingue ontologicamente das demais atividades do Estado, estas geradoras do dever de indenizar, uma vez presentes os requisitos. Isto é, o Estado-Juiz é uma fração do Poder Público que pode, através de seu agente, nessa qualidade, causar dano injusto, não havendo razão jurídica para impor ao lesado o sofrimento do prejuízo daí decorrente. A necessidade de realizar a justiça material, finalidade que deve presidir o sistema jurídico estatal, não se satisfaz com o sacrifício individual injusto, mesmo quando conseqüência do ato jurisdicional. Talvez aí, e por isso mesmo, ainda maior o sentimento de inconformidade, pois o objetivo da jurisdição é realizar a justiça.

As primeiras e mais destacadas manifestações a favor da responsabilização do Estado por ato dos Juízes encontramos ainda na década de 40, na monografia de Alcino de Paula Salazar, 'Responsabilidade do Poder Público por Atos Judiciais', e na obra clássica no Direito brasileiro, 'Da Responsabilidade Civil', de José de Aguiar Dias. O primeiro, após examinar e rebater as objeções feitas ao princípio da responsabilidade, conclui: I – pela responsabilidade do Estado em conseqüência do funcionamento do serviço público, por atos de qualquer natureza, sendo fundamento dessa responsabilidade a idéia solidarista da eqüitativa distribuição dos ônus e encargos públicos; II- este princípio geral se aplica também aos atos judiciais, com exceção da coisa julgada, que entende deva ser primeiramente desfeita através de revisão ou rescisão[46], Aguiar Dias, admitindo estar em minoria, sustenta enfaticamente, diante do nosso Direito Positivo, a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, modo de garantir a plena satisfação do princípio da igualdade perante a lei, de cuja violação surge o direito amplo à indenização, nela incluída a reparação do dano moral, com o que rebate, a um só tempo, quem sustenta ser o dever de reparar mero imperativo do dever de assistência social (Rocco) e ainda contraria a redução do dano indenizável ao seu componente patrimonial. Afirma, ainda, ser indenizável o dano resultante de prisão preventiva injustificada[47].

---

[46] Alcino de Paula Salazar, Responsabilidade do Poder Público por Atos Judiciais, p. 95 a 99.

[47] José de Aguiar Dias, Da Responsabiiidade Civil, Rio, Forense, 1979, II/320 e segs., n. 214.

Desde então, e cada vez com maior uniformidade, inúmeros e valiosos trabalhos doutrinários, expostos em monografias e artigos, passaram a acolher o princípio da responsabilidade do Estado por atos danosos praticados no exercício da função judicial[48 49].

3 - INFORMAÇÕES DE DIREITO COMPARADO

3.1. Alguns anos após a promulgação da Constituição italiana de 1947, com a abertura proposta pelo art. 28, desenvolveu-se intenso debate sobre o papel e a responsabilidade do Juiz na sociedade moderna, caracterizadas as décadas 70/80 pelo 'difícil equilíbrio entre o velho e o novo', de uma parte impulsionados pela proposta constitucional, de outra condicionados por uma legislação defeituosa[50]. Nos anos 70, organizaram-se diversos congressos sobre o tema[51] e foram elaboradas três propostas de lei[52]. Em 1988, finalmente,

---

[48 49] Juary C. Silva, Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais, Rev. dos Tribs., 1965, 351/19 Cretella Júnior, Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais, Re- vista de Direito Administrativo, 1970, 99/13; João Sento Sé, Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais, São Paulo, Editora José Bushatsky Ltda., 1976; Nelson Luiz Guedes Ferreira Pinto, A Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais, Cadernos de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito, 1977, p. 143; Edmir Netto de Araújo, Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1981 _ ,O Estado Juiz e sua Responsabilidade, Boletim de Direito Administrativo, jan./1986, p. 20; Mário Moacyr Porto, Responsabilidade do Estado pelos Atos dos seus Juízes, Rev. dos Tribs., 1982, 563/9; Ada Pellegrini Grinover, A Responsabilidade do Juiz Brasileiro, Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques, Ed. Saraiva, 1982, p. 3; Volnei Ivo Carlin, A Responsabilidade Civil do Estado Resultante do Exercício das Funções Jurisdicionais, Rev. dos Tribs. 1982, 557/15, Yussef Said Cahali, Responsabilidade Civil do Estado, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1982; José Augusto Delgado, Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional, Revista de Processo, 1985, 40/147;

— , Poderes, Deveres e Responsabilidades do Juiz, Revista Forense, 1988, 301/335; Carlos Mário da Silva Velloso, Responsabilidade Civil do Estado, Revista de Informação Legislativa, 1987, 96/233;

— , Problemas e Soluções na Prestação da Justiça, Rev. dos Tribs., 1991, 664/215; Luiz Rodrigues Wambier, A Responsabilidade Civil do Estado Decorrente dos Atos Jurisdicionais, Rev dos Tribs., 1988, 633/34; Adauto Suannes, A Responsabilidade do Juiz pelo Erro Judiciário, Cadernos de Advocacia Criminal, dez./1988, 1/124, n. 6;

— , Má Prestação Judicial e Indenização Correspondente, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Rev. dos Tribs., número especial de lançamento, p. 62; Maria Emília Mendes Alcântara, Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos e Jurisdicionais, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1988; José Guilherme de Souza, A Responsabiiidade Civil do Estado pelo Exercício da Atividade Judiciária, Rev dos Tribs., 1990, 652/29; Artur Marques da Silva Filho, Juízes Irresponsáveis, Rev. dos Tribs, 1991, 674/70; Alberto Bittencourt Cotrim Neto, Da Responsabilidade do Estado por Atos de Juiz em Face da Constituição de 1988, AJURIS, 1992, 55/76.

[50] Nicolò Trocker, La Responsabilità del Giudice, RTDPC, 1982, p. 1.283.

[51] Adelaide N. Figurelli, La Responsabilità Disciplinare del Giudice: il dibattito piùrecente e la Prospettiva de Soluzioni Nuove, RTDPC, 1982, p. 260.

[52] Nicola Picardi, Problemi Attuali della Responsabilità del Giudice, RTDPC, 1979, n. 4, p. 1.485.

foi publicada a Lei n. 117, de 13.4.88, que dispôs sobre o ressarcimento dos danos causados no exercício da função judiciária e responsabilidade civil do magistrado. É o mais recente diploma que trata de forma abrangente do tema e traça as linhas de um sistema orgânico da responsabilidade do Estado por ato do Juiz, cujas características principais são as seguintes: a) o Estado responde pelo dano causado por dolo, culpa grave ou denegação de justiça.

Constitui culpa grave a violação de lei por negligência inescusável, a afirmação ou a negação de fato, por negligência inescusável, contrariamente ao contido nos autos; ordem de privação de liberdade fora dos casos legais ou sem motivação. Caracteriza denegação de justiça a recusa, omissão ou o retardo do magistrado em praticar ato de seu ofício quando, após o término do prazo legal, a parte tenha requerido a providência, decorrendo inutilmente, sem motivo justificado, trinta dias da data do depósito do pedido em Cartório. Esse prazo se reduz para cinco dias, em se tratando de privação de liberdade; b) o magistrado e o Estado respondem pelo dano conseqüente de crime cometido pelo magistrado no exercício de sua função; c) em ambos os casos, o Estado tem ação regressiva contra o magistrado, cujo valor não pode exceder a um terço da anualidade líquida percebida pelo magistrado ao tempo em que fora proposta a ação de ressarcimento. Tal limite não se aplica ao fato cometido com dolo; d) o Juiz cujo comportamento se examina na ação de indenização não pode ser chamado à causa, mas nela pode intervir em qualquer fase ou grau, pelo que deve ser comunicado da primeira audiência; e) a ação contra o Estado deve ser proposta contra o Presidente do Conselho de Ministros, no Tribunal do lugar onde tem sede a Corte de apelação do distrito mais próximo àquele ao qual pertencia o magistrado, no momento do fato; f) somente pode ser proposta a ação quando esgotados os meios ordinários de impugnação, e no prazo decadencial de dois anos.

3.2. No Direito inglês vigorava desde 1613 o princípio da absoluta imunidade judicial pelos atos praticados dentro dos limites da jurisdição *intra vires*, não ficando excluída a responsabilidade pelos atos *ultra vires*. Como sempre foi respeitado o princípio de que cabe aos Juízes dos Tribunais Superiores determinar o âmbito da sua jurisdição, e como eles, julgando certa demanda, estão implicitamente admitindo a sua competência[53], a conseqüência prática é de que sempre o Juiz da Corte superior praticava atos *intra vires* e, portanto, ao abrigo da *judicial immunity*, ainda que agindo com dolo ou culpa. Para os Juízes das cortes inferiores, que não têm o privilégio de determinar o âmbito da própria jurisdição, vigorava plenamente o princípio, com sua responsabilização nos atos praticados ultra vires, cuja pratica significava indesculpável erro de Direito.

---

[53] 'The Supreme Court may, by statute, lack jurisdiction to deal with a particular matter ... but it has jurisdiction to decide whether or not it has jurisdiction to deal with such matters'. Caso Taaffe v. Downes (1812), in Giovanni Criscuoli, 'I nuovi limiti dell'irresponsabilità del giudice inglese nel caso Sirros v. Moore and Another: un motivo per riflettere', RTDPC, 1975, n. 3, p. 1.060.
Também: Denis Lévy, La responsabilité de la puissance publique et de ses agents en Angleterre, Paris, LDGJ, 1957, p. 103.

No caso Sirros x More (1974)[54], pelo voto de Lord Denning[55], ficou de lado o princípio da gradação da imunidade em razão do *status* da Corte, estabelecendo-se que, seja Juiz de corte superior ou inferior, ambos devem estar protegidos da mesma maneira, pois o que interessa é tenha ele agido de boa-fé. No caso, não foi reconhecida a procedência da ação indenizatória promovida contra o Juiz de Corte inferior a que se atribuía a prática de ato fora da jurisdição, porque ele agira de boa-fé no exercício de sua atividade judiciária, ainda que seu ato tenha sido fruto de um erro e declarado ilegítimo[56]. Podia o Juiz estar errado, mas acreditando honestamente ter agido dentro da sua jurisdição, ele não é responsável[57]. Mais recentemente, porém, no caso In Re MCC (A Minor), 1985, a Câmara dos Lordes não seguiu esse caminho, parecendo ter fracassado o propósito de generalizar a responsabilidade por má-fé, o que dependeria de lei aprovada pelo Parlamento[58].

3.3. Durante o período feudal, na França, o sistema caracterizava-se pela privatização das funções estatais, entre elas a da magistratura, para a qual vigorava o princípio da venalidade do cargo, considerado este como um bem de propriedade do magistrado e transferível *inter vivos ou causa mortis*, pelo que a responsabilidade dos Juízes era vista como uma responsabilidade profissional[59]. Com a ascensão da realeza e fruto da criação jurisprudencial, surgiu a partir de 1521 o instituto da *prise à partie*, procedimento para a responsabilização pessoal dos Juízes pelos danos cometidos no exercício da função, cabível quando houvesse dolo, fraude, concussão ou erro evidente de fato ou de direito, regulado substancialmente

---

[54] Sirros era um cidadão turco contra o qual, em 1971, foi expedida, por um 'magistrate' (Juiz de Paz), ordem de expulsão da Inglaterra. Sirros recorreu à Crown Court, que rejeitou o apelo. Depois de findo o julgamento e proclamado o resultado, quando Sirros se retirava da sala, o Juiz ordenou a sua prisão, executada quando o demandante já se encontrava na rua. Sirros propôs a ação de habeas-corpus, que veio a ser julgada procedente, porque ele fora preso por ordem expedida depois do caso estar concluído. Sirros promoveu, então, ação de indenização contra o Juiz que ordenara a sua prisão e contra o oficial que a cumprira. A ação foi julgada improcedente, mas o fundamento da decisão contrariava a orientação jurisprudencial adotada há séculos.

[55] Walker & Walker, The English Legal System, London, Butter Worths, 1980, p. 220/221.

[56] Giovani Criscuoli, I Nuovi Limiti . ., p. 1.064.

[57] Walker & Walker, The English Legal System, p. 221, transcrevendo o voto de Lord Denning:
'He should not have to turn the pages of his book with trembling fingers, asking himself: 'If I do this, shall I be liable in damages'? So long as he does his work in the honest belief that is within his jurisdiction, then he is not liable to an action. He may be mistaken in fact. He may be ignorant in law. Wath he does may be outside his jurisdiction - in fact or in law – but so long as he honestly believes it to be within his jurisdiction, he sould not be liable . . Nothing will make him liable except it be shown that he was not acting judicially, knowing thar he had no jurisdiction to do it'.

[58] Juan Montero Aroca, Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la Actuación del Poder Judicial, Madrid, Tecnos, 1988, p. 24/25.

[59] Enrico Righetti, La Responsabilità Civile del Giudice nel Diritto Francese, Riv. Dir. Proc., 1991, p. 178.

pela Ordenação de Luiz XIV, de 1667. Com a Revolução, tratou-se de organizar um sistema burocrático-judiciário, num momento histórico caracterizado pela desconfiança do legislador para com os Juízes, que chegaram a ser proibidos de interpretar a lei e ficaram submetidos hierarquicamente ao governo. O Juiz tornou-se responsável apenas nos casos expressos em lei, havendo necessidade de autorização prévia para o processo. A lei de 1895, modificando o art. 446 do Código Processual Criminal, instituiu regime indenizatório, a cargo do Estado, em favor do condenado declarado inocente em processo de revisão. Em 1933, pela lei de 7 de fevereiro, foi alterada a redação do art. 505 do Código Processual Civil, admitindo a *prise à partie* nos casos de dolo, fraude, concussão ou falta grave profissional, no curso da instrução ou do julgamento; admitiu, também, a responsabilidade subsidiária do Estado. A falta grave seria a praticada sob a influência de erro tão grosseiro que um magistrado, se tivesse tido o normal cuidado para com seus deveres, não poderia cometer[60].

Em 1956, no Arrêt Giry, a Corte de Cassação admitiu a responsabilidade do Estado em hipóteses não previstas na legislação, fundamentando-se a decisão em princípio geral do direito público[61].

A Lei nº 70/643, de 17.7.70, introduziu no Código Processual Penal a regulação da responsabilidade do Estado pelos danos causados por prisão preventiva, prescrevendo uma indenização a favor do preso absolvido, quando da detenção derivasse dano manifestamente anormal e de particular gravidade.

A Lei de 05.07.72, no seu art. 11, atribuiu ao Estado a obrigação de reparar o dano causado pelo funcionamento defeituoso da justiça em razão de falta grave[62] ou denegação de justiça. A responsabilidade dos magistrados ordinários, por falta pessoal, rege-se pelo estatuto da Magistratura, e a dos demais, por lei especial, aparecendo o Estado apenas como garantidor dessa responsabilidade. A lei orgânica, de 18.1.79, incluiu no estatuto dos magistrados um artigo onde explicita que os da jurisdição ordinária respondem somente pela sua culpa pessoal, mas a ação de responsabilidade contra o magistrado não pode ser exercitada senão por ação regressiva do Estado, perante uma secção civil da Corte de Cassação. Com isso, desapareceu o processo de *prise à partie* para os Juízes ordinários[63] e se ampliou o campo da

---

[60] Martine Lombard, La Responsabilité du fait de la fonction juridictionelle et la loi du 5. 7. 72, Revue du Droit Public, 1975, n. 3, p. 585.

[61] Ibid., p. 598.

[62] André Laubadère, Traité de Droit Administratif, Paris, LDGJ, 1990, Tomo I, p. 829:
'Une interprétation littéralle des dispositions de l'article 11 de la loi du 5 juillet 1972 priverait les victimes du bénéficie de la responsabilité pour faute simples ou sans faute que les avait accordé la jurisprudence Giry. La Cour de Cassation n'a pas admis cette interprétation qui, dans un arrêt Cons. Pourcel ... a consacré la responsabilité sans faute de l'Etat en cas de dommage causé, au cours d'une opération de police judiciaire ...

[63] Jean Rivero, Droit Administratif, Paris, Dailoz, 1990, p. 380: 'La responsabilité pour faute personelle n'est plus liée à la procedure de prise à partie, qui disparait,.

responsabilidade direta do Estado também pelas faltas pessoais dos Juízes[64].

3.4. O art. 121 da Constituição da Espanha de 1978 dispõe: 'Os danos causados por erro judicial, assim como os que sejam conseqüência do funcionamento anormal da administração da justiça darão direito a uma indenização a cargo do Estado, conforme a lei'. Esta veio a ser a Lei Orgânica do Poder Judicial (LOPJ), de 1°.7.85, que versa a matéria nos arts. 292-297. O sistema por ela implantado caracteriza-se pela responsabilização direta e objetiva do Estado, reunidos os seguintes requisitos: a) um comportamento danoso, qualificável como erro judiciário ou como funcionamento anormal da administração da justiça , independente de culpa ou caso fortuito ; b) dano injusto, isto é , o que o lesado não está obrigado a suportar; c) a relação de causalidade[65]. Inclui-se entre as hipóteses de reparação a prisão preventiva injusta.

A lei tratou o erro e o funcionamento anormal como sendo coisas distintas, passando a doutrina a discutir tais conceitos. O erro poderia acontecer apenas na atividade própria do Juiz, no exercício de sua função jurisdicional, e compreenderia o erro acidental e o culposo[66]. Nosete, porém, considera que o erro culposo ou doloso é modo de funcionamento anormal da justiça, e nessa classe deve ser incluído, reservando para a categoria 'erro' apenas o acidental, pois este faz parte da essência do atuar judicial, cujo sistema está montado na presunção dessa falibilidade[67]. Limitado ao conceito de erro verificado em resolução judicial, Rebollo esclarece que tal resolução não é apenas a sentença firme, mas todo o tipo de atuação judicial, incluindo outras decisões, providências, sentenças. A não se atribuir essa amplitude ao conceito, o sistema retornaria ao erro judiciário reconhecido na revisão da sentença, o que seria reduzir demasiadamente a norma constitucional[68].

Também há debate sobre se o funcionamento anormal seria (a) apenas o da administração da justiça na sua atividade jurisdicional *stricto sensu*, deslocadas para o sistema da responsabilidade da administração em geral as faltas cometidas pela administração da justiça em seu aspecto não jurisdicional[69], ou (b) se estende não só para a atividade jurisdicional

---

[64] Jean vincent, La Justice et ses Institutions, Paris, Dalloz, 3° ed., p. 430.

[65] Ignacio Díez-Picazo Giménez, Appunti sulla responsabilità dello Stato in Spagna: il c.d. funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia, RTDPC, 1990, ano 44, n. 1/2, p. 581.

[66] Ignacio Díez-Picazo Giménez, Appunti . . ., p. 592.

[67] José Almagro Nosete, Responsabilidad Judicial, Córdoba, El Almendro, 1984, p.85.

[68] Luis Marín Rebollo, Jueces y Responsabilidad del Estado, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 140/142.

[69] Luis Martín Rebollo, Jueces ..., p. 150/157.

como para qualquer tipo de atuação exercida no complexo orgânico da administração da justiça, nela incluída a participação de todos os seus auxiliares e colaboradores [70] [71].

Funcionamento anormal corresponde ao funcionamento defeituoso do Direito francês, ocorrendo quando a justiça não funciona, funciona mal ou tardiamente, avaliado segundo standard de atuação e rendimento normalmente exigíveis[72].

A indenização por prisão preventiva (art. 294 da LOPJ) só é devida ao réu que venha a ser condenado pela inexistência do fato imputado. A regra tem sido criticada por excluir a absolvição por outro fundamento, como o de inexistência da autoria, o que talvez venha a justificar interpretação extensiva, para considerar que ela apenas fornece um exemplo.

II - O SISTEMA PROPOSTO

1 - EXAME DAS OBJEÇÕES APRESENTADAS

A importância e o interesse da disputa entre as correntes antagônicas sobre a responsabilidade do Estado por atos de seus Juízes, no Brasil, deve diminuir sensivelmente diante da nova realidade exposta no capítulo anterior, onde se viu que inúmeros ordenamentos jurídicos europeus admitem tal responsabilidade e passaram a regulamentá-la. É difícil conceber que, nesses países, com as alterações introduzidas na legislação, ficou abalada a soberania ou se perturbou a independência e a liberdade de seus Juízes.

Contudo, retornando ao plano em que se encontrava o debate nacional, cabe examinar, embora sucintamente, essas questões.

1.1. A soberania é uma qualidade do Poder do Estado[73], que se manifesta internamente como a capacidade de impor a vontade própria em última instância[74] e, externamente, na relação de igualdade com outros Estados. Ela é indispensável à manutenção da unidade do Estado, pois 'a vida do Estado consiste numa perpétua reafirmação da própria unidade ... Se o Estado não tivesse real supremacia sobre os indivíduos que o compõem, deixaria de ser Estado, pois a soberania está implícita em sua própria natureza'[75]. Necessária como fator de

---

[70] Ignacio Díez-Picazo Giménez, Appunti ..., p. 594.

[71] No Brasil, considerando que a responsabilidade por ato judicial tem regulação restritiva, a responsabilidade pelos danos causados fora da atividade do Juiz e dos seus auxiliares no processo deve ser regulada pelo princípio geral da administração pública (art. 37, § 6°, da Constituição), como a indenização pela apropriação de bens no depósito judicial, a colisão de veículo do serviço da justiça, etc.

[72] Luis Martín Rebollo, Jueces . . ., p. 158/160.

[73] Darcy Azambuja, Teoria Geral do Estado, Porto Alegre, Editora Globo, 1955, p.53.

[74] Pinto Ferreira, Teoria Geral do Estado, São Paulo, Saraiva, 1975, I/207.

[75] Guiogio Del Vecchio, Teoria do Estado, São Paulo: Saraiva, 1957, p. 39.

manutenção da união orgânica das forças que convivem no Estado, a própria soberania é una, não se repartindo entre os Três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, não obstante seja através desses órgãos e seus agentes que o Estado soberano exerce suas funções específicas. Se todos os poderes desempenham funções estatais, cuja fonte última reside na soberania, todos estariam igualmente acobertados pela mesma imunidade[76]. Como os atos do Poder Executivo sujeitam o Estado, e os do Poder Legislativo também (pois até os efeitos danosos das leis inconstitucionais são indenizáveis)[77], não há como argumentar com a soberania para excluir os atos judiciários. Na verdade, refletindo-se a soberania, com maior ou menor grau, em todos os atos específicos do Estado, não ficam eles excluídos do âmbito da responsabilização, pois a soberania 'é um poder limitado pelo Direito, e não só pelo Direito Positivo, do qual o Estado é uma das principais fontes de revelação, mas ainda pelo Direito em geral, pelo princípio superior de justiça e ainda pelo bem comum do grupo ...'[78].

1.2. A coisa julgada, assim como definida no CPC, corresponde à idéia de Liebman, para quem a eficácia natural da sentença se reforça quando precluem todos os recursos, sendo a coisa julgada uma eficácia especial da sentença: 'Art. 467 - Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário'[79].

O fundamento dessa autoridade está na lei tendo o legislador optado entre duas alternativas: ou permitir a continuada renovação das lides, na busca incessante de uma sentença melhor, com a conseqüente insegurança para as relações sociais, ou atribuir à sentença, com tal eficácia, a força de lei[80]. Na Constituição da República incluiu-se entre os direitos fundamentais o respeito à coisa julgada: 'Art. 5°, XXXVI. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada'. A regra, cujo destinatário imediato é o legislador, com mais razão deve ser preservada pelo Juiz, impedido de apreciar ação que reproduz outra já julgada[81].

---

[76] Léon Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, I/282: 'Si la souveraineté est une realité, elle ne se manifeste pas d'une manière plus intense dans l'acte juridictionnel que dans l'acte administratif ...

[77] Acórdão do STF, de 19.7.48, na RDA, 40/42: 'O Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude de ato praticado, com fundamento em lei declarada inconstitucional'.

[78] Pinto Ferreira, Teoria Geral do Estado, II/212.

[79] CPC, art. 467 - 'Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário'. Na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657, de 4.9.42), constava no art. 6°, § 3°: 'Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso'.

[80] C PC , art. 468 - 'A sentença , que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas'.

[81] CPC, art. 301, § 1°: 'Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada'. Art. 471: 'Nenhum Juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas a mesma lide, salvo ...'.

Pontes de Miranda preocupou-se com o problema técnico da sentença *contra legem* e da sentença injusta, concluindo que, do ponto de vista jurídico, 'a decisão *contra legem* é coberta pela coisa julgada formal e material. Mau e duro, mas assim tinha de ser para se cortar a antinomia 'incidência, aplicação injusta' ... O que fica é o dever moral'[82].

Portanto, dentro do nosso sistema constitucional, é irrecusável ser a coisa julgada obstáculo ao surgimento de um direito de indenização contra o Estado enquanto subsistir a sentença trânsita em julgado. De um ponto de vista meramente processual poder-se-ia dizer inexistente o impedimento, uma vez que a ação indenizatória não contém os mesmos elementos da ação onde foi proferida a sentença causadora do dano injusto, sendo diferentes as partes, o pedido e a causa do pedir. É preciso reconhecer, porém, que o ordenamento jurídico não pode conviver com a inconciliável oposição entre duas sentenças antagônicas e igualmente eficazes, como ocorreria, por exemplo, entre uma decisão criminal que mantém preso o réu condenado e uma outra sentença, que ordena ao Estado pagar uma indenização a esse mesmo réu, pelo fato da sua condenação. Pela natureza da coisa, e por uma exigência lógica, tal antagonismo deve ser evitado[83].

O impedimento desaparece, porém, com o desfazimento da coisa julgada. Se o interessado intentar, no prazo decadencial de dois anos, ação rescisória do julgado cível (art. 485 do CPC), ou, em qualquer tempo, a revisão da sentença criminal (art. 622 do CPP), poderá obter, na mesma sentença de rescisão, ou em outra ação, a pretendida indenização.

A alegação da existência da coisa julgada não pode, pois, servir de motivo para a irresponsabilidade pelos atos jurisdicionais, porquanto a sentença com tal eficácia pode ser desfeita.

A precariedade de tal argumento ainda mais se evidencia quando consideramos que a coisa julgada é efeito de alguns atos praticados pelo Juiz (sentenças definitivas, as que decidem a lide), ficando excluídas desse campo todas as sentenças que não produzem coisa julgada (as terminativas que encerram o processo, mas não decidem o mérito, as decisões interlocutórias, os despachos ordinários, as sentenças proferidas na jurisdição voluntária, as decisões preliminares nos processos cautelares , etc.)[84].

---

[82] Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo, Ed. Forense, 1974, V/146-147.

[83] Carlos Alberto Parellada, Daños en la Actividad Judicial e Informática desde la Responsabilidad Profesional, Buenos Aires, Astrea, 1990, p. 166: 'A remoção da coisa julgada é necessária para poder propor ação de responsabilidade contra o magistrado interveniente no processo danoso e contra o Estado.

[84] Moacyr Amaral Santos, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio, Forense, 1982, IV/443-444.

1.3. A independência do magistrado e o espaço interno de liberdade para a decisão não justificam a pretendida isenção estatal. É absolutamente certo que a necessidade de interpretar a lei e de constantemente escolher entre diversas alternativas possíveis, cada uma delas determinante de sacrifícios e perdas para uma das partes, são peculiaridades que fazem necessário configurar um sistema que preserve essa liberdade, a fim de que o julgador não seja atormentado, a cada vista dos autos, pela preocupação com os efeitos de uma possível ação ressarcitória contra o Estado ou contra ele mesmo. Por isso, cumpre estabelecer um sistema que elimine o risco de que 'suas sentenças não reflitam os imperativos de sua consciência, mas o cuidado por sua segurança'[85]. Isso se obtém garantindo-se-lhe, de um lado, a liberdade na escolha do conteúdo da decisão e, de outro, impondo-lhe a exigência de fundamentar todas as suas decisões de caráter jurisdicional ('Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões', Constituição, art 93, IX), com o que se afasta, *a priori*, a possibilidade do arbítrio, atribuindo-se ao julgador o dever de se manter nos limites do ordenamento jurídico vigente. Assim preservada ao Juiz a liberdade de interpretação da norma dentro do sistema, é de se aceitar que, fora daí, como ocorre com o ato de qualquer outro Poder, seja possível a responsabilidade do Estado, estabelecendo-se saudável convivência entre os dois interesses coletivos: a responsabilidade do Estado por atos danosos de seus agentes e a independência do Juiz[86].

1.4. Anteriormente, discutiu-se longamente sobre a natureza do cargo exercido pelo magistrado e sua qualificação administrativa, porque as Constituições anteriores atribuíam ao Estado a responsabilidade pelos atos dos seus 'funcionários'. Classificado o Juiz em categoria especial de servidor público, desapareceria um dos requisitos para a imputação. A Carta de 1988 superou o impasse ao mencionar os 'agentes' das pessoas jurídicas de direito público, compreendendo todos aqueles que exercem legitimamente função estatal[87]. O Judiciário presta um serviço público, isso é inegável, e o Juiz é o seu principal agente[88]. A existência de um estatuto próprio para a magistratura põe à mostra, apenas, a especialidade da categoria, dentrc da estrutura estatal, mas não exclui o Juiz do conceito amplo de agente do Poder Público.

2 - A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS LEGAIS VIGENTES

2.1. O art. 37, § 6°, da Constituição da República de 1988 enunciou o princípio da responsabilidade objetiva e direta do Estado por ato dos seus agentes. Exercendo o Poder Judiciário um serviço público, e sendo o Juiz o seu agente, seus atos caem no âmbito dessa regra geral.

---

[85] Philippe Ardant, La Responsabilité de l'État ..., p. 173.

[86] Mauro Cappelletti, Juízes Irresponsáveis, Porto Alegre, Fabris, 1989, p. 33.

[87] Celso Antonio Bandeira de Mello, Apontamentos sobre agentes e órgãos públicos, São Paulo, RT, 1975, p. 3: 'Todos aqueles que prestam serviço ao Poder Público (União, Estados e Municípios e respectivas autarquias), ou realizam atividade da alçada deste, podem ser designados agentes públicos'.

[88] Alberto Bittencourt Cotrim Neto, Da Responsabilidade do Estado por Atos de Juiz em Face da Constituição de 1988, AJURIS, 1992, 55/76.

Ocorre que o art. 133 do CPC e o art. 49 da LOMAN regulam os casos em que o Juiz responde pessoalmente pelos danos, agindo com dolo, fraude ou desídia. O Código Civil, de sua vez, contém diversas disposições sobre a responsabilidade pessoal (arts. 294, 420, 421 e 1.533).

2.2. Diante dessa aparente antinomia, formaram-se correntes de opinião:

a) estão revogados pela Constituição os dispositivos das leis ordinárias que contrariam o princípio de que a responsabilidade é direta do Estado[89];

b) a responsabilidade é direta, tanto do Estado como do Juiz, nos casos previstos em lei, cabendo ao interessado escolher o sujeito passivo contra o qual pretende promover a sua ação indenizatória[90];

c) nos casos do art. 133, I, do CPC, o Estado responde diretamente e tem ação regressiva contra o Juiz; nas hipóteses do art. 133, II, 'trata-se de responsabilidade pessoal do Juiz, com nítida feição correicional'[91].

2.3. Para solver o impasse, é preciso considerar, em primeiro lugar, que tanto o Código de Processo Civil como a Lei Orgânica da Magistratura nada referem quanto à imediatidade da responsabilidade atribuída ao Juiz, pelo que se deve interpretar tais regras em consonância com o texto constitucional, isto é, o Estado responde primária e diretamente frente ao lesado; o Juiz responde regressivamente, frente ao Estado, nos casos figurados no art. 133, para a jurisdição civil, e no art. 49 da LOMAN, para as demais jurisdições. Isso significa respeitar o princípio geral da responsabilidade direta do Estado pelos atos dos seus agentes, e a limitação do direito de regresso, em se tratando de ato judicial, às hipóteses dos artigos mencionados.

Já soam diferentes as regras do Código Civil, editadas ao tempo em que predominava a doutrina regaliana e ainda é sombra de nossa longa tradição, mantida pelas Ordenações, de responsabilidade direta do Juiz. Os preceitos da lei civil, não há como negar, batem de frente com o princípio da responsabilidade direta do Estado, pois expressamente assinam ao Juiz a responsabilidade principal (art. 421), única (art. 1.552) ou subsidiária (arts. 294 e 420).

---

[89] Cretella Júnior, Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais, RDA, 1970, 99/13; Edmir Netto de Araújo, Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional, São Paulo, RT, 1981, p. 64; Maria Emília Mendes Alcântara, Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos e Jurisdicionais, São Paulo, RT, 1988, p. 29; João Sento Sé, Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 60.

[90] Ada Pellegrini Grinover, A Responsabilidade do Juiz Brasileiro, in Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques, São Paulo, Saraiva, 1982, p. 10; Hélio Tornaghi, Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo, RT, 1974, 1/412.

[91] Mário Moacyr Porto, Responsabilidade do Estado pelos Atos dos seus Juízes, Rev. dos Tribs., 1982, 563/9.

Nessa parte, devem ser considerados revogados a partir da Constituição de 1946. Valem, porém, como referencial legal para a responsabilidade regressiva. O mesmo ocorre com o art. 6° da Lei n. 4.898/65: é inadmissível a sanção civil.

O art. 5°, LXXV, da Constituição/88, que é norma especial em relação á do art. 37, § 6°, pois explicitou o que já nesta se continha, serviu para realçar dois casos de responsabilidade estatal erigidos em direito fundamental do cidadão: por erro judiciário e por excesso de cumprimento de pena. O primeiro está sempre e necessariamente inserido no tema da responsabilidade por ato jurisdicional, dada a sua natureza, mas o segundo dependerá das circunstâncias, pois a demora na liberação poderá ser conseqüência de ato do Juiz da execução da pena, de falta dos serviços cartorários da justiça ou só de falha do serviço administrativo a que está afeto o sistema penitenciário, integrante da administração pública centralizada. A norma também serve para evidenciar a existência dos diversos planos onde tem origem a responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional: a) a atividade jurisdicional propriamente dita, exercida pelo Juiz na sentença de mérito que transita em julgado; b) a atividade judicial pós-sentença ou pré-sentença; c) a atividade dos serviços da justiça.

2.4. Em resumo, são constitucionais os arts. 133 do CPC e 49 da LOMAN, interpretados como hipótese de responsabilidade direta do Estado e onde se admite a ação regressiva contra o Juiz; de outra banda, as disposições legais que atribuem responsabilidade direta ao Juiz (principal ou subsidiária), como as contidas no Código Civil, estão revogadas nesse ponto, pois que a responsabilidade direta é sempre do Estado, servindo apenas para indicar, como as anteriores, a ação regressiva. O art. 5°, LXXV, da Constituição explicita a regra geral do art. 37, § 6°, e traça parâmetros para a responsabilização pelo exercício da função jurisdicional.

3 - AS CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA PROPOSTO

3.1. Em primeiro lugar, cabe explicitar qual o âmbito do conceito de função jurisdicional.

Definir jurisdição tem sido um dos muitos pontos tormentosos do processo civil, para cuja solução concorreram as lições de Chiovenda (a jurisdição caracteriza-se pela substituição da atividade privada pela do Juiz)[92], de Carnelutti (a jurisdição é a justa composição da lide)[93], de Couture (jurisdição tem por objeto dirimir conflitos mediante decisões com autoridade de coisa julgada)[94], de Galeno Lacerda (a jurisdição consiste no julgamento de questões controvertidas)[95].

---

[92] Giuseppe Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 1965, II/3.
[93] Francesco Carnelutti, Sistema di Diritto Processuale Civile, I/131 e segs.
[94] Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Depalma, 1966, p. 40.
[95] Galeno Lacerda, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio, Forense, 1980, VIII/22-23. Tomo I.

Para o que nos interessa, em tema de responsabilidade civil do Estado, impende determinar se apenas o ato jurisdicional típico (independentemente do conteúdo ou da natureza que se lhe possa atribuir, conforme se adote uma ou outra das correntes doutrinárias existentes) integra o sistema próprio da responsabilidade do Estado por ato do Juiz, ou se nele também se abrigam atos outros que não possam ser considerados atos jurisdicionais *stricto sensu*. Se a resposta fosse pela primeira alternativa, a exata apreciação do conceito seria de fundamental importância para a delimitação das fronteiras do instituto do qual tratamos; se prevalecer a segunda proposta, a questão diminui de importância.

A peculiaridade de tratamento que se dispensa ao tema, no campo da responsabilidade civil do Estado, deflui das condições próprias de trabalho do Juiz: devendo fazer atuar o ordenamento jurídico, que necessita compreender e expressar através de um juízo de valor, depende ele de um espaço de liberdade interna que lhe garanta a possibilidade de escolher entre as diversas opções oferecidas; sendo terceiro em relação às partes, deve-se-lhe assegurar a independência e a imparcialidade; posto a decidir sobre conflito de interesses, o ato judicial traz consigo a possibilidade de modificar posições jurídicas, acarretando vantagens e perdas às partes. Ora, esses predicamentos existem tanto no momento da sentença que julga a lide e adquire a força de coisa julgada, quanto nos atos de administração do processo e decisão de inúmeras questões de fato e de direito que devem ser superadas durante o curso normal da demanda, tanto no processo de conhecimento, direcionado para o típico ato jurisdicional, como no processo cautelar e no de execução[96]; tanto na jurisdição contenciosa quanto na jurisdição voluntária[97], considerada esta como atividade administrativa e por isso mesmo tida pelo nosso Código 'como estranha à verdadeira jurisdição, em sentido próprio'[98]. Contudo, e isso é o que nos basta, essa jurisdição voluntária é uma atividade administrativa distinta da massa dos atos administrativos em geral, à qual o Estado dispensou especial atenção, confiando-a aos Juízes, pelas garantias de que dispõem[99].

Portanto, a função jurisdicional a que nos referimos, que acarreta a responsabilidade do Estado nos termos restritos aqui expostos, não se resume ao ato jurisdicional típico, ou ato jurisdicional *stricto sensu*, que a maioria da doutrina localiza na sentença de mérito, apta

---

[96] Celso Agrícola Barbi, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio, Forense, 1975, I/27-28, Tomo I: 'A jurisdição não compreende apenas a função de decidir qual o direito, mas a atividade de tornar efetivo o direito reconhecido (processo de execução) e de acautelar o direito de quem vencer a demanda (processo cautelar)'.

[97] Ovídio Baptista da Silva, Teoria Geral do Processo Civil, Porto Alegre, LEJUR, 1983, p. 48: 'A jurisdição voluntária é uma autêntica atividade administrativa exercia pelo Juiz'.

[98] Adroaldo Furtado Fabrício, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio, Forense, 1980, VIII/4, Tomo III.

[99] Giuseppe Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, II/16.

a ter a eficácia de coisa julgada, mas compreende a atividade exercida pelo Juiz no processo, tanto antes como depois da sentença, tanto no processo de conhecimento como no cautelar e no de execução, tanto na jurisdição contenciosa como na voluntária. Além da atuação do Juiz, compreende a atividade que o Estado necessariamente deve desenvolver no processo para dar cabo do seu dever de prestar a jurisdição, através do pessoal de Cartório e auxiliares da justiça. Fica restrita à atividade exclusivamente processual, porquanto o mais de sua atuação administrativa cai no âmbito do princípio geral da responsabilidade do Estado[100].

3.2. Ainda como um esclarecimento preliminar devemos enumerar, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, as hipóteses de fato que podem dar causa ao dever de o Estado indenizar pelo exercício da função jurisdicional. Para isso consideramos as diversas especificações feitas na nossa legislação constitucional e ordinária (como a referência expressa feita ao erro judiciário) e atendemos ao conceito amplo de função jurisdicional, assim como acima mencionado. Servem de suporte à indenização: 1) a falta do Juiz no exercício da função jurisdicional, de que é exemplo o disposto no art. 133 do CPC; 2) o erro judiciário, que na maioria das vezes é uma espécie de falta do Juiz, mas que também pode decorrer de simples acidente, além de ficar restrito à sentença de mérito (art. 5°, LXXV, primeira parte, da CR); a falta do serviço, verificada no processo, de forma individualizada ou anônima (art. 5°, LXXV, segunda parte, da CR).

3.3. Estabelecida a premissa da responsabilidade do Estado pelos atos dos Juízes, causadores de dano injusto, cumpre determinar as características do sistema em que ela ocorre.

O princípio da responsabilidade objetiva, que se satisfaz com a causação do dano, não pode ser aceito no âmbito dos atos judiciais porque sempre, ou quase sempre, da atuação do Juiz na jurisdição contenciosa resultará alguma perda para uma das partes. Se esse dano fosse indenizável, transferir-se-ia para o Estado, na mais absoluta socialização dos prejuízos, todos os efeitos das contendas entre os particulares. É por isso que a regra ampla do art. 37, § 6°, da Constituição, deve ser trazida para os limites indicados no seu art. 5°, LXXV, que admite a indenização quando o ato é falho (erro na sentença) ou quando falha o serviço (excesso de prisão). A partir daí, a legislação ordinária e complementar vale para delinear com mais precisão os contornos dessa responsabilidade. O Estado responde quando o Juiz age com dolo, fraude (art. 133, I, do CPC; art. 49, I, da LOMAN), ou culpa grave, esta revelada pela negligência manifesta (art. 133, II, do CPC; arts. 49, II, e 56, I, da LOMAN) ou pela incapacitação para o trabalho (art. 56, III, da LOMAN)[101].

---

[100] Juan Montero Aroca, Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial, Madrid, Tecnos, 1988, p. 105.

[101] A culpa grave ainda se há de fazer presente nas hipóteses expressamente reguladas em disposições esparsas, como acontece nos arts. 294, 420, 421 e 1.552 do CC, e no art. 4°, d, c/c. o art. 6°, da Lei n. 4.898, de 9.12.65

3.4. O dolo está aqui como elemento do ilícito absoluto, componente da conduta contrária ao dever genérico de não lesar. Age com dolo o Juiz, no exercício de sua função, quando pratica ato que sabe indevido e assim o fez com o fim de violar a lei e causar direta ou indiretamente dano à parte. Nesse sentido, dolo é o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de praticá-lo[102]. Mas não apenas o dolo direto como também o eventual: no dolo, 'o agente tem a representação do resultado danoso, sendo o ato praticado com a intenção malévola de produzi-lo, ou apenas aceitado reflexamente esse efeito, ou ainda, tão-só, correndo-se o risco de que se produza'[103].

Além da hipótese de a própria conduta do Juiz ser suficiente para produzir o resultado danoso, através da sentença ou de outro ato no processo, ainda pode acontecer, se bem que com menor freqüência, a espécie de dolo consistente em induzir maliciosamente outrem à prática do ato que o prejudica, v. g, na mediação de um litígio, induzindo maliciosamente a parte a celebrar acordo ruinoso. É o dolo de que trata o art. 92 do Código Civil: 'Os atos jurídicos são anuláveis por dolo, quando este for a sua causa', que se conceitua como sendo o 'artifício ou expediente astucioso empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro'[104].Na omissão dolosa deve estar presente, *mutatis mutandis*, o mesmo elemento subjetivo da inexecução dolosa dos contratos[105]:a voluntária e consciente transgressão do dever, com a intenção de causar o dano à parte, excluída a simples determinação voluntária de descumprir.

A fraude, a rigor, está incluída no conceito amplo de dolo, que compreende toda a forma de artifício capaz de induzir outrem a engano[106]. O destaque dado pelo legislador do Código de Processo Civil (art. 133, I) deve ser interpretado como preocupação de fazer menção às outras manobras enganosas que o agente pode praticar para falsear a realidade e prejudicar uma das partes, especialmente pela falsificação ideológica ou material, pela reprodução incompleta de documentos, etc.

A culpa que enseja a responsabilidade estatal por ato do Juiz se manifesta em três modalidades: a) na recusa, omissão ou retardo da providência que deva ordenar (art. 133, II, do CPC); b) na negligência manifesta (art. 56, I, da LOMAN); c) na insuficiente capacitação

---

[102] Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, São Paulo, Saraiva, 1960, p. 284. Pontes de Miranda dá o exemplo: 'O Juiz fundou o julgamento na afirmação de que uma das escrituras públicas continha a cláusula da retrovenda, mas ele sabia que a escritura pública era falsa' (Comentários ao Código de Processo Civil, II/ 395)

[103] Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das Obrigações, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, p. 382.

[104] Clóvis Beviláqua, Código Civil, Rio, Livraria Francisco Alves, 1959, I/272.

[105] Roberto de Ruggiero, Instituições de Direito Civil, São Paulo, Saraiva, 1958, 3/123.

[106] Emilio Betti, Teoria General del Negocio Jurídico, Madrid, Ed. Rev. de Der. Privado, s.d., p. 339.

para o desempenho da função (art. 56, III, da LOMAN). A hipótese da alínea a concretiza-se com o injustificado desatendimento do pedido da parte, dez dias depois de apresentado seu requerimento através do Escrivão (art. 133, parágrafo único). É uma espécie de omissão, mas circunscrita à ausência de ordem judicial para uma certa providência. Isto é, falta a ordem, como a de expedição de alvará, de mandado de soltura, etc. Já na alínea b acima, a 'manifesta negligência' abrange qualquer outra omissão do Juiz dentro do processo, desde a falta de despacho, ausência de solenidades aprazadas, até a demora na prolação da sentença[107].

A incapacidade para o desempenho do trabalho judicial é uma espécie de imperícia que se manifesta na ignorância ou no erro sobre técnica profissional necessária ao exercício da função.

Em todos os casos, a culpa deve ser grave, isto é, expressar inescusável desatenção ao cumprimento do dever funcional. A falta de justificativa para a recusa, omissão ou retardo da ordem de providência deve significar grave desconsideração para com o interesse da parte, que as circunstâncias de nenhum modo autorizavam. A negligência deve ser manifesta, evidente a qualquer exame, reveladora de descuido grosseiro ao dever de cuidado no exercício das funções. A demora é a intolerável procrastinação dos atos de ofício, não justificada pelos fatos. A incapacidade é a inaptidão revelada através do desconhecimento de regra elementar ou do erro crasso.

Estas últimas situações (letras b e c), impondo ao Estado o dever de retirar seus autores do serviço ativo (art. 56 da LOMAN), têm como corolário responsabilizar o mesmo Estado pelos danos que seus Juízes, nessa qualidade, causaram às partes[108]. O procedimento administrativo contra o Juiz, porém, não é pressuposto para a responsabilização patrimonial do Estado, mesmo porque a hipótese pode ser isolada, bastante grave para justificar a reparação do dano, mas insuficiente para a penalização administrativa.

3.5. O erro judiciário ocorre por equivocada apreciação dos fatos ou do Direito aplicável, o que leva o Juiz a proferir sentença passível de revisão ou de rescisão. Pode decorrer de dolo ou culpa do Juiz, de falha do serviço ou, até mesmo, 'se produzir fora de qualquer falta do serviço público. É um risco inerente ao funcionamento do serviço da justiça. Apesar

---

[107] Carlos Mário da Silva Velloso, Problemas e soluções na prestação da Justiça, Rev. dos Tribs., 664/228: 'É claro que não seria possível o Juiz ser responsabilizado pela má interpretação que empreste à lei. Se isso fosse possível, teríamos tirado do Juiz a sua independência. Todavia, no que toca ao Juiz indolente, tardinheiro, que, injustificadamente, não cumpre prazos, que adia audiências, que retarda atos de ofício, que não reside na sua comarca, penso que já é hora de pugnarmos, para esse mau Juiz, um sistema de responsabilização em termos civis ... É necessário que o sistema seja aperfeiçoado, alargando-se o campo da responsabilidade civil do magistrado nos casos atrás mencionados'.

[108] José de Aguiar Dias, Da Responsabilidade Civil, discorrendo sobre a responsabilidade pelo mau funcionamento do serviço, conclui: 'Nem se compreenderia o contrário, quando o próprio Estado considera tais fatos como ilícitos, tanto que estabelece penas para os que o praticam' (II/328, nota 1.150).

da diligência e da extrema atenção dos magistrados e de seus auxiliares, os erros judiciários podem surgir . . .'[109]. O erro pode estar em sentença proferida em qualquer jurisdição ou instância, a despeito de estar comumente associado à sentença criminal[110]. Como adverte Ardant, quaisquer que sejam as diferenças entre a justiça civil e a justiça criminal, a responsabilidade deve englobar o erro de ambas, pois o risco do erro é inerente à função jurisdicional, seja cível ou criminal[111].

Além do erro judiciário, reparável após o desfazimento da sentença[112], devemos incluir no âmbito da reparação civil a prisão preventiva, quando ilegal, e a legal de quem veio a ser finalmente absolvido[113] com fundamento na categórica negativa da existência do fato ou da autoria, ou pelo reconhecimento da licitude do comportamento. Os autores discutem sobre a incidência, também, da absolvição por falta de provas[114], o que parece incabível. A falta de provas de qualquer dos pressupostos da condenação criminal inibe a formulação do juízo condenatório, mas não tem reflexos na jurisdição civil, nem pode fazer surgir para o réu uma pretensão à indenização fundada em ofensa a direito sobre o qual se tem duvida.

3.6. Tratemos agora dos casos que, não derivando diretamente da ação do Juiz, como os acima referidos, caracterizam hipóteses de mau funcionamento ou funcionamento anormal do serviço judiciário, que não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente, ocorrentes desde a propositura da ação até os atos executórios da sentença final[115].

O monopólio da prestação da justiça trouxe para o Estado, conseqüentemente, o dever de cumprir o encargo a contento, de modo a não violar o direito que prometeu proteger. Os efeitos daninhos da má organização dos serviços judiciários, resultado da incompetência e da visão acanhada da administração pública, não pode recair sobre os ombros dos cidadãos. Sequer a vasta diferença entre o que existe e o que seria razoável esperar, nas condições do país, pode servir de escudo à incúria, à inoperância e à incapacidade de ordenar

---

[109] Paul Duez, La Responsabilité de la Puissance Publique, Paris, Dalloz, 1927, p. 143, nota.

[110] Guido Santiago Tawil, La Responsabilidad del Estado y los Magistrados y Funcionários Judiciales por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 61.

[111] Philippe Ardant, La Responsabilité de l'État, p. 226.

[112] A sentença que não transita em julgado, como a proferida em processo civil sem a citação do réu, pode ser anulada através de ação ordinária. Essa anulação é o pressuposto para a ação de indenização.

[113] José de Aguiar Dias, Da Responsabilidade Civil, II/327.

[114] Maria Emília Mendes Alcântara, Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos e Jurisdicionais, p. 43.

[115] Carlos Mário da Silva Velloso, Responsabilidade Civil do Estado, Revista de informação Legislativa, 1987, n. 96, p. 251: 'Também achamos que o Estado é responsável, civilmente, pelos atos dos seus Juízes, não só em razão do comportamento desidioso destes, mas, e sobretudo, pelo mau funcionamento do serviço, assim em razão da falta do serviço'.

o sistema judiciário de modo a atender a demanda. O Estado deve ser capaz de resolver satisfatoriamente o problema da justiça, com os recursos de que dispõe, o que é plenamente possível, ainda quando escassos, desde que se comece por admitir que o nosso sistema processual é inviável, como evidenciam as pilhas de milhares de autos nos Tribunais nosso cartórios, angustiando Juízes, advogados e partes. É preciso criar mecanismos ágeis, céleres e baratos, adaptados aos recursos econômicos da comunidade que os sustentam. Para isso talvez seja imperioso contar com menos palácios e mais cartórios, menos carimbos e mais resultados, menos recursos e mais simplicidade[116].

O mau funcionamento da justiça pode resultar da culpa de seu agente, determinado e individualizado, ou da culpa anônima, simples falta do serviço. O acúmulo do trabalho, cujo ingresso não pode ser controlado, a insuperável falta de Juízes e servidores, em virtude da morosidade própria da burocracia, que é lenta desde o processo de seleção do pessoal, e a falta de recursos suficientes são fatores determinantes do funcionamento anormal, sem que se possa precisar aquele a quem se deve imputar a falta. Para o lesado, basta demonstrar a falha do serviço, o dano e o nexo causal[117].

O mau funcionamento corresponde à hipótese mais genérica de denegação da justiça. É caracterizada, normalmente, uma ilegalidade processual[118], que pode ocorrer em qualquer piano, por ação do agente no desempenho de função processual, do que serve de exemplo o excessivo cumprimento da pena (art. 5°, LXXV, da Constituição).

3.7. A ação de reparação de danos pressupõe o esgotamento dos recursos ordinários, pois este é o caminho proposto pela própria lei para a retificação das irregularidades e equívocos que previsivelmente podem ocorrer durante o processado. Se a parte se contenta com o ato e se omite na reclamação, concorre para a sua permanência e não tem do que se queixar. Em certos casos, contudo, devemos atentar para a dificuldade do exercício da defesa e para a precariedade dos meios de que dispõe o interessado para fazer valer o seu direito, como muitas vezes acontece com a assistência judiciária gratuita, que o Estado ainda não conseguiu organizar com suficiência. Sendo dele o dever de prestar a assistência, a eventual deficiência da defesa não pode ser causa de exoneração.

---

[116] Aliomar Baleeiro, votando no RE n. 32.518, na 2a Turma do STF, em 21.6.66, afirmava: 'Se o Estado responde, segundo antiga e iterativa jurisprudência, pelos motins multitudinários, ou pelo 'fato das coisas' do serviço público, independentemente de culpa dos seus agentes ..., com mais razão deve responder por sua omissão ou negligência em prover eficazmente ao serviço da justiça, segundo as necessidades e reclamos dos jurisdicionados, que lhes pagam impostos e até taxas judiciárias específicas, para serem atendidos' (Rev. Forense, 220/105).

[117] É exemplo da mau funcionamento a permanência de réu preso além do tempo previsto na setença (art 5°, LXXV, da Constituição).

[118] Juan Montero Aroca, Responsabilidad Civil del Juez y del Estado, p. 131.

Havendo sentença com trânsito em julgado, é pressuposto do pedido indenizatório o prévio desfazimento daquele ato, a ser obtido através da rescisão, no juízo cível, nos caves do art. 485 do CPC, e de revisão no juízo criminal (art. 621 do CPC). No crime, a lei autoriza ao Juiz da revisão a deliberação sobre a verba indenizatória; no cível, nada impede a cumulação de pedidos.

3.8. São causas exonerativas da responsabilidade do Estado: a) quando o dano decorre com exclusividade da ação dolosa ou culposa da parte (deixando de fazer prova, prestando esclarecimentos inexatos, omitindo-se nos atos a que deve comparecer, conluiando-se com a outra parte, induzindo testemunhas, retendo ou extraviando autos, deixando de praticar atos de seu dever, corrompendo os que participam da cena judiciária, etc.). Se há concorrência de culpas, a responsabilidade do Estado será atenuada na proporção de sua participação causal; b) decorrer o dano de má interpretação dada pelo Juiz à lei[119]. Os conceitos indeterminados ('mulher honesta', 'motivo relevante', 'interesse público', etc.) e as cláusulas gerais (nestas devendo o Juiz estabelecer previamente qual a norma de conduta que deveria ter sido observada para o caso, como no art. 159 do CC), deixam ao Juiz largo espectro decisório, cuja opção deve ser admitida enquanto não arbitrária, isto é, enquanto fundamentada dentro do sistema jurídico vigente[120]; c) resultar o dano de força maior, pois é uma causa estranha ao serviço, ordinariamente imprevisível em sua produção e sempre absolutamente irresistível[121]. O caso fortuito, por ser um evento interno, diretamente conectado com o funcionamento do serviço mas com causa desconhecida, não isenta de responder o Estado pelo mau funcionamento do serviço. Enquanto na força maior a causa do dano é externa, inexistindo nexo de causalidade entre a ação do Juiz ou do serviço e o resultado, no caso fortuito a causa é a falta do serviço, ainda que desconhecida; d) ter sido o dano produzido por terceiro, cujo resultado não incumbia ao Estado evitar, nas circunstâncias do fato; e) o Estado de necessidade defensivo, quando o perigo foi criado pelo lesado, que assim sofre o dano resultante da ação necessária do Estado para afastar o perigo. Nos demais casos não há exclusão: 'O estado de necessidade pré-exclui a ilicitude, não a responsabilidade'[122].

---

[119] Carlos Mário da Silva Velloso, Problemas e Soluções na Prestação da Justiça, Rev. dos Tribs., 664/215 (228).

[120] Na reunião de Túnis, da União Internacional de Magistrados, 22.10.80, concluiu-se: 'Não se pode responsabilizar o magistrado pelas decisões que tome, quando se trata de simples erro de apreciação ou de interpretação Os únicos casos nos quais sua responsabilidade pode ser admitida são os que demonstrem uma negligência muito grave, uma falta muito séria de comportamento e de cunho inaceitável, que um magistrado normal e razoavelmente diligente não cometeria. Como exemplo de negligência grave, foi citado o caso de demora excessiva para julgar uma causa, imputável ao magistrado, (José Augusto Delgado, Poderes, Deveres e Responsabilidade do Juiz, Rev. Forense, 1988, 301/335).

[121] Eduardo Garcia Enteria, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Ed Civitas, 1986, I/351.

[122] Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Rio, Borsói, 1966, 53/94.

3.9. O Estado tem o direito de propor a ação regressiva contra o Juiz causador do dano desde que este tenha agido com dolo, fraude (art. 133, I, do CPC), ou culpa grave, por negligência manifesta (art. 133, II, do CPC, e 56, I, da LOMAN) ou inaptidão (art. 56, III, da LOMAN), e nos casos previstos no CC, já mencionados, desde que haja culpa.

Réu na ação de indenização promovida pelo lesado, pode o Estado denunciar a lide ao Juiz, a fim de obter nesse mesmo processo sentença sobre o seu direito de regresso (art. 70, III, do CPC). Na jurisprudência predominante, tem sido recusado ao Estado o direito de denunciar a lide ao servidor culpado, sob o argumento de que se estaria embutindo, em ação onde se discute a responsabilidade objetiva, o tema subjetivo da culpa, matéria estranha à relação jurídica sobre que versa a ação[123].

3.10. A competência para o processo e julgamento da demanda contra o Estado, em sendo caso de erro judiciário, e do Tribunal competente para a ação de revisão ou de rescisão; nos casos em que se deva apurar dolo, fraude ou culpa grave do Juiz, definidas no estatuto disciplinar, no mesmo Tribunal competente para aplicar a sanção administrativa ; nas demais hipóteses de falta do serviço, no juízo onde podem ser intentadas as ações contra a Fazenda Pública.

CONCLUSÃO

1. É sempre direta do Estado a responsabilidade pelos danos decorrentes do exercício da função jurisdicional.
2. Essa responsabilidade tem causa na ação do Juiz que age com dolo, fraude ou culpa grave (negligência manifesta ou incapacidade para a função), no erro judiciário e nos demais casos de mau funcionamento dos serviços da justiça, incluindo a falta anônima.
3. São inaceitáveis as teses que justificam a irresponsabilidade pelo exercício da soberania, respeito é coisa julgada ou necessidade de preservação da independência do Juiz.
4. A independência do Juiz preserva-se vedando a responsabilização por interpretação do direito ou dos fatos, de acordo com o sistema.
5. Por exercício da função jurisdicional entende-se a prática do ato jurisdicional em sentido estrito (sentença) e dos demais atos judiciais praticados durante o processo, na jurisdição contenciosa ou voluntária.
6. A ação de indenização por ato jurisdicional em sentido amplo somente pode ser intentada após esgotados os recursos ordinários ou afastada a coisa julgada cível ou criminal.
7. O direito de regresso contra o Juiz somente ocorre havendo dolo, fraude ou culpa grave, nos casos definidos na lei.

---

[123] Carlos Mário da Silva Velloso, Responsabilidade Civil do Estado, Rev. de Informação Legislativa, p. 245: 'A denunciação não causaria, ao que penso, prejuízo ao direito do autor da demanda . . . O STF, entretanto, não tem entendido da mesma forma'.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR DIAS, José de. Da Responsabilidade Civil. Rio, Forense, 1979.

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos e Jurisdicionais. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1988.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das Obrigações. Coimbra Ed., 1984.

AMARAL SANTOS, Moacyr. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio, Forense, 1982.

ARAÚJO, Edmir Netto de. O Estado Juiz e sua Responsabilidade. Boletim de Direito Administrativo, jan./86.

_____. Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional. Rev. dos Tribs., São Paulo, 1981.

ARDANT, Philippe. La Responsabilité de l'État du Fait de la Fonction Juridictionelle. Paris, LGDJ, 1956.

AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. Porto Alegre, Ed. Globo, 1955.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Apontamentos sobre Agentes e Órgãos Públicos. Rev. dos Tribs., São Paulo, 1975.

_____. Responsabilidade Patrimonial da Administração por Atos Administrativos. Revista de Direito Administrativo.

BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio, Forense, 1975.

BARBOSA, Rui. Obras Completas, vol. XXV, Tomo V, p. 178, parecer de 14.3.1898; Rev. dos Tribs., vol. 133, p. 438, parecer de 18.5.1900.

BARROS MONTEIRO, Washington de. Curso de Direito Civil. São Paulo, Saraiva, 1960.

BETTI, Emílio. Teoria General del Negocio Jurídico. Revista de Derecho Privado, Madrid, s/d.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil. Rio, Livraria Francisco Alves, 1959.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1982.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis. Porto Alegre, Fabris, 1989.

CARLIN, Volnei Ivo. A Responsabilidade Civil do Estado Resultante do Exercício das Funções Jurisdicionais. Rev. dos Tribs., São Paulo, 1982.

CAVALCANTI, Amaro. Responsabilidade Civil do Estado. Rio, Borsói, ed. 1957.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo, Saraiva, 1965.

COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Da Responsabilidade do Estado por Atos do Juiz em Face da Constituição de 1988. Revista AJURIS, 1992, vol. 55.

COUTO E SILVA, Clóvis do. Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé. Porto Alegre, Lições na Universidade de Paris XII, datilografado, 1988.

_____. Le Droit Civil Brésilien - Aperçu Historique et Perspectives d'Avenir (Lições na Universidade de Florença). Porto Alegre, datilografado, 1986.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Depalma, 1966.

CRETELLA JÚNIOR. Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais. Revista de Direito Administrativo, 1970, vol. 99.

DELGADO, José Augusto. Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional. Revista de Processo, 1985.

_____. Poderes, Deveres e Responsabilidade do Juiz. Revista Forense, Rio, 1988, vol. 301.

DEL VECCHIO, Giogio. Teoria do Estado. São Paulo, Saraiva, 1957.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignácio. Appunti sulla Responsabilitá dello Stato in Spagna: il c. d. Funzionamento Anormale dell'Admministrazione della Giustizia. Rivista Trimestrale di Diritto u Procedura Civile, 1990, ano 44, n. 1/2.

DUEZ, Paul. La Responsabilité de la Puissance Publique. Paris, Dalloz, 1927.

ENTERIA, Eduardo Garcia. Curso de Derecho Administrativo. Madrid, Ed. Civitas, 1986.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio, Forense, 1980.

FALCÃO, Alcino Pinto. Responsabilidade Patrimonial das Pessoas Jurídicas de Direito Público. Revista de Direito Administrativo, 11/45.

FIGURELLI, Adelaide N. La Responsabilità Disciplinare del Giudice: ilDibattito più Recente e la Prospettiva de Soluzioni Nuove. Rivista Trimestrale diDiritto u Procedura Civile, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Responsabilidade do Juiz Brasileiro. InEstudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques. São Paulo, Saraiva, 1982.

ITURRASPE, Jorge Mosset. Responsabilidade Civil. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1992.

LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio, Forense, 1980.

LAUBADÈRE, André. Traité de Droit Administratif. Paris, LDGJ, 1990.

LESSA, Pedro. Do Poder Judiciário. Rio, Livraria Francisco Alves, 1915.

LÉVY, Denis. La Responsabilité de la Puissance Publique et de ses Agents en Angleterre. Paris, LDGJ, 1957.

LOMBARD, Martine. La Responsabilité du Fait de la Fonction Juridictionnele et la loi du 5.7.72. Revue du Droit Public, 1975, n. 3.

MARTINS JÚNIOR, J. Isidoro. História do Direito Nacional. Rio, Empresa Democrática Ed., 1895.

MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição Brasileira (1946). Rio, Freitas Bastos, 1954.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1989.

NEQUETE, Lenine. O Poder Judiciário no Brasil - Crônica dos Tempos Coloniais. Porto Alegre, Ed. AJURIS, s.d.

NOSETE, José Almagro. Responsabilidad Judicial. Córdoba, Ed. El Almendro, 1984.

PARELLADA, Carlos Alberto. Daños en la Actividad Judicial e Informática desde la Responsabilidad Profesional. Buenos Aires, Astrea, 1990.

PICARDI, Nicola. Problemi Attuali della Responsabilità del Giudice. Rivista Trimestrale di Diritto u Procedura Civile, 1979, n. 4.

PIMENTA BUENO. Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. Rio, Ministério da Justiça, 1958.

PINTO, Nelson Luiz Guedes Ferreira. Teoria Geral do Estado. São Paulo, Saraiva, 1975.

_____. A Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais. Cadernos de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito, 1977.

PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo, Ed. Forense, 1974.

_____. Tratado de Direito Privado. Rio, Borsói, 1966.

PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade do Estado pelos Atos dos seus Juízes. Rev. dos Tribs., São Paulo, 1982, vol. 563.

REBOLLO, Luis Martín. Jueces y Responsabilidad del Estado. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

RIGHETTI, Enrico. La Responsabilità Civile del Giudice nel Diritto Francese. Riv. Dir. Proc., 1991.

RIVERO, Jean. Droit Administratif. Paris, Dalloz, 1990.

RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil. São Paulo, Saraiva, 1958.

SALAZAR, Alcino de Paula . Responsabilidade do Poder Público por Atos Judiciais. Rio, Canton & Reile, 1941.

SÉ, João Sento. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais. São Paulo, José Bushatsky, 1976.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Juízes Irresponsáveis. Rev. dos Tribs., 1991, 674/70.

SILVA, Juary C. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais. Rev. dos Tribs., São Paulo, 1965.

SILVA, Ovídio Baptista da. Teoria Geral do Processo Civil. Porto Alegre, LEJUR, 1983.

SOUZA, José Guilherme de. A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Atividade Judiciária. Rev. dos Tribs., São Paulo, 1990.

STARCK, B. Essai D'une Théorie Générale de la Responsabilité Civile Considérée en sa Double Fonction de Garantie et de Peine Privé. Paris, Rodstein, 1947.

SUANTES, Adauto. A Responsabilidade do Juiz pelo Erro Judiciário. Cadernos de Advocacia Criminal, dez./88, vol. 1, n. 6.

_____. Má Prestação Judicial e Indenização Correspondente. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Rev. dos Tribs., número especial de lançamento.

TAWIL, Guido Santiago. La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionários Judiciales Por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia. Buenos Aires, Depalma, 1989.

TORNAGHI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1974.

TROCKER, Nicolò. La Responsabilità del Giudice. Rivista Trimestrale di Diritto u Procedura Civile, 1982.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Problemas e Soluções na Prestação da Justiça. Rev. dos Tribs., 1991, vol. 664.

_____. Responsabilidade Civil do Estado. Revista de Informação Legislativa, 1987, n. 96.

VINCENT, Jean. La Justice et ses Institutions. 3 a ed., Paris, Dalloz, s.d. WALKER & WALKER. The English Legal System. London, Butter Worths, 1980.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A Responsabilidade Civil do Estado Decorrente dos Atos Jurisdicionais. Rev. dos Tribs.,São Paulo, 1988, 633/34.

Los indios, los jesuitas y el Mercosur

Augusto Jaeger Junior

Abogado, graduado por la Facultad de Derecho de Santo Ángelo, con título de posgrado de la misma facultad y master en Derecho Internacional de la UFSC. Profesor de la Universidad Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões y de la Universidad do Oeste de Santa Catarina, en las cátedras de Derecho Internacional, Derecho Provisional y Derecho Civil. Es autor de diversos artículos para revistas sobre el MERCOSUR.

SUMARIO: I. Introducción. – II. La semilla de la idea de integración. – III. La contribución de la historia sudamericana a la actual integración de los pueblos. – IV. El surgimiento del MERCOSUR. – V. Consideración final. – VI. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca presentar la contribución de la Historia, recogida desde el descubrimiento de América, para lograr una mejor comprensión del actual proceso de integración en curso entre los países integrantes del MERCOSUR. Aunque sea abogado por formación, en la actualidad estoy abocado a la investigación de muchos aspectos de la historia de América del Sur y he encontrado consideraciones relevantes acerca del pueblo que habría desarrollado una suerte de integración: me refiero a los indios, primeros habitantes de estas tierras, auxiliados en su tarea por los jesuitas, que habían llegado para extender su religión.

II. LA SEMILLA DE LA IDEA DE INTEGRACIÓN

La idea de integración de los pueblos es muy antigua. Hace dos mil años, los cristianos ya aspiraban a un mundo unido por la fe y por el cristianismo. Los romanos querían unir al mundo, incluso por medio del empleo de la fuerza. Napoleón también estuvo cerca de

concretar su deseo de dominarlo. Hitler quería imponer la belicosidad aria para erguirse en comandante de todos los pueblos, sólo para citar algunos de los intentos de integración mundial en sus respectivas épocas.

Más recientemente, en el campo del Derecho, ya teníamos el ejemplo desde la Segunda Guerra Mundial, cuando se iniciaron los acuerdos hacia la integración regional de Europa con el objeto de lograr la paz mundial y el incremento de la economía. Actualmente la Unión Europea es el mejor ejemplo conocido de integración surgido de aquel período y la base de lo que se pretende para el MERCOSUR.

Sin embargo, debe ser objeto de un debate más profundo la pretensión de los estudiosos del Derecho que piensan que lo que hoy tenemos en términos de integración recién se inició en América con su pacificador Simón Bolívar, en el siglo pasado, o en Europa con Jean Monnet, en este siglo.

III. La contribución de la historia sudamericana a la actual integración de los pueblos

No es que los roles de estos personajes hayan sido irrelevantes, al revés, pero en la Historia surge el relato de que el proyecto de la Compañía de Jesús en América, y especialmente en la Cuenca del Plata, ya tenía rasgos integracionistas, con un lenguaje común, el guaraní, y una religión común, el cristianismo.

Desde el punto de vista político el territorio que hoy abarca el MERCOSUR ya era el blanco de disputas desde la época del interés de Portugal y de España por las tierras ubicadas entre Laguna y Buenos Aires, pasando por la región de los Siete Pueblos de las Misiones y por Colonia del Sacramento, tierras éstas que han cambiado varias veces de dominio en virtud de los sucesivos Tratados de Tordesillas y de Madrid, éste último de 1750. Sus habitantes, los indios, desconocían las fronteras nacionales y habían desarrollado una especie de integración sociocultural *sui generis*, auxiliados por los jesuitas que habían llegado para extender su religión.

En lo que atañe a ese tema, Lucía Gálvez, profesora de Historia de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, a cuyos trabajos he tenido acceso por ocasión de una visita a Montevideo, dice que la idea preveía incluso pacificar la región, fomentar el comercio entre las reducciones, formar milicias guaraníes y promover el intercambio cultural, especialmente musical y teatral[1].

De modo tal que los sacerdotes Manuel da Nóbrega y José de Anchieta (que desembarcaron en Brasil en 1549 y 1553, respectivamente) fueron los primeros en aprender el idioma y las costumbres de los tupíes y escribieron, también, gramáticas y catecismos en guaraní. Mucho después, "En 1700, ya instalada la primera imprenta en Candelaria, se imprimieron varios libros en ese idioma, entre ellos algunos escritos por guaraníes como

[1] GÁLVEZ, Lucía. (1977), "Las misiones entre los guaraníes: primer intento de integración regional", en: CLEMEMTI, Hebe (org), La dimensión cultural del MERCOSUR. Buenos Aires, UBA, p. 45-59.

Nicolás Yapuguay"[2].

Fueron las fundiciones de hierro existentes, la fabricación de campanas, anzuelos y cuchillos, los aspectos espirituales de la búsqueda de la Tierra sin Mal y la creencia en el divino Tupá por parte de los guaraníes los principales aspectos que han contribuido para la rápida expansión integracionista.

Esta unidad se encontraba en el centro de una región integracionista que se extendía desde las ciudades actuales de Posadas y Encarnación hasta las Cataratas del Iguazú, y desde Uruguay, explorado por Roque González. Finalmente Roque González, que había hecho una valiosa contribución e incluso había introducido el cultivo de la uva en 1626 en Rio Grande do Sul, en São Nicolau, encontró la muerte en Caaró, en manos de indígenas instigados por un hechicero. Pero el Santo Evangelio sigue predicándose en las reducciones[3], con el objeto de integrarlas en una gran región.

El idioma común ha permitido la formación de una extensa red de comunicaciones entre las reducciones. La producción de telas de algodón, la cría de ganado vacuno y caballar y el almacenamiento de los excedentes enseñados por los jesuitas han contribuido a la integración también económica, *sui generis* para la época. Puentes y caminos que abrían los indios facilitaban su libre circulación, que de todas formas era posible por vías fluviales, y hacían de la integración una realidad en toda la Cuenca del Plata.

El campo cultural fue pródigo en integraciones. Los músicos de las reducciones solían desplazarse dentro del territorio para cantar y animar las fiestas que se celebraban en otros pueblos, además de enseñarles el arte a los niños. Muchos, incluso, iban a estudiar en Córdoba y Buenos Aires, donde ya en 1677 habían escuelas bilingües, universidades y talleres gráficos. Según algunos autores, estas escuelas se equiparaban a las de Salamanca y a la propia Sorbona parisina de aquel entonces en Filosofía y Teología jesuíticas[4].

En la Región de las Misiones, en el estado de Rio Grande do Sul, surge la yerba mate como principal riqueza comercial. Se comerciaba a través de peruanos que venían a Santa Fe y a Buenos Aires a comprarla, y el dinero de la venta se usaba para fabricar instrumentos musicales, imágenes religiosas e incluso artículos de lujo. Todavía hoy la yerba mate, popularmente conocida como *mate*, chá-dos-jesuítas, chá-das-missões y otras decenas de denominaciones, también de origen indígena como *caá* y *caá-caati*, está íntimamente

---

[2] Idem. p. 49 (Traducción libre hecha por el autor de este artículo para el presente trabajo).

[3] Para una mejor comprensión, las reducciones eran pueblos indígenas instalados en sitios que reunían ciertos rasgos geográficos, topográficos y climatológicos, generalmente a las orillas de los ríos y cercanos a otros pueblos, lo que les garantizaba seguridad. La primera se fundó en 1610 y se llamó San Ignacio Guazú, y la última, en 1707, denominada Santo Ângelo. BRUXEL, Arnaldo. (1978), Os trinta povos Guaranis. Caxias do Sul (UCS) - Porto Alegre, Sulina. p. 162.

[4] RUSCHEL, Ruy Ruben. (1998), "Sistema jurídico dos povos missioneiros", en: WOLKMER, Antônio Carlos (org.), Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 95-109.

relacionada al gaucho por medio del cimarrón, su bebida tradicional.

En ese momento la acción devastadora de los *bandeirantes* portugueses en busca de esclavos, iniciada en 1628, amenazó la integración regional. El sentimiento de integración de los indígenas los hizo intentar una reacción conjunta en contra de aquella agresión.

También en 1756, herido por un lanzazo de un dragón portugués y por un tiro de pistola del general español José Viana, moría el jefe guaraní Sepé Tiaraju, en territorio de la actual São Gabriel[5].

Como se observa, los indios no conocían fronteras. Llegaban desde Perú a Argentina, trasponiendo barreras naturales como montes, ríos, valles, bañados y a otros enemigos. El actual estado de Rio Grande do Sul albergaba reducciones y era, inclusive, una especie de centro geográfico de paso de los que se dirigían hacia Montevideo y Buenos Aires. Allí la civilización indígena contaba con una reducción preemiente, São Miguel das Missões, que desde 1983 es patrimonio histórico de la humanidad y cuya destrucción parcial tuvo lugar con el trascurso de una de las batallas.

Es cierto que lo que resta de este primer intento de integración son piedras que ya no reflejan el poder que representaba la civilización indígena. El desembargador *gaúcho* Ruy Ruben Ruschel, ya fallecido, en una ocasión dijo que "toda aquella brillante civilización finalmente se convirtió en estos escombros, en estas ruinas a las que admiran los turistas de hoy, a veces sin entender"[6]. En su época han alcanzado un extraordinario desarrollo en términos de bienestar material, normas morales y calidad de vida[7], según Antonio Carlos Wolkmer, profesor de Historia del Derecho del curso de posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina, que duró aproximadamente doscientos cincuenta años.

La conquista, la superioridad militar de los conquistadores, las enfermedades y epidemias introducidas por los europeos, las rivalidades internas de las civilizaciones, la pérdida de la propiedad indígena con la firma del Tratado de Madrid, las guerras guaraníticas entre 1754 y 1756 y la expulsión de los jesuitas en 1767 han contribuido a la desintegración de los pueblos indígenas.

Sin embargo, otros factores han contribuido asimismo a la disolución de la sociedad guaraní, principalmente las guerras desencadenadas con los movimientos independentistas de los principales países de América del Sur.

Los movimientos independentistas de América, de los que surge clara la figura de

---

[5] Sepé Tiaraju tombou há 243 anos. Correio do Povo. Porto Alegre, 7 feb, 1999, p. 15.
[6] RUSCHEL, R. R. Op. cit,, p. 196.
[7] WOLKMER, A. C. (1998), "Pluralidade jurídica na América luso-hispânica", en: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 85.

Simón Bolívar como el gran ideólogo de una Confederación de Estados Americanos Independientes, fijaron fronteras, acabando así con la libertad de ir y venir que tenían los indios. En ese sentido, ha contribuido también al ocaso de las reducciones la colonización europea blanca, latifundiaria, que le relegó al indio a la condición de humilde peón de estancia o de proletario de la tierra[8] al haberlo despojado hasta de la religión, su base de vida.

Fracasa de este modo, con los pueblos guaraníes diezmados, el primer intento de integración regional, que había contado con el auxilio de los jesuitas. "El período de más de cien años en que éstos actuaron en la cuenca del Plata es un ejemplo de integración regional que funcionó de forma efectiva, pese a las inevitables miserias humanas"[9].

En las plazas de muchas ciudades de Rio Grande do Sul hay monumentos que reflejan lo que representó la presencia indígena en esa región de América.

VI. EL SURGIMIENTO DEL MERCOSUR

Visto y analizado este período de la historia, se observa que es recién dos siglos tras la expulsión de los jesuitas que surge en América otra propuesta de integración, dirigida por la Comisión Económica para América Latina y Caribe, la CEPAL, organismo de la ONU. Esta propuesta ha representado el reflejo de los sucesos europeos de posguerra, que en ese continente han hecho surgir la Comunidad Económica Europea, hoy la Unión Europea, el bloque económico más adelantado y prometedor del que se tiene conocimiento. Posteriormente, como resultado de los estudios de la CEPAL, surge en América la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, ALALC, la primera gran iniciativa con miras al aumento de la actividad comercial interbloque en esta región del mundo.

Sin embargo la instauración de gobiernos dictatoriales en la mayoría de sus países miembros, la condición que impide la libre circulación de bienes, personas y mercancías impuesta por dichos regímenes, la ausencia de voluntad política de los gobiernos de aquel entonces, la creciente deuda externa de los países sudamericanos y la inexistencia de un órgano de carácter supranacional fueron factores que han determinado el fracaso de la ALALC.

En reemplazo de esa Asociación los mismos doce países que la integraban formaron otra, la Asociación Latinoamericana de Integración, ALADI, ya en la década de los ochenta, por medio de la firma del Tratado de Montevideo de 1980. Dicha asociación se vio posteriormente sometida a los mismos problemas y al desinterés anteriormente señalados, sumados al surgimiento de otros procesos de integración como el Pacto Andino y el propio

---

[8] RUSCHEL, R. R. (1998), "O direito de propriedade dos índios missioneiros", en: WOLKMER, Antônio Carlos. Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 108.

[9] GÁLVEZ, L. Op. cit., p. .59.

MERCOSUR. La ALADI existe todavía y es el centro de los recientes problemas aduaneros entre Brasil y Argentina reseñados por prensa de ambos países.

El fracaso de estas asociaciones sólo se ha revertido con la celebración de una serie de acuerdos bilaterales entre Brasil y Argentina en 1988, que culminaron con la firma del Tratado de Asunción el 26 de marzo de 1991, por el que se instituye el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

V. CONSIDERACIÓN FINAL

Tras la experiencia interrumpida de integración Simón Bolívar inició otra. Esta, a su vez, después de verse jaqueada por la Guerra del Paraguay y por la Guerra del Chaco y por distintas desavenencias más próximas en el tiempo con nuestros vecinos, recién ahora – con el esfuerzo de Brasil y de Argentina de la última década – se está consolidando bajo el nombre de MERCOSUR, un futuro mercado común instituido por el Tratado de Asunción de 1991. Es importante destacar que, independientemente de si fueron los indios o el idealista revolucionario Simón Bolívar los pioneros de un proceso de integración en América, es cierto que el modelo que hoy se presenta para la integración de los pueblos en muchos lugares del mundo es fruto de un pensamiento que comenzó con el fin de la Segunda Guerra Mundial, episodio que demostró la fragilidad del sistema vigente entonces para la búsqueda de objetivos como la paz entre los hombres.

VI. BIBLIOGRAFIA

BRUXEL, Arnaldo. (1978), *Os trinta povos guaranis*. Caxias do Sul (UCS) - Porto Alegre, Sulina, 162p.

CLEMENTI, Hebe (comp.). (1997), *La dimensión cultural del Mercosur*. Buenos Aires, UBA, 103p.

GÁLVEZ, Lucía. (1997). "Las misiones jesuíticas entre los guaraníes: primer intento de integración regional", en: CLEMENTI, Hebe (comp.). (1997), *La dimensión cultural del MERCOSUR*. Buenos Aires, UBA, p.45-59.

RUSCHEL, Ruy Ruben. (1998). "O direito de propriedade dos índios missioneiros", en: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). (1998). *Direito e justiça na América indígena*: da conquista à colonização. Porto Alegre, Livraria do advogado, p. 95-109.

_____ . (1998), "Sistema jurídico dos povos missioneiros", en: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). (1998). *Direito e justiça na América indígena*: da conquista à colonização. Porto Alegre, Livraria do advogado, p. 183-197.

SEPÉ Tiaraju tombou há 243 anos. *Correio do Povo*. Porto Alegre, 7 de feb. 1999, p.15.

WOLKMER, Antônio Carlos (org.). (1998). *Direito e justiça na América indígena*: da conquista à colonização. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 242p.

_____. (1998), "Pluralidade jurídica na América luso-hispânica", en: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). (1998). *Direito e justiça na América indígena*: da conquista à colonização. Porto Alegre, Livraria do advogado, p. 75-93.

Contratos de Time-Sharing en Brasil y a Protección de los Consumidores: Crítica al Derecho Civil en Tiempos Postmodernos

Claudia Lima Marques

Profesora Adjunta de la Universidad Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil.
Doctora en Derecho por la Universidad de Heidelberg, Alemania.
Directora Secretaria General del BRASILCON - Instituto Brasileño de Política y Derecho del Consumidor.

Introducción

Los llamados tiempos postmodernos son un desafío para el Derecho Civil. Tiempos de esceptisismo en relación a la capacidad de la ciencia del Derecho de dar respuestas adecuadas y generales a los problemas que perturban la sociedad actual y que se modifican a una velocidad asombrosa. Tiempos de valorización de los servicios, del ocio, de lo abstracto y de lo transitorio, que acaban por decretar la insuficiencia del modelo contractual tradicional del Derecho Civil, por forzar la evolución de los conceptos del Derecho conduciendo a proponer una nueva jurisprudencia de los valores, una nueva visión de los principios del Derecho Civil, con una marcada influencia del Derecho Público y del respeto a los Derechos Fundamentales de los ciudadanos.

En tiempos postmodernos es necesaria una visión crítica del Derecho Civil tradicional, es esencial una reacción de la ciencia del Derecho imponiendo una nueva valorización de la buena fe objetiva, como paradigma limitador de la autonomía de la voluntad, así como de los instrumentos tradicionales del Derecho Civil que pueden llevar a la opresión a los indivíduos más débiles en la sociedad. Son tiempos de pensar en la protección de la voluntad del consumidor como ideal utópico remanecente de la meta-narrativa de la modernidad. Son tiempos de alterar el punto de concentración del Derecho Civil y pensar en el grupo que recibe las declaraciones, en la confianza despertada por la actuación profesional de los proveedores, y no únicamente en establecer normas que creen privilegios a aquel que declara,

a aquel que redacta los contratos de masa, a aquel que impone sus métodos de *marketing* de venta agresivos o emotivos. La libertad contractual del profesional no es la única que merece protección jurídica pues su posición de poder (*matchposition*) en las negociaciones contractuales es clara e intrínseca a los métodos contractuales actuales, pero el Derecho debe concentrarse en la libertad del otro, en esa libertad que tiende a ser reducida, casi aniquilada, y que merece, por consiguiente, igual protección. La libertad del consumidor, su autonomía de voluntad racional y efectiva, es la que debe ser protegida. Son tiempos de relaciones contractuales multiples, impersonales destinadas a prolongarse en el tiempo y a extenderse a toda una cadena de proveedores de servicios y productos. Tiempos que imponen una visión de la obligación como un proceso mucho más complejo y duradero que una simple prestación contractual, que un dar y un hacer momentaneo entre socios contractuales teoricamente iguales, conocidos y escogidos libremente.

Segun el emérito Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Erlangen-Nüremberg Reinhold Zippelius el Derecho debe ser un instrumento para una organización social justa y equilibrada (*zweckmässiger und gerechter Sozialgestaltung*)[1]. De acuerdo con esta visión, las normas jurídicas son instrumentos que ayudan a determinar la realidad social, conforme los objetivos considerados justos y deseables para aquella sociedad. El Derecho puede ser, en consecuencia, un instrumento de justicia e inclusión social, de protección de determinados grupos en la sociedad, de combate al abuso del poder económico y a toda actuación de los profesionales que sea contraria a la buena fe en el intercambio entre consumidores y proveedores en el mercado.

Esta visión activa y positiva del Derecho Civil, como instrumento de combate a los males de la sociedad actual a través de la imposición de un nivel superior de respeto y lealtad en las relaciones sociales, es posible en el Brasil después de la adopción del Código de Defensa del Consumidor, ley 8.078/90 que oxigenó y renovó el Derecho Civil Brasileño sin derogar el Código Civil de 1916, especificando simplemente la nueva función limitadora del principio de la buena fe y de la protección de la confianza en las llamadas relaciones de consumo.

La realidad postmoderna[2] es la realidad de la postindustrialización, del postfordismo, de la tópica, del esceptisismo frente a las ciencias, frente al positivismo[3], época del caos, de la multiplicidad de culturas y de formas, del derecho a la diferencia, de la "euforia del

---

[1]ZIPPELIUS, Reinhold, Rechstphilosophie, 3. Ed. Beck, Munich, 1994, p. 258.

[2]Ver LYOTARD, Jean- François, Das Postmoderne Wissen - Ein Bericht, Peter Engelman (Hrsg.), (Aus dem Französischen von Otto Pfersmann), Viena: Passagen Verlag, 1994, p. 13: "Dieses Wort (postmodern) ist auf dem amerikanischen Kontinent, bei Soziologen und Kritikern gebräuchlich. Es bezeichnet den Zustand der Kultur nach den Transformationen, welche die Regeln der Spiele del Wissenschaft, der Literatur und der Kunste seit dem Ende des 19 Jahrhunderts getroffen haben".

[3]Ver Habermas, Jürgen, Nachmetaphysisches Denken, Ed. Suhrkamp, Frankfurt, 1992, p. 35.

individualismo y del mercado"[4], de la globalización y del retorno a lo tribal[5]. Es la realidad de la substitución del Estado por las empresas particulares, de privatizaciones, del neoliberalismo, de las tercerizaciones, de la comunicación irrestricta, de la informatización y de un neoconservadurismo, de la acumulación de bienes no materiales, del desempleo en masa[6], del esceptisismo sobre lo general, de un individualismo necesario, de muchas meta-narrativas simultáneas y contradictorias, de la pérdida de los valores modernos esculpidos por la sociedad burguesa y substituídos por una ética meramente discursiva y argumentativa, de legitimación por el lenguaje por el consenso momentaneo y no más por la lógica, por la razón o solamente por los valores que presenta[7]. Es una época de caos y de inseguridad donde las antinomias son inevitables y la desreglamentación del sistema convive con un pluralismo de fuentes legislativas y una fuerte internacionalización de las relaciones[8]. Es la condición postmoderna que, con la postindustrialización y la globalización de las economías, alcanza America Latina y tiene reflejos importantes en la ciencia del Derecho.

El Profesor de la Universidad de Heidelberg, Erik Jayme, consideró el contrato de time-sharing, o multipropiedad, como el modelo de contrato de la época postmoderna[9]. El time-sharing puede ser definido como un contrato multiple y complejo destinado a permitir la utilización habitacional de un inmueble, o de un conjunto de inmuebles, así como de los servicios conexos a esa utilización, por un cierto tiempo a cada periodo de un año[10]. Debido a su novedad y a su fluidez el contrato de time-sharing no es siempre comprendido por los consumidores y su multiplicación en el mercado latinoamericano está creando una serie de

---

[4]GHERSI, Carlos Alberto, La posmodernidad jurídica, Buenos Aires, 1995, p. 27: "No queda pues más que añadir, la posmodernidad es también la posmoralidad, es posolidaria, es sin duda la euforia del individualismo y el mercado, gobernados desde la tumba de Bentham por el nuevo perfil utilitarista, aliado al placer y a la felicidad consumista".

[5]Como afirma Habermas, reconocer, nombrar o denominar un fenómeno, como se hace con el postmodernismo, significa tomar suficiente distancia de él, e, inclusive, decretar su fin. Habermas no se considera postmoderno, se encuentra comprometido con los ideales de la modernidad, llega a ironizar la frecuente utilización en la literatura actual de esa denominación de "post", pero reconoce la importancia de tales pensadores como indicadores sensibles del "Zeitgeist", del pensamiento y espíritu actual, al indicar un cambio. ver HABERMAS, p. 12.

[6]Así la visión negativa de GHERSI, ps. 13 y sig.

[7]Ver HARVEY, The condition of Postmodernity - An enquiry into the origins of Cultural Change, Cambridge, Massachusetts, 1994, p. 3 a 42; KAUFMANN Arthur, Grundprobleme der Rechtsphilosophie - Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken, München, 1994, p. 224 y sig.

[8] JAYME Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - Cours général de droit international privé, 1995, in Recueil des Cours de l
'Académie de Droit International de la Haye, 1995, II, p. 36 y sig.

[9] JAYME, Recueil des Cours, ps. 247 y sig.

[10] Segun Gustavo Tepedino: "Com o termo multipropriedade designa-se, genericamente, a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua", in TEPEDINO Gustavo, Multipropriedade Imobiliária, Saraiva, São Paulo, 1993, p.1.

dificultades para la protección de esos mismos indivíduos[11]. Es un nuevo modelo contractual, cuyo estudio, así como el de los varios tipos de multipropiedad ofrecidos en el mercado, gana cada vez más importancia y en consecuencia constituye la primera parte de este trabajo (I). El régimen de protección del consumidor en la formación y ejecución de los contratos de time-sharing, bajo la óptica de la buena fe exigida en el mercado por el CDC brasileño, será el tema de la segunda parte de nuestro estudio (II).

I - Time-Sharing como modelo de contrato postmoderno

La constatación que nos lleva a querer estudiar los contratos de time-sharing sobre la óptica de la protección de los consumidores es el hecho que vivimos un momento de cambios, no solo legislativos sino políticos y sociales. Los europeos denominan este momento de rompimiento (Umbruch), de fin de una era y de comienzo de algo nuevo, aún no identificado. Es la crisis de la era moderna y de sus ideales concretizados en la revolución francesa - libertad, igualdad, fraternidad - que no se realizaron para todos ni son hoy considerados como posibles, y cuya fuerza y suficiencia son relativas para servir de paradigma a la organización de las sociedades democráticas sumergidas actualmente en un capitalismo neoliberal bastante agresivo, con efectos fuertemente perversos[12]. Vivimos un momento de alteración en el estilo de vida, de la acumulación de bienes materiales, del cambio de los contratos de dar para los contratos de hacer, de variación del modelo inmediatista de la compra y venta para un modelo duradero de la relación contractual, de la substitución, de la terceriarización y de las privatizaciones, de la transposición de relaciones meramente privadas para las relaciones particulares de inminente interés social o público[13].

Realmente poco se sabe sobre este nuevo momento y poco son estudiados sus reflejos en el Derecho. El contrato de time-sharing fué escogido como paradigmático de estos nuevos tiempos[14] y merece, en consecuencia, nuestro análisis más profundo.

A) Características postmodernas del contrato de multipropiedad.

---

[11]Así alerta KEMELMAYER DE CARLUCCI Aida, El tiempo compartido (mal llamada multipropiedad) y la defensa de los consumidores en el Derecho Comunitario Europeo. Posible proyección al Mercosur, in Derecho del Consumidor, vol. 7,1996, p. 92 y sig.

[12] Ver TOURRAINE Alain, Uma visão crítica da Modernidade, in Cadernos de sociología, vol. 5, p. 36 y 37.

[13]Así nuestra obra, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 60.

[14]Así TEPEDINO, p. 126; el autor observa en su conclusión que "A multipropriedade representa um marco sintomático e característico do processo de evolução e transformação do direito de propriedade, hoje concebido a través de noção múltipla, 'instrumento de uma complexa e poliédrica função social'..."

1. La Cultura Postmoderna y el Derecho.

De acuerdo con Erik Jayme las características de la cultura postmoderna en el Derecho serían: el pluralismo, la comunicación, la narración, lo que el autor denomina "*le retour des sentiments*"y la valorización de los derechos humanos[15].

Pluralismo de fuentes legislativas regulando el hecho, pluralismo de sujetos a proteger - algunas veces difusos como es el caso del grupo de consumidores o aquellos que se benefician de la protección del medio ambiente -, pluralidad de agentes activos como los proveedores que se organizan en cadena, en relaciones extremamente despersonalizadas[16]. Pluralismo en la filosofía aceptada donde el diálogo legitima el consenso, donde los valores son muchas veces antinómicos[17].

La comunicación es un valor máximo de la postmodernidad asociado a la valorización extrema del tiempo, del Derecho como instrumento de comunicación, de la información como valorización del pasar del tiempo en las relaciones humanas, valorización de lo eterno y de lo transitorio, del congelar momentos y acciones para garantizar la protección de los más débiles y de los grupos que la ley quiere privilegiar. La comunicación es el método de legitimación (Sprachspiele), la ética y la filosofía son discursivas, el consentimiento legitimante es únicamente aquel que sea informado y claro. Comunicación es igualmente internacionalidad de las relaciones jurídicas y revalorización del derecho internacional privado así como de las técnicas de armonización y unificación de las leyes[18].

La narración es la consecuencia de este impulso de comunicación, de la información que invade la filosofía del derecho y las propias normas legales. Habría un nuevo método de elaborar normas legales, no normas para reglamentar conductas sino normas que narran sus objetivos, sus principios, sus finalidades, positivando los objetivos del legislador en el micro-sistema de manera a prestar auxilio en la interpretación teleológica y en el efecto útil de las normas[19].

Lo que Jayme denomina "*le retour des sentiments*" es, por un lado, la reaparición de una cierta "emocionalidad" en el discurso jurídico y, por el otro, lo imponderable, la búsqueda de nuevos elementos sociales, ideológicos y/o fuera del sistema que pasan a influir

---

[15]JAYME, Recueil des Cours, p. 36.

[16]Ver sobre el pluralismo de fuentes FRIEDMAN Lawrence, The Republic of Choise - Law, Authority and Culture, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1994, p. 11.

[17]Ver KAUFMANN, Grundprobleme, p. 226-227 y JAYME, Recueil des Cours, ps. 247 y sig.

[18]Ver igualmente SANCHEZ Lorenzo, p. 576 y sig.

[19]La definición de normas narrativas es de JAYME Erik, Narrative Normen im Internationalem Privat - und Verfahrensrecht, Mohr: Tübingen, 1993, p.16.

la argumentación y las decisiones jurídicas creando inseguridad e imprevisibilidad en relación a la solución a ser encontrada[20].

El último elemento destacado por Jayme es un *revival* de los derechos humanos como valores nuevos y únicos seguros a utilizar en este caos legislativo y desregulamentador de codificaciones y microsistemas, de leyes especiales privilegiadoras y de leyes generales ultrapasadas, de *soft law* y de búsqueda de una equidad cada vez más discursiva que real.

2. La relación envolviendo el Time-Sharing como paradigma Postmoderno.

Erik Jayme consideró el contrato de time-sharing, o multipropiedad, como el paradigma de contrato de la época postmoderna una vez que tal contrato posee una serie de características que pueden ser clasificadas como postmodernas comenzando por su objetivo que es el ocio temporario, o el uso de un inmueble y de sus servicios conexos en una área turística por una semana o dos cada año[21].

Debe destacarse igualmente la naturaleza de los derechos asegurados a los consumidores. Derechos múltiples, aún cuando no todos de naturaleza real, ya que la multipropiedad en la mayoría de las veces no transfiere ni envuelve derechos de propiedad, únicamente derechos reales de uso. Estos derechos reales limitados de uso, aliados a una gran cantidad de servicios anexos prestados, pueden permitir tipificar este contrato, preferencialmente, como un contrato de prestación de servicios[22].

Otra característica importante es la multiplicidad de agentes que envuelve esa prestación de servicios y el goce de los derechos de uso asegurados por el contrato de time-sharing, desde el organizador (el incorporador o verdadero proprietario del inmueble y del complejo turístico), el simple vendedor, el verdadero propietario, el administrador del inmueble y del complejo turístico, a los proveedores directos de la alimentación, de paseos, etc. Constituye muchas veces un contrato "sin fronteras" o internacional, pues las áreas y complejos turísticos muchas veces están localizados en otro país que el de domicilio o nacionalidad del consumidor, y la participación en "Círculos de intercambios internacionales"hace posible que el goce del derecho de uso temporario se dé en cualquier parte del planeta[23].

---

[20]Asi, JAYME, Recueil des Cours, p. 261: "Ce qui frappe, c'est le recours, dans les arrêts des tribunaux, à la référence aux sentiments des personnes intéressés comme raisons pour résoudre des conflits de lois".

[21]Ver MARTINEK Michael, Moderne Vertragstypen, Tomo II, Munique: Beck, 1993, p. 268.

[22]En este sentido JAYME Erik, Europäisches Schuldvertragsübereinkommen, vergleichendes Übersetzen, Time-Sharing-Verträge, in IPRAX 1995, p. 135. Esta clasificación como contrato envolviendo preponderantemente servicios es importante en Europa, una vez que la Unión Europea legisló sobre contratos de Time-sharing en una Directiva específica sobre el tema, debiendo señalarse que la Unión carece de competencia para legislar sobre inmuebles y derecho de propiedad.

[23]Así, JAYME, Recueil des Cours, p. 247 y sig.

Resumiendo, es un contrato de múltiples servicios, de uso compartido de un inmueble, que puede envolver derechos de copropiedad, de participación en asociación com derecho a acciones, como si el contrato fuese de inversión, o com participación en emprendimiento hotelero. Un contrato cuya prestación se prolonga en el tiempo, se renueva y modifica com el pasar del tiempo y las múltiples posibilidades ofrecidas al consumidor, un contrato fluente, abierto, múltiple, creador de una dependencia entre el consumidor cautivo y los diferentes proveedores[24].

Según Erik Jayme lo que caracteriza esencialmente el contrato de time-sharing como paradigmático de la era postmoderna son las propias expectativas múltiples de los consumidores-clientes al concluir tales contratos (*double coding*). No puede afirmarse que el time-sharing esté destinado únicamente a alcanzar y a usufruir directamente un periodo de vacaciones y un inmueble propio localizado en una área turística. Los contratos de time-sharing son utilizados por los consumidores teniendo en cuenta el usufructo de sus vacaciones en un determinado local, pretendiendo asegurar que podrán cambiar el local de las mismas cuando así lo deseen, tornando un contrato nacional en un contrato con características internacionales y, finalmente, pudiendo utilizar tal contrato como un mero contrato de inversión sin que el consumidor pretenda jamás usufruir personalmente de los derechos asegurados por el contrato[25].

En este sentido las legislaciones nacionales también presentan una serie de soluciones diferentes. La legislación portuguesa, pretendiendo favorecer las inversiones extranjeras en el país, protege al consumidor, a aquel que adquiere "derechos de uso habitacional" en Portugal[26]. En Grecia el contrato de time-sharing recibe un régimen más proximo del arrendamiento, mientras que en Francia la legislación lo aproxima del derecho de sociedades, forzando la organización de sociedades con síndicos y con una distribución clara de acciones y derechos de voto[27]. Ya la legislación europea, la Directiva 94/47/CE de 26 de octubre de 1994 privilegia los servicios conexos al contrato de time-sharing y establece una protección positivada al contratante más débil[28].

Recapitulando, los derechos asegurados a los consumidores en los diferentes tipos de contratos de time-sharing o multipropiedad pueden ser identificados de la siguiente manera: a) derechos de mero uso compartido del inmueble y de los diversos servicios; b) raramente derechos de copropiedad o propiedad parcial o compartida de un bien indivisible; c) derechos de participación en asociación o condominio conexos a derechos de uso de

---

[24]Así nuestra obra, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p.127 y sig.

[25]JAYME, Recueil des Cours, p. 247.

[26]Ver sobre o "direito real de habitação periódica"en el Derecho Portugués, TEPEDINO, p. 35 y sig.

[27]Por mayores detalles consultar KEMELMAYER DE CARLUCCI, p. 101.

[28]Ver la exposición detallada de derecho comparado que hace JAYME, Recueil des Cours, ps. 247 y sig.; así como Schaaff, ps. 909 y sig.

propiedad inmobiliaria de la asociación; d) derechos de intercambio de los derechos de uso y alquiler del inmueble que seria usado; e) derechos personales en cuanto a los servicios conexos al goce del espacio de ocio o de hoteleria que es objeto de algunos tipos de time-sharing.

En consecuencia el time-sharing es en esencia una relación contractual destinada a la adquisición de un derecho de habitación temporaria o compartida que puede envolver derechos de uso pero que no siempre encierra la propiedad o la multipropiedad, como parece querer afirmar su propio nombre en francés (*multipropriété*), en italiano (*multiproprietà*) y en español (*multipropiedad*)[29].

3. El Time-Sharing como desafío para la ciencia actual del Derecho: un contrato cautivo de larga duración y fluente

La protección del consumidor en contratos comprendiendo preponderantemente servicios constituye un nuevo desafío para la ciencia del Derecho Civil. La complejidad existente en los contratos de time-sharing y la poca comprehensión que el consumidor tiene de sus deberes y derechos futuros (teniendo en cuenta que la mayoría de las personas piensa estar alcanzando, a través de estos contratos, la copropiedad de inmuebles en áreas turísticas, lo que no siempre es verdad)[30], demuestran la necesidad de una protección mayor del consumidor al contratar así como durante la ejecución de tales contratos, ya que estos pueden vincular los consumidores de manera perpetua[31] o hasta por ochenta años, como lo permite la ley francesa[32].

En nuestra obra sobre contratos denominamos estos nuevos contratos complejos "contratos cautivos de larga duración" de manera a no necesitar utilizar la expresión europea de contratos postmodernos. Nuestra intención era resaltar que una serie de nuevos contratos hoy ofrecidos en el mercado lationamericano son contratos de masa, impersonalizados, concluídos con la técnica de los contratos de adhesión y/o condiciones generales de los contratos, envolviendo una cadena organizada de proveedores que permanece desconocida o menospreciada por el consumidor pero que acaba por colocarlo en una condición acentuada de dependencia y cautividad en el momento en que la prestación es exigible. El consumidor es cliente cautivo de una empresa pero ésta no le proveerá directamente los servicios, ni se responsabilizará por la calidad de los servicios prestados. El consumidor se relaciona

---

[29]Ver por todos TEPEDINO, p. 1.

[30]En este sentido, KEMELMAYER DE CARLUCCI, ps. 98 y sig.

[31]Según TEPEDINO en la multipropiedad (inmobiliaria) el derechos "pode ser perpétuo quanto à duração, embora temporário quanto ao seu exercício...). TEPEDINO, p. 1 y 5.

[32]Ver las leyes francesas, Loi n. 65-557 de 10 de julio de 1965 sobre copropiedad y la Loi n. 86-18 de 6 de enero de 1986 sobre goce a tiempo compartido. Ver también las críticas de KEMELMAYER DE CARLUCCI, ps. 101 y sig.

personalmente con el proveedor directo pero contrata con el proveedor indirecto, creador y organizador de la cadena de servicios. Son relaciones triangulares, con múltiples agentes que tornan aún más vulnerable e insegura la posición del consumidor y de su familia, que gozan del servicio.

Los problemas más comunes detectados en los contratos de time-sharing han sido: el conocimiento por parte del consumidor de los derechos que está realmente adquiriendo[33] y de las reglas de uso del inmueble[34]; la situación del consumidor en caso de que el proveedor/incorporador no concluya la obra, no entregue los inmuebles para uso de los consumidores o sea declarado en estado de insolvencia o quiebra; la transmisiblidad del time-sharing y su inclusión entre los derechos hereditarios; los vicios, fallas o problemas en los servicios prestados por los complejos turísticos, por los complejos de vacaciones y viajes[35]; la variabilidad y abuso en las tasas de administración y las cláusulas de perdida de las cuantías pagadas y carencias de los más diversos tipos[36].

Analisemos entonces los tipos de contratos de multipropiedad o time-sharing y la naturaleza de los servicios y/o derechos reales colocados a disposición de los consumidores en el mercado.

B) Tipos de Time-Sharing

La fórmula del time-sharing nació en Francia pero fué en los Estados Unidos de América que conoció, en los años 70 y 80, su gran desarrollo, conquistando al final de los años 80 Europa y en los años 90 América Latina. El éxito de la fórmula se debe a su pragmatismo y flexibilidad: resuelve la crisis del sector hotelero y turístico-inmobiliario al asegurarle consumidores cautivos, exigiendo en cambio una pequeña inversión de los clientes ávidos de alcanzar el tan esperado ocio y descanso en áreas turísticas valorizadas[37].

Por una pequeña suma de dinero el consumidor y su familia alcanzan el goce de un espacio, de un inmueble, en una localidad turística de gran demanda sin tener que soportar los costos normales de un inmueble propio (mantenimiento continuo, impuestos, etc.) todo esto combinado con ventajas organizacionales: posibilidad de alquilar para otros su

---

[33]Así TEPEDINO, p. 49.

[34]En este sentido la jurisprudencia ha permitido reabrir el periodo de arrepentimiento del art. 49 del CDC de 7 dias después de la comunicación y conocimiento de las cláusulas y previsiones sobre la forma en que se dará efectivamente el uso del inmueble. Ver sentencia de 10 de septiembre de 1996, 9 Cámara Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, TARGS.

[35]Ver por todos TEPEDINO, p. 122.

[36]Así MARTINEK, ps. 281 y sig.

[37]Así ARRIVAS Fabio, La multiproprietà in Contratti in Generale, Guido Alpa (Coord.), Utet, Milán, 1994, p. 1133 y TEPEDINO, p. 2.

"semana de vacaciones" o aún, en caso de no usufructuar en su tiempo y lugar determinado, de cambiar sus "derechos habitacionales de uso" de manera a gozar sus vacaciones en otro lugar del mundo a través de una bolsa internacional de intercambios[38]. Su éxito se debe también al momento postmoderno de la búsqueda del ocio, de lo internacional, de la seguridad de un momento especial de vacaciones, del deseo de los turistas de tener, por lo menos por algunas semanas por año, una "casa de vacaciones" propia. Es, en las palabras de Jayme, un contrato envolviendo sentimientos nostágicos[39]. Un contrato múltiple, fluente, complejo y con varias subespecies que serán presentadas rápidamente a continuación.

1. Multipropiedad Hotelera

La multipropiedad hotelera o time-sharing hotelero está caracterizada por el hecho de que la unidad inmobiliaria sobre la cual se atribuye el derecho de uso habitacional temporario está incluída en un complejo hotelero (red de hoteles, complejo turístico con hoteles de varias categorías o un hotel aislado que trabaje con contratos de time-sharing)[40]. Este complejo hotelero pertenece bien a un propietario único, proveedor de servicios de hotelería y que asegura a los consumidores de time-sharing apenas derechos de uso habitacional por determinado lapso de tiempo, bien a una sociedad administradora propietaria, en la cual tendrá participación el consumidor, o bien los propietarios son muchos, todos los consumidores de time-sharing junto con el incorporador, organizador u hotelero, que participan de una comunión de división de propiedades o multipropietarios[41].

En este tipo de time-sharing el consumidor recibe un bono o cuota de acuerdo con el cual podrá, por cierto periodo de tiempo, usar un apartamento de determinada clase en el hotel y recibir determinados servicios del mismo (desayuno, cambio y lavaje de ropas de cama, campos de deporte y de placer, viajes organizadas, etc.), pudiendo también ceder sus derechos a terceros, por lo que recibirá determinada cuantía a su favor[42].

Según Arrivas es este el tipo de time-sharing donde las relaciones entre el proveedor y el consumidor se encuentran en equilibrio, pues el consumidor se interesa en recibir los servicios de un hotel y no tanto en recibir el dominio, aun cuando temporario, del inmueble en el área turística. El mantenimiento de los apartamentos del hotel son igualmente más fáciles por la impersonalidad y los costos mejor divididos, así como por la posibilidad de alquilar para terceros las semanas no utilizadas por el consumidor. Se trata de un verdadero derecho de crédito-hotelero de días de vacaciones en un complejo hotelero, con ventajas

---

[38]SCHAAFF Petra, Time Sharing - Modell oder Risiko?, in ZIP 1984/8, ps. 908 y sig.
[39]JAYME, Recueil des Cours, p. 247.
[40]Seguimos aquí la denominación utilizada por ARRIVAS, p. 1135.
[41]Así también TEPEDINO, p. 18.
[42]Ver MARTINEK, p. 282 y ARRIVAS, p. 1135.

extras de intercambio eventual y de utilización de toda la red mundial de hoteles[43].

El problema de este modelo de time-sharing fué detectado en Italia por el Estado que llegó inclusive a combatirlo, pues el vínculo hotelero y la seguridad de los terceros que utilizan los hoteles pasa de la mano de un solo propietario hotelero para las manos de una centena de copropietarios de time-sharing, bajando el nivel de los servicios de hotelería, cambiando la destinación del inmueble y violando los subsidios concedidos al sector hotelero[44]. Efectivamente, aquí es necesario un mayor control del Estado y posiblemente la elaboración de una legislación administrativa y urbanística específica para estos complejos hoteleros.

El segundo problema presentado por este tipo de time-sharing en el Brasil fué el peligro, común a todos los contratos, de que el proveedor o incorporador no pueda construir el emprendimiento hotelero pretendido, a pesar de haber recaudado el ahorro de los consumidores. En este caso el Tribunal de Alçada de Rio Grande do Sul permitió la resolución del contrato y decretó la devolución de las cuantías pagadas, debido a la insolvencia del hotelero-emprendedor y del peligro inminente de no concluir el inmueble prometido[45]. A la mora del proveedor se contrapuso el derecho extintivo del consumidor y el factor tiempo fué destacado como característico del time-sharing, declarando el Tribunal: "Nesses empreendimentos, seja porque visassen o lazer pessoal do interessado, seja porque objetivassen investimento, o tempo é fator considerável, sendo demasiado o já ocorrido entre a data de conclusão prometida (1990) e a de hoje (1994-1997)."[46]

2. Multipropiedad inmobiliaria o de complejo de placer.

La multipropiedad inmobiliaria es el modelo de time-sharing que conquistó en Europa mayor éxito, probablemente por su proximidad con el concepto clásico de propiedad. Esta proximidad es, sin embargo, motivo de fuertes críticas si se toma en consideración la limitación, el *numerus clausus*, que los países de la familia continental europea, los ordenamientos jurídicos de origen romano-germánica, conocen de los derechos reales.

---

[43]ARRIVAS, p. 1135.

[44]Ver detalles en TEPEDINO, p. 20.

[45]Sentencia de 15 de marzo de 1995, 7 Cámara TARGS, Rel. Antonio Janyr Dall'Agnoll Júnior, Proceso n. 194255485: PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESOLUÇÃO. MORA NA CONCLUSÃO DE OBRA. PERDAS E DANOS. ..."Procede a resolução de promessa de compra e venda, proposta pelo promitente comprador quando a mora na conclusão da obra alcança extensão que vem inutilizando a finalidade ordinária para a qual previsto o empreendimento. Assim, a indefinição quanto a conclusão de prédio hoteleiro em sistema de tempo repartido (time-sharing), pelo promitente vendedor, em detrimento manifesto do promitent

e comprador, que cumpre, atualizadamente, com parcelas de sua prestação. Perdas e danos que se afastam, respeitantes ao interesse positivo, por não satisfatoriamente demonstradas e insuficientemente registradas na inicial. Apelo parcialmente provido.".

[46]Sentencia de 15 de marzo de 1995, 7 Cámara TARGS, Rel. Antonio Janyr Dall'Agnoll Júnior, Proceso n. 194255485, p. 7 del original.

En este contrato el consumidor adquiere una cuota en un complejo inmobiliario, cuota que se extiende a parte del suelo edificado, al terreno, al complejo de ocio común, a los muebles existentes en el complejo y a todo lo que torne posible el goce del bien inmueble. Se conjugan un régimen de comunión, que disciplina la modalidad de uso de la unidad habitacional, la destinación residencial fija y un régimen de indivisibilidad perpétua de "semi-propiedad" transferida y un régimen de condominio, condominio que reglamenta el uso de las partes comunes y los critérios de repartición de los bienes comunes, así como la adquisición de estos. La característica específica de este tipo de time-sharing es que la concesión de un derecho de uso o el derecho de goce, aun cuando reales, sea limitado en el tiempo a un periodo de algunas semanas en el año, a pesar que el derecho cedido en sí tenga larga duración, pudiendo inclusive llegar a ser perpétuo[47].

El problema de clasificación de este tipo de multipropiedad es grande pues se trata de una forma mixta en que se aseguran derechos reales con cierta limitación temporaria de su ejercicio y derechos personales de mayor importancia en la relación contractual, al mismo tiempo que es imposible clasificar la propiedad eventualmente concedida a los consumidores como propiedad temporaria, propiedad pasible de resolución o cualquier otra especie de derecho real tipificado[48]. Es un *novum* y en este sentido un riesgo extra para los consumidores[49].

3. Multipropiedad accionaria

Esta subespecie de contratos de time-sharing tuvo mucho éxito en los Estados Unidos y en Francia, donde fué reglamentado por las leyes de 28 de julio de 1938 y de 16 de julio de 1971[50]. El modelo de multipropiedad consiste substancialmente en la constitución de una sociedad, propietaria del inmueble, que emite acciones ordinarias y acciones preferenciales que serán vendidas. Las acciones ordinarias representan la propiedad del inmueble y quedan en poder de los efectivos propietarios del complejo inmobiliario y de placer, ya que permiten a los socios participar de la gestión social. Las acciones preferenciales, a las cuales les

---

[47] Ver MARTINEK, p. 277; ARRIVAS, p. 1139 y 1140; TEPEDINO, ps. 15 y sig.

[48] ARRIVAS, p. 1141.

[49] Ya Tepedino observa en este modelo una mayor seguridad para los adquirentes y busca aplicar las normas brasileñas sobre condominio e incorporaciones a esta relación de time-sharing inmobiliario, ver TEPEDINO, ps. 16 y sig, 110 y sig.

[50] MARTINEK, p. 278

es atribuido el derecho de voto en las asambleas, son vendidas a los usuarios y consumidores del time-sharing y conceden a estos el derecho de utilización del bien compartido en turnos[51].

El promotor de la iniciativa o incorporador contrata con los consumidores y distribuye las acciones preferenciales y, en la mayor parte de los casos, se compromete a entregar las acciones ordinarias a los copropietarios, una vez saldada completamente la deuda, en la proporción de su participación en la propiedad del inmueble, o se compromete a administrar el complejo inmobiliario, constituyendo otra sociedad y dando voz activa en ella a los propietarios de las acciones. Estos dos submodelos no evitan los riesgos que conlleva el trabajar en el mercado de acciones y traen para el time-sharing un carácter de contrato de inversión apartandose de su naturaleza de simple contrato múltiple de servicios y de uso habitacional para el ocio. El vínculo del time-sharing accionario con su finalidad primera, de espacio inmobiliario para el ocio en una área turística, queda más tenue y puede simplemente desaparecer[52].

4. Contratos nacionales e internacionales de time-sharing.

Los contratos de time-sharing presentan varios elementos de extranjería y muchas veces pueden ser considerados contratos internacionales, lo que dificulta aún más una efectiva protección de los consumidores en este tipo contractual[53]. Muchas veces los inmuebles, los complejos hoteleros o de placer, cuyo goce es ofrecido a través de contratos de multipropiedad se localizan en áreas de turismo fuera del territorio de domicilio o de nacionalidad del consumidor. Así, en el territorio brasileño son ofrecidas, mediante campañas agresivas de marketing y ventas, contratos de time-sharing que aseguran la utilización de inmuebles localizados en Punta del Este, Uruguay, o en la Argentina, en cuanto son ofrecidos para consumidores argentinos contratos de multipropiedad envolviendo el uso de inmuebles localizados en las playas brasileñas.

Los sujetos vinculados también pueden ser extranjeros, como en el caso de un time-sharing vendido en Porto Alegre, Brasil, por un incorporador en nombre de una sociedad propietaria y administradora argentina, de un complejo de ocio localizado en Uruguay. Los propios contratos se encuentran redactados en español y con la traducción en portugués.

Si eventualemente los inmuebles iniciales se localizan en el país de domicilio de los consumidores y los agentes proveedores son todos personas jurídicas con sede en este mismo país, la posibilidad de integrar un circulo de intercambio puede resultar en el goce de

---

[51]TEPEDINO, p. 9; SCHAAFF, p. 911 y ARRIVAS, p. 1138.
[52]Ver crítica de ARRIVAS, p. 1138 y 1139.
[53]Así también menciona el "carácter transfronterizo del time-sharing" KEMELMAYER DE CARLUCCI, ps. 100.

vacaciones en el exterior con envolvimiento de proveedores extranjeros. El time-sharing fué definido por Erik Jayme como un contrato "sin fronteras" lo que bien denomina su tendencia internacional.

La jurisprudencia brasileña ha considerado la internacionalidad del contrato como un peligro extra para el consumidor y ha asegurado la reapertura del plazo de reflexión de 7 días del CDC cuando el consumidor brasileño es informado en portugués del tenor del negocio, en especial de las cláusulas limitadoras de sus derechos y de aquellas que apartan derechos reales de propiedad, a pesar de que el contrato pueda insinuar la adquisición de esos derechos[54]. En este caso la jurisprudencia destaca la importancia de los principios debuena fe y de la protección de la confianza del consumidor, una vez que la publicidad y la venta tienen lugar en territorio brasileño; constituye su extensión la teoría de la apariencia para establecer la responsabilidad solidaria y la legitimación pasiva de todos los diversos proveedores (directos y representantes) relacionados en la negociación[55].

II - Protección del consumidor en la formación y ejecución de los contratos de time-sharing

La ley 8.078/90, generalmente denominada Código de Defensa del Consumidor, es aplicable a todas las relaciones de consumo contractuales y extracontractuales en el mercado brasileño, o sea a aquellas que tengan como partes un consumidor y un proveedor de servicios o de productos. El CDC brasileño prefirió una denominación amplia de consumidor[56]. Consumidor es el destinatario final de productos y servicios ("consumidor *stricto* sensu" según el art. 2, caput del CDC), también toda la comunidad afectada por las prácticas abusivas en materia de consumo (por ejemplo por publicidad engañosa o abusiva,

---

[54]Ver sentencia de 19 de diciembre de 1996, 9 Cámara Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, TARGS, proceso n. 196182760: "MULTIPROPRIEDADE. Contrato internacional. Contratação no Brasil. Empreendimento localizado no Uruguai. Lingua estrangeira. Promitente vendedor. Mandatário. Teoria da aparência. Desconhecimento das cláusulas relativas ao uso do imóvel. Art. 49 do CDC.
1. É parte legítima para figurar no polo passivo da ação de resolução de contrato internacional de promessa de compra e venda de ações relativa ao uso de imóvel pelo sistema de multipropriedade a empressa bralieira que, no Brasil, promove a informação, publicidade e oferta do empreendimento a ser realizado no exterior como se fosse titular do direito. A transmissão de confiança de uma situação jurídica e a omissão de sua real condição de mandatária importa na sua responsabilidade pela contratação. Ainda mais quando foi a responsável pela elaboração do contrato tendo infringido o princípio da transparência e do dever de informação. Fere o princípio da boa-fé e da doutrina dos atos próprios a alegação de iletimidade passiva "ad causam".

[55]Sentencia de 19 de diciembre de 1996, 9 Cámara Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, TARGS, proceso n. 196182760, ps. 6 a 8, citando las lecciones de Luiz Diez-Picazo y de Gustavo Tepedino.

[56] Ver los comentarios de BENJAMIN Antônio H.V., Art. 17 del CDC, in: Comentários al Código de Proteção do Consumidor, Juarez de Oliveira (Coord.), Saraiva, São Paulo, 1991, p. 80.

por la imposición de cláusulas abusivas, etc.) e igualmente las víctimas de los daños provocados por productos o servicios defectuosos (*"personas equiparadas a consumidores"* según el art. 2, § único, art. 17 y art. 29 del CDC). El CDC brasileño no hace distinción entre consumidor e usuario, incluyendo a todos en la definición de consumidor. El proveedor es un profesional, persona física o jurídica, nacional o extranjera, que vende, produce, fabrica, comercializa un producto u ofrece un servicio en el mercado de consumo brasileño (art. 3 del CDC). El proveedor puede ser igualmente un profesional liberal, un profesional especializado como los bancos o las instituciones financieras y de concesión de crédito y aún las aseguradoras (art. 3, 7 2 del CDC)[57].

El CDC es aplicable tanto a los contratos de adhesión como a los contratos paritarios o individuales discutidos cláusula a cláusula, siempre que constituyan contratos de consumo, una vez que el legislador brasileño no quiso limitar la protección contractual contra las cláusulas abusivas solamente a aquellos que utilizasen de los métodos de contratación en masa[58]. Las normas impuestas por el CDC son de orden público (*ex vi* art. 1 del CDC), destinadas a proteger los consumidores individuales, pudiendo también ser invocadas por las asociaciones de defensa de los consumidores, por el Ministerio Público y los demás legitimados para las acciones civiles públicas (art. 80 y art. 100 del CDC).

Gracias a la definición amplia de su campo de aplicación la doctrina mayoritaria actual considera que el CDC se aplica a los contratos de time-sharing o multipropiedad. Las relaciones de consumo que envuelven directa o indirectamente la prestación de servicios de placer, de hoteleria, de uso compartido de inmuebles, de arrendamiento inmobiliario y de multipropiedad se someten en general al régimen del Código Brasileño de Defensa del Consumidor (art. 3 del CDC).

El Código de Defensa del Consumidor impone para las relaciones comprendiendo prestación de servicios onerosos en el mercado y el aprovisionamiento de productos un nivel mínimo debuena fe objetiva en tales contratos y relaciones de consumo (art. 4, inciso II del CDC)[59]. La función positiva de la buena fe se refleja en la creación e imposición de nuevos deberes al proveedor de servicios o productos en el mercado brasileño, como los deberes de información, cooperación y cuidado, así como una nueva noción de garantía esencial a la

---

[57] La definición amplia de "proveedor" de productos y servicios es característica del derecho brasileño, ver MUKAI Toshio, in: Comentários al Código de Proteção do Consumidor, Juarez de Oliveira (Coord.), Saraiva, São Paulo, 1991, p. 8.

[58] Así GRINOVER A P., Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos autores do Anteprojeto, Forense, Rio de Janeiro, 1991, p. 22.

[59] Sobre la buena fe en las reglas de consumo y la cláusula general de buena fe del art. 51, inciso IV del CDC ver AGUIAR Jr. Ruy Rosado de, A boa-fé na relação de consumo, in Direito do Consumidor, vol. 14, ps. 20 y sig.

prestación y de vicio del servicio. La función negativa de la buena fe se refleja en la limitación de la libertad de establecer libremente el contenido del contrato a través de la imposición de un nuevo nivel de conducta no abusiva de aquel que establece efectivamente las cláusulas contractuales.

A) Formación del contrato de time-sharing de acuerdo con la buena fe.

En realidad, el Código de Defensa del Consumidor positivó en el Derecho Civil brasileño la cláusula general de buena fe, una buena fe objetiva ya conocida como principio implícito en el Código Civil de 1916. Buena fe significa un pensar con reflexión, un nivel mínimo y objetivo de cuidados, de respeto y de tratamiento leal con la persona com quien se realiza el contrato y con sus dependientes[60]. Este nivel de lealtad, cooperación, información y cuidados con el patrimonio y la persona del consumidor está impuesto por la norma legal, teniendo en cuenta la aversión del derecho al abuso y a los actos abusivos practicados por el contratante más fuerte, el proveedor, con base en la libertad asegurada por el principio de la autonomía privada. El CDC presume el consumidor como parte contractual más vulnerable por ley (art. 4, inciso I del CDC) e impone a los proveedores de servicios en el mercado brasileño un nivel mínimo de actuación conforme a la buoná fe.

El principio de la buena fe en las relaciones de consumo actua limitando el principio de la autonomía de la voluntad (art. 170 *caput* e inciso V de la Constitución Federal de 1988) y combatiendo los abusos practicados en el mercado.

La imposición del principio de la buena fe y de la confianza como *Leitline* de las relaciones de consumo en el mercado brasileño contempla en sí una visión más amplia de la relación contractual, que valoriza el periodo pre-contractual, el periodo de aproximación negocial entre el proveedor, com sus métodos de venta y de marketing, y el grupo aún incierto de consumidores en potencial expuestos a los métodos genéricos de marketing de los proveedores. La relación contractual de consumo pasa a ser vista como un proceso dinámico, a unir durante cierto tiempo en contactos reiterados un consumidor y un proveedor[61]. Esta visión modifica la noción de abusivas de las cláusulas contractuales. Igualmente aclara que el desequilibrio de derechos y deberes en el contrato se refleja en prácticas contrarias a los deberes de conducta de acuerdo con la buena fe, violando así de manera oblicua, indirecta, las expectativas (ahora) legítimas del consumidor.

---

[60] Sobre la buena fe como regla (objetiva) de conducta en las relaciones contractuales y en el CDC ver JUNQUEIRA DE AZEVEDO Antonio, A boa-fé na formação dos contratos, Direito do Consumidor, vol. 3, ps. 78 y sig.

[61] Ver LARENZ Karl, Schuldrecht I, Munique: Beck, 1987, ps. 26 y sig.

1. Protección de la voluntad reflexiva y racional del consumidor

En el derecho comparado se observa que las técnicas legislativas de protección a los consumidores en materia de contratos de time-sharing están destinadas inicialmente a garantizar una nueva protección de la voluntad de los consumidores, o sea a garantizar una autonomía real *de la voluntad del contratante más débil*. Una voluntad protegida por el derecho, voluntad libre de las presiones y de los deseos impuestos por la publicidad y por otros métodos agresivos de venta, como las invitaciones para fiestas y reuniones donde se distribuyen bebidas alcoholicas, las visitas organizadas y gratuitas a los locales de ocio, la oferta de juegos y premios, las visitas, las llamadas telefónicas y los contactos reiterados para hacer presión. La decisión carente de reflexión, no preparada, emocional del consumidor está vinculada fácticamente a una serie de peligros, vale la pena recordar los fenómenos actuales del super-endeudamiento, de la insolvencia, de los abusos contractuales, de la frustración de las expectativas legítimas, etc. Las ventas de time-sharing generalmente ocurren a través de métodos agresivos de marketing y cuentan com la decisión no pensada y emocional del consumidor.

a . Voluntad racional versus voluntad emocional

Esta "nueva autonomía" reflexiva y calificada de la voluntad del consumidor fué denominada por Nicole Charbin, en su tesis de doctorado de 1988 de voluntad racional ("volonté rationnelle")[62]. Como ya tuve oportunidad de afirmar, esta denominación me parece bastante acertada pues indica la importancia de los nuevos derechos de los consumidores, el derecho a la información, el derecho a la reflexión y al arrepentimiento incondicional en contratos envolviendo crédito al consumidor, caso analisado específicamente en la tesis de Nicole Chabrin. La Directiva Europea 94/97/CE de 26 de octubre de 1994 pretende asegurar la voluntad racional y reflexiva del consumidor a través de tres instrumentos: a) en su anexo trae una lista detallada de las informaciones y aclaraciones que el contrato o pre-contrato debe contener y en una lengua conocida por el consumidor; b) en su art. 5-I, prevee un derecho de arrepentimiento inmotivado de 10 días a partir de la firma del contrato o pre-contrato; c) en su art. 5-I, prevee igualmente un derecho de arrepentimiento por tres meses, caso alguna de las informaciones previstas en el anexo no conste en el contrato o precontrato o no haya sido convenientemente informada al consumidor. Caso el proveedor informe al consumidor lo que faltaba en su pre-contrato o contrato, la entrega de estas informaciones reabre el plazo de arrepentimiento de 10 días, antes mencionado. El artículo 5 de la Directiva también prohibe el pagamento antes del décimo día y exige la traducción del instrumento contractual en alguna lengua conocida por el consumidor[63].

---

[62] CHABRIN Nicole, Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, LGDJ,Paris, 1988, Bibliothèque de Droit Privé, Tome CXCIX, p. 216.

[63] Amtsblatt de EG, L 280/85.

Aún en una perspectiva de derecho comparado, se observa que las leyes protectoras del consumidor persiguen un segundo objetivo, en lo que respecta la protección de la voluntad del consumidor, cual es el de asegurar a este ciertos derechos por ley a los cuales no puede renunciar[64], o estableciendo de manera imperativa la prohibición de ciertas cláusulas consideradas abusivas en los contratos de consumo[65]. Los contratos de time-sharing son generalmente contratos de adhesión, redactados unilateralmente por los profesionales, por lo cual ciertos cuidados en la redacción son necesarios. Esta nueva función de las normas protectoras de los consumidores puede ser caracterizada como función negativa ya que ella reduce, limita, la libertad de quien elabora el contrato. Limita la libertad contractual (ver los arts. 39 y 51 del CDC) pues prohíbe la transferencia de ciertos riesgos para los consumidores (ver la lista de cláusulas abusivas del art. 51 del CDC).

Efectivamente el CDC se destina también a ese primer objetivo, o sea el de asegurar al consumidor una decisión fundada en el conocimiento de todos los elementos del contrato, en particular del precio, de las tasas extras, de las condiciones y de las garantías exigidas, de las cláusulas limitativas y penales incluídas, de los verdaderos derechos asegurados por el contrato. Es en esta óptica que el art. 46 del CDC prevee la posibilidad de solicitar al juez, en detrimento del proveedor, la liberación del consumidor del vínculo contractual, o sea, la inoponibilidad del contrato al consumidor si no le fuere dada la oportunidad de tomar previo conocimiento del contenido contractual antes de la firma de este[66]. El conocimiento previo del texto del contrato y de las obligaciones en él contenidas, en portugués, es considerado condición esencial para la formación de una voluntad realmente libre, consciente, "racional".

---

[64] Ver nuestro artículo sobre contratos de crédito, Os contratos de crédito e a legislação brasileira de proteção do consumidor, in Revista Direito do Consumidor, vol. 17, ps. 35 y sig.; igualmente consultar L'HEUREUX Nicole, Précis de Droit Commercial, Presses de l'Université Laval, Quebec, 1975, p. 226

[65] Así CALAIS-AULOY J., Les cinq réformes qui rendraient le crédit moins dangereux pour les consommateurs, in Recueil Dalloz, 1975, Chron., p. 21.

[66] Este artículo 46 há sido ampliamente utilizado por la jurisprudencia brasileña, aún por los Juzgados Especiales de Pequeñas Causas. Ver decisión de la 1a Turma Recursal dos Juizados, Recurso n.01196885485, proc. 01196611964 de Porto Alegre, Rel. Juez de Derecho Wilson Carlos Rodicz: "TIME-SHARING - TEMPO COMPARTILHADO. NULIDADE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. VALOR DA CAUSA E COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS/JEC; 1. O valor da causa, nesse tipo de pedido, corresponde ao bem da vida reivindicado - no caso o valor das pres
tações é objeto do pedido de restituição. 2. Nulidade das cláusulas que colocam o consumidor em desvantagem exagerada (CDC 54, IV); possibilidade de denúncia do contrato a qualquer tempo em razão do vício de manifestação da vontade, captada em circunstâncias em que o descortínio crítico estava prejudicado pela atmosfera criada pela vendedora (CDC, 46). Recurso desprovido.".

b. Combate a la contratación emocional y el derecho de arrepentimiento

La ley brasileña de 1990 no prevee expresamente una norma sobre el plazo de reflexión en caso de contratos de multipropiedad, apenas el artículo general sobre el derecho de reflexión de 7 días asegurado por el art. 49 CDC. En la venta emocional del time-sharing el consumidor no reflexiona su decisión, se obliga contractualmente de manera inmediata y llena boletos de cartas de crédito que más tarde lo comprometerán para el futuro y que lo obligan a direccionar su ocio de manera muchas veces indeseada y por periodos que pueden ser hasta de 30 o aún 80 años!.

La experiencia demostró que en materia de contratos de time-sharing, por el propio poder de seducción de la idea de asegurar ocio y descanso en los días de hoy, aún en casos de contratos formalizados y concluídos dentro de los establecimientos comerciales, el consumidor tiene necesidad de un plazo extra para pensar detalladamente. Como lo afirma Alberto do Amaral Júnior, asegurar unicamente la información correcta es insuficiente para garantizar la protección del consumidor si no se le deja un tiempo necesario para la formación libre y clara de su voluntad[67]. El tiempo, aliado a la información es eficiente, no la información en estratégias directas y agresivas de venta que unicamente aumentan el desequilibrio y la presión en las negociaciones contractuales. Esta reflexión puede evitar el super-endeudamiento, evitar que se asuman obligaciones indeseadas, así como la insolvencia en vínculos no examinados ni deseados. El tiempo y la información son los nuevos instrumentos en tiempos postmodernos para combatir la tan relevante "presión" en los métodos agresivos y emocionales de venta[68].

La ley brasileña prevee un derecho de reflexión y de arrepentimiento unicamente en el caso de contratos concluídos fuera del establecimiento comercial (art. 49 CDC), por ejemplo en el caso de la venta a domicilio o por teléfono etc. En Brasil, si de un lado podemos deducir la intención del legislador del CDC de proteger la "voluntad racional"en los contratos fuera del establecimiento comercial, es necesario interpretar esta norma del art. 49 del CDC de forma abierta para poder incluir los más variados métodos de contratación emocional en materia de time-sharing, así como el marketing directo. Muchos de estos métodos agresivos de convencimiento y estratégias de venta son ejecutados dentro del "pretendido" o aparente establecimiento comercial del organizador de ventas o del proyecto de placer, en fiestas, en reuniones y com distribuciones de pretendidos premios gratuitos. Así há decidido sabiamente la jurisprudencia brasileña:

---

[67] AMARAL Jr. Alberto do, Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 188.

[68] Así lo afirma la decisión de la 1a Turma Recursal dos Juizados, Recurso n.01196885485, proc. 01196611964 de Porto Alegre, Rel. Juez de Derecho Wilson Carlos Rodicz: "No mérito, não há dúvida de que a captação da vontade do adquirente encontra-se viciada. O método de venda excessivamente agressivo praticado pela ré comporta as acusações feitas na inicial de que foi vítima de pressão psicológica para aderir a um empreendimento sem possibilidade de reflexão."(p. 1).

"CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA de Fração ideal 1/52 de unidade a ser construída em condominio. Utilização por períodos anuais. Tempo compartilhado. Cláusulas abusivas. Decretação de nulidade de ofício. Direito de Arrependimento. Código de Defesa do Consumidor. Art. 49. Desconhecimento das cláusulas relativas ao uso do imóvel.

1. O juiz pode decretar de ofício a nulidade de cláusulas abusivas estipuladas em contratos abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Hipótese em que houve pedido expresso dos autores.

2. Para o efeito do exercício do direito de arrependimento previsto no art. 49 do CDC, equipara-se a contratação realizada fora do estabelecimento comercial, aquela em que o consumidor, comparecendo em local indicado pelo fornecedor, em razão da estratégia adotada, e submetido a forte pressão psicológica que o coloca em situação desvantajosa, que o impede de refletir e manifestar livremente sua vontade. Hipótese em que o consumidor, atendendo convite por telefone, assiste a apresentação do empreendimento mediante explanações e exibição de video durante aproximadamente três horas, sendo obsequiado com coquetel, assina contrato que somente lá pode ser examinado.

3. Não obriga o consumidor o contrato celebrado, em que as cláusulas relativas ao uso do imóvel adquirido pelo sistema de tempo compartilhado constam de Regulamento que somente lhe foi entrehue depois da assinatura do contrato. Recurso desprovido"[69]

Si las nuevas normas de protección al consumidor quieren ser efectivas, en materia de contratos de time-sharing, deben asegurar a los consumidores el derecho de arrepentimiento en determinado lapso de tiempo, pues solamente de esta forma combatiremos de manera eficaz la venta emocional y los métodos agresivos de marketing usados por los proveedores de time-sharing y podremos alcanzar una voluntad realmente reflexiva, voluntad "racional" y legitimadora del consumidor de esos servicios. La buena fe así concretizada significa transparencia obligatoria en relación al co-contratante, un respeto obligatorio a los intereses normales de la otra parte, una acción positiva del contratante más fuerte para permitir al más débil las condiciones necesarias para la formación de una "voluntad racional". Así lo comprendió la jurisprudencia brasileña:

"CONTRATO DE MULTIPROPRIEDADE. Promessa de compra e venda de fração ideal 1/52 de unidade a ser construída em condomínio. Utilização por períodos anuais. Direito de arrependimento. Código de Defesa do Consumidor. Art. 49. Prática comercial agressiva.

---

[69] Sentencia de 10 de septiembre de 1996, 9 Cámara Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul/ TARGS, Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, n. 19615299, aún no publicada.

1. O direito de arrependimento previsto no artigo 49 do CDC tem por escopo proteger o consumidor da prática comercial agressiva que o impede de refletir e manifestar livremente sua vontade.

2. Conquanto celebrado na sede do fornecedor, e de se assegurar ao consumidor o direito de arrependimento também aos contratos cuja formulação foi antecedida de prática comercial agressiva que o coloca em situação de desequilíbrio que não le permite refletir. Hipótese em que a oferta é feita em ambiente que mais aparenta uma reunião social durante a qual o consumidor é submetido a forte pressão psicológica que enfraquece seu poder de avaliação das condições e conveniência do negócio. Recurso improvido."[70]

En la Directiva Europea este derecho de arrepentimiento es de 10 días (art. 5, 1, primera hipótesis) pudiendo alcanzar hasta tres meses en caso de falla en la información al consumidor o en la redacción de los contratos de adhesión (art. 5,1, segunda hipótesis)[71]. El plazo de diez días parece mejor que el de siete asegurado por el artículo 49 del CDC. Cierto es que la actuación del Ministerio Público en el control abstracto de los contratos de adhesión ha asegurado que dicho plazo sea informado al consumidor y el arrepentimiento inmotivado de éste de los contratos de time-sharing sea permitido. El resultado há sido excelente pues solamente la imposición de este plazo de reflexión y el ejercicio reiterado del derecho de arrepentimiento (inmotivado) del consumidor puede tornar el uso de los métodos de venta emocional de contratos de time-sharing obsoletos. O sea, que aún llevado por la emoción el consumidor puede pensar com calma en su casa, informarse mejor y decidir tranquilamente si desea mantener o no la obligación asumida en el impulso y la presión de las reuniones de venta, dejando sin utilidad la venta agresiva o emocional.

2. Imposición de deberes de conducta: información, cuidado y cooperación en la fase precontractual y cuidados en la redacción de los contratos al consumidor.

Para alcanzar el nivel mínimo de buena fe en todas las relaciones contractuales, y en especial en los contratos postmodernos, fluentes por excelencia y com una cadena variable de proveedores directos e indirectos de servicios y productos, el CDC brasileño resalta la existencia no solamente del deber de prestación adecuada y com calidad a cargo de los proveedores, sino también la existencia de una serie de deberes básicos de conducta que tal ordenamiento

[70] Sentencia de 17 de diciembre de 1996, 9.Cámara TARGS, Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, N. 196233506.

[71] Amtsblatt der Eg L 280/85, 29.10.94

positiva[72]. El CDC reglamenta así la relación contractual en su totalidad, tanto en el momento preparatorio, donde desde ya exige deberes de conducta leal, como en su momento de ejecución. En el primero impone deberes de información clara y correcta (art. 30 y 31 CDC) so pena de que las informaciones mal prestadas puedan ser exigidas (art. 20 y 35 CDC), o sea que el proveedor puede tener que realizar las expectativas legítimas creadas en los consumidores por su actuación, realizar la confianza despertada.

El CDC impone el deber genérico de cuidado en las negociaciones contractuales como forma de evitar daños extrapatrimoniales al consumidor (arts. 42 a 44 CDC), por ejemplo el no divulgar datos erróneos o confidenciales sobre el consumidor. Aún en el momento preparatorio el Código impone deberes de cooperación al obligar a una redacción del contrato precisa y comprensible (art. 54, § 3 CDC) y al permitir la liberación de los consumidores caso su derecho de elección del proveedor, del servicio o del bien, o del derecho de comprensión del texto del contrato, sea obstaculizado por el proveedor (art. 46 CDC).

El deber de informar es imputado por el CDC al *proveedor (caveat venditor)* y no al consumidor (*caveat emptor*). La información debe ser adecuada y clara, por ejemplo, sobre los diferentes tipos de multipropiedad, de contratos, de servicios, de inmuebles, de apartamentos, sobre las tasas, los costos del sistema de intercambios, las verdaderas posibilidades de arrendar el inmueble o de cambiar los periodos y sobre las posibles sanciones ante el incumplimiento contractual del consumidor, las cláusulas penales y la pérdida de las garantías pagadas. La información es una obligación del proveedor de servicios y productos (arts. 30, 31, 18 y 20 CDC) que, repito, responde legalmente por la actuación y promesas de sus vendedores y representantes (art. 34 CDC). Informar correcta y previamente al consumidor es un deber de conducta de acuerdo com la buena fe impuesto al proveedor de servicios por el Código (art.6, inciso III c/c arts. 30 y 31 CDC), implicando nueva ejecución del servicio, redhibición o disminución en el precio pagado, dependiendo la sanción de la elección del interés del consumidor (art. 20 caput e incisos I, II y III CDC). Si el proveedor incumple su deber de informar estará, realmente, incumpliendo su obligación contractual[73].

---

[72] Estos deberes de conducta originarios de la buena fe son denominados de Nebenpflichten, deberes anexos o deberes laterales, por la doctrina alemana, ver LARENZ Karl, Schuldrecht, I, Beck, 1991, ps 26 y sig. y COUTO E SILVA Clóvis do, A obrigação como processo, Bustasky, 1976, ps. 111 y sig. Quien los denomina "deberes secundarios".

[73] Sobre el inadiplemento de los deberes anexos o deberes laterales de conducta en los contratos ver EMMERICH Volker, Das Recht des Leistungsstörungen, 3. Ed., Beck, Munique, 1991, ps. 214 y sig., así como nuestra obra, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, ob. cit., ps. 78 y sig

En el caso de los contratos de time-sharing, donde las expectativas creadas frente al marketing agresivo, directo y , en la mayor parte de las veces, de apelo emocional en los consumidores son de difícil realización - lo que debería conducir a un cambio de los métodos de marketing utilizados por los proveedores - el CDC introduce, por norma de orden público, una garantía legal de prestación de servicios adecuados y en la cantidad necesaria para la realización de las expectativas legítimas del consumidor (arts. 24 y 25 CDC). El CDC impone, igualmente, un amplio deber de redacción contractual precisa y comprensible (art. 54, § 3 CDC) y de destaque especial para las cláusulas limitativas de los derechos de los consumidores (art. 54, § 4 CDC) so pena de que estas cláusulas no obliguen a los mismos. La etapa de formación del contrato de time-sharing se vuelve el periodo que asegura el equilibrio del contrato futuro y donde la protección del derecho es más necesaria.

B) Ejecución del contrato de time-sharing de acuerdo com la buena fe.

1. Ejecución contractual conforme a la confianza despertada y las expectativas legítimas

El CDC impone, en consecuencia, la protección de la confianza despertada en el grupo de consumidores por la actuación de los proveedores y condiciona estos últimos, directa e indirectamente, a que cumplan com las obligaciones prestadas y con las promesas realizadas por sus vendedores, aunque sean autónomos, y representantes (art. 34 CDC). Ya el artículo valoriza los escritos, pre-contratos y recibos, posibilitando inclusive la ejecución específica de los pre-contratos y de las informaciones a solicitud del consumidor.

Las informaciones prestadas por los funcionarios y vendedores, por la publicidad, por los prospectos y manuales entregados, así como por el próprio nombre del contrato, crean expectativas (ahora) consideradas legítimas, que una vez incumplidas caracterizan un inadimplemento contractual. Por ejemplo, si la calidad ofrecida, el servicio de placer prometido, el cubrimiento de determinado gasto, el atendimiento de determinada necesidad extra especificada no fuere cumplida, habrá falla en el servicio. La ejecución es defectuosa pues es menor de lo informado, de lo prometido o vehiculado. De la misma forma el contenido del contrato pasa a ser información jurídicamente relevante y el consumidor debe tener oportunidad de conocerla previamente y comprenderla (art. 46 CDC). El mismo cuidado debe ser observado en relación con las cláusulas limitativas de los derechos del consumidor. Así por ejemplo, la cláusula fijando carencias para la utilización del time-sharing, cláusulas que limitan la eficacia del contrato subordinando tal eficacia a determinado periodo de tiempo, debe ser destacada en el cuerpo del contrato como lo prevee el art. 54, § 3 del CDC, pues es una cláusula limitadora del derecho de uso inmediato (limitación en cuanto a la eficacia del contrato) y debe, principalmente, ser informada de manera previa al consumidor. Sólo con estos cuidados especiales el proveedor habrá cumplido con su nuevo deber de informar clara y adecuadamente al consumidor antes de la conclusión del contrato, asegurándole la posibilidad de escoger y comparar los planos y servicios ofrecidos en el mercado brasileño.

La nueva relevancia de la protección de la confianza depositada por el consumidor en el tráfico jurídico en el mercado brasileño modifica de forma drástica la noción de vicio del servicio o de inadimplemento contractual parcial. Si hay falta o mala prestación, o sea, la ejecución está incompleta o es impropia, habrá inadimplemento parcial, habrá vicio en la prestación.

El CDC innova disponiendo en su art. 20 que hay vicio del servicio cuando éste no es adecuado a los fines que "razonablemente se espera de él", cuando hay disparidad entre las informaciones prestadas, que despertaron la confianza del consumidor, que lo llevaron a contratar, cuando hay disminución en la calidad y prestabilidad del servicio tornándolo impropio o disminuyendo su valor. Se trata de una novedad en relación al Código Civil brasileño que sólo conoce el vicio de la cosa y el vicio oculto. La nueva noción de vicio del servicio en el CDC fué creada para facilitar la ejecución de obligaciones de hacer (ver art. 84 CDC), tratando de materializar una falta del hacer contractual, de la prestación principal o de los deberes anexos, que acabe por frustrar las expectativas legítimas de los consumidores. En caso de vicio del servicio el consumidor podrá exigir nuevamente la ejecución del servicio o la restitución inmediata de la cuantía pagada o la rebaja proporcional del precio (art. 20 CDC).

El deber de cuidado se refiere a los cuidados doblados que los contratantes deben tener durante la ejecución, o durante los actos preparatorios a la ejecución contractual, para no causar daño a la otra parte, por ejemplo, divulgando informaciones sobre los bienes y la condición finaciera de su colega o informaciones falsas sobre la situación financiera del consumidor conseguidas a través de un banco de datos montado por el proveedor[74]. Estos cuidados se refieren al patrimonio de la contraparte en el contrato, a su honra y a su crédito e imagen en la sociedad, bienes extra-patrimoniales protegidos actualmente por el derecho cuya violación hace nacer el deber de imdemnizar (art. 6, inciso VI CDC)[75].

El deber de cuidado se refiere igualmente a un deber de seguridad intrínseco a la prestación, de conformidad com la buena fe de un contrato de consumo, así el proveedor debe cuidar cuando utilice un medio técnico (por ejemplo, transporte, piscinas, complejos deportivos, cursos) que tal medio sea propio a la calidad para realizar el objeto de ocio esperado, para ejecutar su obligación de hacer de manera adecuada. La imposición de este

[74] Los autores portugueses denominan este deber de deber de protección, ver MENEZES DE CORDEIRO António Manuel da Rocha y, Da boa-fé no Direito Civil, Almedina, Coimbra, 1984, p. 610.

[75] Buen ejemplo en este sentido es el art. 42 del CDC, donde el deber de cuidado con la contraparte contractual está positivado, exigiendo en la cobranza de deudas mayor cuidado, lealtad y respeto con el consumidor. La violación de este deber de cuidado está sancionada con la devolución en doblo de lo debido (art. 42, parágrafo único del CDC).

deber de cuidado en el contrato tiene por finalidad preservar la integridad personal (moral o física) y la integridad del patrimonio de la contraparte contractual[76].

El deber de cooperación es también un importante deber anexo en materia de contratos de time-sharing, una vez que tales contratos tienden a prolongarse en el tiempo, siendo la ejecución contractual no continua, renovada dependiendo de la disponibilidad del consumidor.

Ambos contratantes deben cooperar para que el co-contratante pueda cumplir, pueda realizar su prestación contractual. Así, si el consumidor debe cumplir, debe pagar las mensualidades, el valor de la cuota principal o de la administración, la empresa debe posibilitar y no impedir o dificultar ese pagamento, debe establecer horarios y locales compatibles y no elaborar exigencias sin fundamento contrarias a la buena fe, cuya tentativa es beneficiarse del eventual incumplimiento del consumidor.

De la misma manera cuando la empresa administradora está obligada contractualmente a cumplir, permitiendo la utilización por el consumidor del time-sharing, no debe por ejemplo exigir nuevos pagamentos, autorizaciones o actos no efectivamente necesarios, unicamente para impedir o desmotivar al consumidor a exigir aquel tipo de prestación contratada, en aquel momento y aceptar cambiarlo por otro. Actuando de esta manera estará violando su deber anexo de cooperación, deber de buena fe, estará cumpliendo mal, inadecuadamente y el consumidor podrá exigir sus expectativas legítimas frente al vicio del servicio (arts. 20 y 35 CDC).

El CDC establece en sus artículos 18 y 20 una responsabilidad solidaria de la cadena de proveedores por el buen cumplimiento de la obligación contractual. Esta solidaridad presumida de toda la cadena de proveedores podrá ser utilizada para solicitar la suspensión del pagamento de las boletas de cartas de crédito usadas para garantizar el pagamento futuro del time-sharing, caso el consumidor quiera rescindir el contrato, o el inadimplemento por parte de los proveedores esté siendo discutido en juicio.

Teniendo en vista la garantía legal de prestación de servicios adecuados y de la calidad, que el CDC introduce por norma de orden público en sus artículos 24 y 25, garantía esta mínima y que no podrá ser excluída por cláusulas contractuales, las normas del CDC acaban por alcanzar toda la cadena de proveedores relacionada, directa o indirectamente, en la satisfacción de las expectativas legítimas contractuales de los consumidores. Como lo mencionamos anteriormente, el CDC impone una nueva protección de la confianza despertada en el grupo de consumidores por la actuación de los proveedores, al forzar a los proveedores relacionados directa o indirectamente con contratos de time-sharing a cumplir con las informaciones prestadas y con las promesas hechas por sus vendedores, aun cuando éstos sean autónomos, y sus representantes. El art. 34 CDC establece una solidaridad entre el proveedor, que contrató con el consumidor y sus vendedores, aun cuando autónomos.

---

[76] Ver detalles sobre el deber de cuidado en nuestro Contratos, ob. cit., ps. 87 y sig.

2. La interpretación pro consumidor de las cláusulas contractuales y el control del contenido del contrato.

El contrato de time-sharing ofrecido en el mercado debe especificar cual es la naturaleza de los derechos (reales u obligacionales) asegurados al consumidor. La interpretación de las cláusulas contractuales y del contrato en su totalidad debe - *ex vi lege* - ser siempre a favor del consumidor (art. 47 CDC).

La posición contractual preponderante (*Machtposition*) que se refleja en la elaboración de las reglas contractuales y en la ejecución del contrato, así como el reconocimiento de la vulnerabilidad fáctica, técnica y económica del consumidor (art. 4, inciso I CDC) llevaron al legislador del CDC a establecer un control del contenido del contrato, de su equilibrio interno, de manera a garantizar la justicia contractual y la realización de las expectativas legítimas del consumidor en el mercado brasileño. Se trata de una protección *a posteriori*, pero el próprio CDC prevee la posibilidad de un control judicial en abstracto (art. 51, § 4 CDC), sobre la iniciativa del Ministerio Público, de manera a suplir la falta de un control administrativo previo de las cláusulas contractuales, control éste vetado por el Presidente de la República en el momento de la promulgación del CDC.

La masificación y proliferación de los contratos de time-sharing en Brasil, la inexistencia de legislación específica reglamentando el contenido de esos contratos, así como el esporádico control ejercido por los órganos oficiales en lo que se refiere a las condiciones generales contractuales impuestas, permitieron e inclusive incentivaron la inclusión en este tipo de contrato de una serie de cláusulas consideradas actualmente abusivas.

Entre las cláusulas que han despertado el mayor número de reclamaciones y disputas están la cláusula penal, la cláusula de pérdida de cuantías pagadas, la cláusula mandato, la cláusula de elección del fuero, la cláusula de vencimiento anticipado de los débitos, la cláusula que permite la rescisión unilateral por el proveedor del contrato, las cláusulas de carencia o de limitación de los derechos de uso, las cláusulas que permiten la variación del precio y las cláusulas que limitan la utilización de servicios conexos al complejo de placer.

Estas cláusulas desequilibran el contrato, violan la confianza despertada en el consumidor, impiden la realización de sus expectativas legítimas de un cumplimiento adecuado y previsible por parte del organizador del time-sharing en el futuro. El CDC no contiene una definición legal de lo que se considera abusivo, prefiriendo sea indicar el abuso en casos expresos (art. 53 CDC sobre el abuso de la cláusula de pérdida total de las prestaciones pagadas); sea dejar su deteminación en el caso concreto a la jurisprudencia, fijando apenas una cláusula general (art. 51, inciso VI CDC sobre la cláusula general de buena fe); sea elaborando una lista de ejemplos de cláusulas abusivas y de conductas comerciales abusivas (listas de los arts. 5 y 39 CDC). El sistema del CDC trae, en consecuencia, una prohibición genérica de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de time-sharing.

Como lo destaca Hélène Bricks, las cláusulas abusivas presentan justamente como carcterísticas comunes su fin y su efecto. El *fin* común de las cláusulas abusivas sería la

mejoría de la situación contractual de aquel que redacta el contrato o detiene una posición contractual preponderante, el proveedor, transfiriendo así al consumidor riesgos que normalmente debería soportar, de acuerdo com el derecho supletivo. El *efecto* común de las cláusulas abusivas es el desequilibrio del contrato en razón de su inclusión o de la falta de reciprocidad y unilateralidad de los derechos asegurados a través de la cláusula al proveedor[77].

Según Antôni Janyr Dall'Agnoll Jr. la nulidad de las cláusulas abusivas prevista en el sistema del CDC (art. 51 caput) es una nulidad absoluta. El Magistrado se apoya en el sistema tradicional brasileño de nulidades, donde las nulidades previstas expresamente en ley o a través de prohibiciones legales directas, son nulidades absolutas[78] si no se especifica nada en contrario. Efectivamente el caput del art. 51 del CDC dispone que son "nulas de pleno derecho" las cláusulas abusivas previstas en contratos envolviendo el aprovisionamiento de bienes o servicios en el mercado para consumidores, sean contratos de adhesión o contratos discutidos individualmente[79].

De otro lado, la nulidad absoluta de los artículos 51 a 53 del CDC ha permitido a los jueces, en la práctica, declarar la nulidad de las *cláusulas ex officio*, pero mantener la relación contractual. Este es el espíritu del art. 51 § 2 del CDC que, imponiendo el concepto de continuidad de la relación, establece la obligatoriedad de la tentativa de integración del texto del contrato y su mantenimiento por el magistrado, caso después de la declaración de nulidad de la cláusula el contrato no imponga onerosidad excesiva para ninguno de los dos contratantes. La jurisprudencia ha visto en esta norma una autorización para reducir la eficacia de la cláusula nula, teoría, sin embargo, bastante discutible[80].

Finalmente vale la pena mencionar que el carácter abusivo de las cláusulas puede estar en el desequilibrio general de la ingeniería contractual y no en su texto, si este fuere examinado de forma aislada. La interpretación de estas cláusulas y su declaración como abusivas dependerá, en consecuencia, de su inclusión en el texto del contrato, en aquella relación contractual específica, en aquel tipo de contrato de consumo. En este sentido vale repetir lo dispuesto en el art. 3 de la Directiva 93/13 de la Comunidad Europea: "las cláusulas contractuales que no

---

[77] Bricks, Hélène, Les clauses abusives, LGDJ, Paris, 1982, pg. 8

[78] Dall'Agnoll, Antônio Janyr Jr, Cláusulas Abusivas: A opção brasileira, in: Estudos sobre a prote Hão do consumidor no Brasil e no Mercosul, Claudia Lima Marques (Coord.), Ed. Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 1994, p. 38. Ver, defendiendo mi opinión que las nulidades del CDC nulidades con características especiales serían, por tratarse de un microsistema autónomo, Nery, Nelson Jr., in: Código de Defesa do Consumidor- Comentários dos Autores do Anteprojeto de Lei, Forense, 1991, p. 298.

[79] Ver Aguiar, Ruy Rosado de Jr., Cláusulas Abusivas no Código do consumidor, in: Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul, Claudia Lima Marques (Coord.), Ed. Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 1994, p. 20. El autor defiende, sin embargo, una cierta diferenciación en la lista ejemplificativa del art. 51, concluyendo que el régimen es casi semejante al alemán, de cláusulas nulas y cláusulas donde la valorización es positiva (lista negra y gris).

[80] Ver mi opinión contraria y argumentos de la jurisprudencia, en nuestro libro Contratos,ob. cit., ps. 297y sig.

se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, frente a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato.[81]

Consideraciones Finales

Sin querer traer ninguna conclusión en sentido estricto es posible afirmar que la protección asegurada en el CDC al consumidor de servicios de time-sharing no alcanzó aún el nivel ideal en Brasil. Los instrumentos jurídicos ya están a disposición de los aplicadores de la ley y el cambio más importante fué la introducción de un nuevo paradigma en el relacionamiento contractual entre proveedores y consumidores: la protección de la confianza, que impone una conducta de conformidad con la buena fe objetiva en todas las etapas de la relación negocial, inclusive en la fase pre-contractual. En la formación de los contratos de time-sharing una nueva autonomía de la voluntad del consumidor debía ser impuesta, una autonomía racional, de forma a combatir los métodos abusivos y emocionales de ventas hoy utilizados. El contrato de multipropiedad o de time-sharing presenta una serie de riesgos para el consumidor y se caracteriza como un contrato cautivo de larga duración, un contrato múltiple y fluente, un contrato postmoderno que exige una respuesta de la ciencia del derecho para limitar y regular la libertad de establecer las cláusulas contractuales y un mejor control judicial del contenido y del desequilibrio de estos contratos.

Repetimos lo que afirmaba el Juez Schimasky de la Corte Federal Alemana en un artículo de doctrina sobre la autonomía de la voluntad, al defender que la libertad contractual es una norma general de protección de la dignidad de las personas y debe protegerse esta libertad, "Sin embargo no podemos proteger la libertad contractual de aquel que quiere justamente reducir, limitar o aún excluir la libertad contractual de la otra parte. Libertad es siempre la libertad del otro". El Magistrado de la más alta corte civil alemana destaca que el contrato es "por esencia bilateral, la libertad contractual es en consecuencia indivisible, ella significa la libertad de los dos y no solamente la libertad del contratante más fuerte"[82]. En este sentido las técnicas de limitación de la voluntad del contratante más débil en materia de contratos de time-sharing, como las técnicas de venta emocional, no deben ser menospreciadas por el derecho, al contrario él debe editar normas especiales que se tornen instrumentos de protección de la voluntad "libre" y presumida del consumidor.

---

[81] Publicada en el JOCE L 95/31 de 21.4.93.

[82] Schimansky, Hebert, Bankvertragsrecht und Privatautonomie, in: WM- Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Frankfurt), Nr. 11, 18.03.95, p. 461-467(462 et.463).

Augusto Teixeira de Freitas - El Protojurista del Mercosur

Florisbal de Souza Del'Olmo[1]

Cuando se habla en Mercosur nada mejor que tejer consideraciones sobre la figura paradigmática de Augusto Teixeira de Freitas, nacido en Cachoeira, Estado de Bahia, el 19 de agosto de 1816, y fallecido en Niterói, Estado de Rio de Janeiro, el 12 de diciembre de 1883.

Esto porque el insigne jurista brasileño tiene su nombre ligado a la codificación del Derecho Civil en los cuatro países que hoy constituyen el futuroso bloque económico regional del Cono Sur de América, que ha completado diez años de su creación.

Teixeira de Freitas hizo su curso de Ciencias Jurídicas y Sociales en las dos más antiguas Facultades de Derecho de Brasil, en São Paulo y en Olinda, donde se graduó en 1837, regresando a Bahia para ejercer la abogacía y la magistratura. Luego, no obstante, se transfería para la ciudad de Rio de Janeiro, donde fue uno de los fundadores del Instituto de los Abogados Brasileños, viniendo a ejercer la presidencia del mismo en 1857.

Disciplinado, inteligente, estudioso, humanista y dotado de un profundo sentimiento de justicia, Freitas dejaría una obra que inmortalizó su nombre, honró su patria y ennobleció su época, sirviendo aún de punto de convergencia en la legislación civil entre los pueblos hermanos que, un siglo después de su muerte, se integrarían en el Mercado Común del Sur, el Mercosur.

---

[1] Maestro en Derecho por la UFSC, Florianópois, SC. Profesor de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público, en la Universidad Regional Integrada del Alto Uruguay y de las Misiones, URI, campus de Santo Ângelo, RS, y en el Instituto de Enseñanza Superior de Santo Ângelo, IESA. Es profesor convidado del Curso de Especialização Lato Sensu, de la Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas, UA, Manaus, AM, e del curso de especialización El Nuevo Derecho Internacional, de la Facultad de Derecho de la UFRGS, Porto Alegre, RS. Autor de Direito Internacional Privado – Abordagens Fundamentais, Legislação, Jurisprudência, 2. ed., 2000, O Mercosul e a Nacionalidade: Estudo a Luz do Direito Internacional, 2001, y Curso de Direito Internacional Público, 2002, todos por la Editora Forense, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

En 1857 fue publicada en Rio de Janeiro la "Consolidação das Leis Civis", obra en la cual Teixeira de Freitas, poco más de dos años de trabajo después, ordenó, clasificó y actualizó el derecho legislado, desordenado, confuso y impreciso, entonces vigente en Brasil. Se trataba de leyes, decretos, asientos, albarás, resoluciones, reglamentos y además preceptos jurídicos, desde las ordenaciones portuguesas, muchas de ellas ya revocadas en la tierra lusa, a las normas jurídicas brasileñas de las tres primeras décadas después de la Independencia. Haroldo Valladão consideró tal obra como la *Carta Magna de la independencia jurídica brasileña.*

El respecto y la notoriedad granjeados con el incomparable trabajo de consolidación hicieron con que Teixeira de Freitas fuese incumbido por el gobierno imperial, en 1859, para redactar un código civil, que se sabía adelantado y avanzado. Él presentó el resultado de sus estudios, en fascículos, después reunidos en dos volúmenes con 4908 artículos, bajo el título "Código Civil – Esboço", en 1860. Se trata de un estudio cuidadoso que tiene merecido desde entonces los comentarios más lisonjeros de juristas del mundo todo.

Un nuevo entendimiento, todavía, animó Teixeira de Freitas, convencido de que sería más conveniente para el ordenamiento jurídico brasileño un Código de Derecho Privado, un Código General, en el cual estarían inseridas la legislación civil y comercial, las normas delimitadoras de las obligaciones, definiciones y reglas sobre publicación, interpretación y aplicación de las leyes. La búsqueda incesante de la perfección y el gigantismo de la tarea ya lo habían obligado a necesitar de más tiempo, prorrogado hasta 1864. Pero, lamentablemente, el gobierno no fue receptivo a las nuevas ideas del jurista y el contrato fue rescindido, interrumpiéndose el trabajo con el código aún incompleto.

Como se sabe, el Brasil vería postergado el surgimiento de su primero código civil por más de medio siglo. Solamente en 1917 entraría en vigencia el Código Civil brasileño, que tuvo como principal autor Clóvis Beviláqua, pero en el cual muchas ideas de Teixeira de Freitas fueran incorporadas.

Quiso el destino, todavía, que el inolvidable proyecto del jurista brasileño fuese de enorme validad en la elaboración del Código Civil de Argentina, país donde él es citado y sus textos estudiados. En ese monumental repositorio de la legislación civil continental – considerado por Ramón Silva Alonso como un Código Civil avanzado, "uno de los mejores de América en su tiempo"[2] – coordinado por Dalmacio Vélez Sarsfield, el Esbozo sirvió de espina dorsal en un gran número de institutos, para los cuales fueran utilizados los artículos redactados por Teixeira de Freitas, y hasta sus notas explicativas.

[2] SILVA ALONSO, Ramón. Derecho internacional privado, p. 88. 5ª ed. Asunción: Intercontinental, 1999.

Exaltando la importancia de la obra de Teixeira de Freitas en la codificación civil argentina, muchos juristas de ese país tienen hecho generosas y simpáticas referencias a él. Así, Martínez Paz, citado por Valladão, afirmó: "La consolidación es el monumento más alto del pensamiento jurídico americano; las codificaciones y los trabajos de exégesis y comentario, así como los escasos tratados de dogmática ni en punto a erudición, ni en doctrina han alcanzado ese sello de originalidad, de sentido personal y de profundidad que caracteriza a la Consolidación de las leyes civiles".[3]

Aún, según Valladão, Abel Chaneton, ilustre historiador argentino, se expresó con estas palabras sobre Teixeira de Freitas: "La Consolidación lo elevó de golpe al rango de 'el más importante jurisconsulto de América".[4] Y René David, profesor de la Facultad de Derecho de París: "Se pasaron casi cien años de la publicación de la Consolidación de las leyes civiles de Teixeira de Freitas; ella conserva, todavía, no obstante toda la evolución del Derecho ocurrida desde entonces, grande validad y continúa siendo, sin duda, la obra jurídica más original y más perfecta de su tiempo producida en Brasil y en toda América Latina".[5]

Otra exaltación al jurista de la Consolidación, ya citada,[6] es la afirmación del argentino Luis Varela: "Preparó el sabio jurisconsulto Doctor Teixeira de Freitas, sin duda alguna, uno de los monumentos más imperecedores que la intelectualidad sudamericana ha levantado a la ciencia jurídica moderna".

Como se afirmó, la obra de Freitas se explayó en los cuatro Estados que componen hoy el Mercosur. Así, el Código Civil del Paraguay, adoptado en 1876, el primero de la historia jurídica guaraní, tuvo incorporado el ingenio del insigne brasileño. Como se sabe, ese Estatuto fue una adaptación del Código argentino. Y los grandes juristas paraguayos, del pasado y actuales, tienen enfatizado la contribución del genial jurisconsulto brasileño, como Luis de Gasperi, Raul Sapena Pastor y Ramón Silva Alonso.

---

[3] VALLADÃO, Haroldo. Direito internacional privado, v. I. p. 169. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

[4] VALLADÃO, H. Idem, ibidem.

[5] VALLADÃO, H. Idem, ibidem. En el original: "Près de cent ans sont passé depuis la date où la Consolidation des lois civiles de TEIXEIRA DE FREITAS a été publiée; elle conserve encore, malgré tous les dévoloppements du Droit intervenus depuis lors une grande valeur et reste sans doute l'oeuvre juridique la plus originale et la plus parfaite à la fois que ait été produite au Brésil et dans toute l'Amérique Latine".

[6] DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Direito internacional privado: abordagem fundamental, legislação, jurisprudência, p. 11. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

El primero de esos autores, en carta a Haroldo Valladão, afirmó ser Teixeira de Freitas "el único jurista americano que puede alternar en la historia con Savigny y los padres de la codificación germana".[7]

Ramón Silva Alonso, al comentar el movimiento internacional por la codificación ocurrido en el siglo XIX, afirma: "En la segunda mitad de ese mismo siglo, él llega a América. Por ese tiempo surgen en el nuevo continente figuras ejemplares en el mundo jurídico como no han vuelto a aparecer. (...) Augusto Teixeira de Freitas, que escribe para el Brasil, en 1860, el Esbozo, aún hoy no suficientemente valorado ni estudiado".[8]

Aún el insigne internacionalista guaraní, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, escribió: "Coincido con Ud. en que Teixeira de Freitas es sin duda una de las mayores glorias del derecho de su tiempo en América. También creo que Freitas no ha sido aún suficientemente estudiado ni valorado en el propio Brasil, considerando el tiempo en que le tocó vivir. Salvo la Argentina y quizás el Paraguay, no es suficientemente conocido en el Continente, teniendo en cuenta la grandeza de su figura".[9] Muy oportunas y sensatas las observaciones del erudito maestro paraguayo, él propio un gran entusiasta de la obra de Teixeira de Freitas.

Al fin, la codificación civil uruguaya no se ha quedado inmune a la influencia benévola de los estudios de Teixeira de Freitas. El Código Civil de la República Oriental del Uruguay acogió en su Proyecto, de autoría de Tristán Narvaja, postulados del genial jurista brasileño, teniendo el maestro oriental confesado, según Haroldo Valladão, "haberse servido entre los antecedentes para su trabajo del 'Proyecto del Señor Freitas (inconcluso aún), el trabajo más notable de codificación por su extensión y por el estudio y meditación que revela".[10] Doctor Narvaja cognominó, en esa ocasión, Teixeira de Freitas de "el Savigny americano". Partiendo tan fidedigno juicio de autoridad de ese nivel, se entiende el respecto que el inolvidable brasileño ha merecido en Uruguay.

Lamentablemente en Brasil la erudición de los estudios y la dimensión de la obra de Teixeira de Freitas aún no tuvieron el reconocimiento merecido. Se prueba al recordar que la primera biografía del insigne jurista solamente surgiría casi un cuarto de siglo después de su fallecimiento, ya en 1905, de autoría del Profesor Manuel Álvaro Sá Viana.

Además de tardío, ese reconocimiento no ha sido compatible con la dimensión del inolvidable jurisconsulto. Y fue Haroldo Valladão, tantas veces mencionado en este breve

---

[7] VALLADÃO, H. Op. cit., p. 171-172.
[8] SILVA ALONSO, R. Op. cit., p. 88.
[9] SILVA ALONSO, R. Carta de 20 de julio de 1999.

estudio, incuestionablemente, el paladino brasileño en la reverencia al gigantesco perfil de uno de los mayores científicos del Derecho que el país ya conoció. En discurso proferido en el Instituto de los Abogados Brasileños, hace cuarenta años, exactamente cuando recibía la *Medalha Teixeira de Freitas*, identificando el codificador como el *jurista puro*, así lo definió Valladão: "Abogado, codificador, autor de obras jurídicas, nunca ejerció cargo o función pública, desconoció, completamente, la política, no frecuentó la sociedad; retraído, modesto, vivió vida modelar dedicada al culto del derecho y al amor a la familia, en la meditación con sus libros, en el hogar entre la esposa y los hijos".[11]

Siendo Teixeira de Freitas un hombre profundamente humanista, nunca es demás mencionar un pasaje de su estudio, ya enfatizada por Valladão en el histórico discurso: "Cumple advertir que no hay un solo lugar de nuestro texto, donde se trate de *esclavos*. Tenemos, es verdad, la esclavitud entre nosotros; pero, si ese mal es una excepción que lamentamos, y que ya está condenado a extinguirse en una época más o menos remota, hagamos también una excepción, un capítulo desglosado, en la reforma de nuestras leyes civiles, no las maculemos con disposiciones vergonzosas, que no pueden servir para la posteridad; se quede el *estado de libertad* – sin su correctivo odioso. Las leyes concernientes a la esclavitud (que no son muchas) serán, pues, clasificadas a la parte, y formarán el nuestro *Código Negro*".[12]

La llaga del servilismo del hombre africano, nunca es despiciendo recordar, en el Cono Sur de América fue casi una exclusividad brasileña. Solamente a finales del siglo XIX, por la *Ley Áurea*, firmada por la Princesa Isabel, el 13 de mayo de 1888, sería definitivamente proscrita del ordenamiento jurídico del Brasil la esclavitud. Ese instituto abominable prácticamente inexistió en Argentina, donde desde 1813 no se registran casos, así como en Uruguay y en Paraguay, banidos jurídicamente aún en mediados del mismo siglo.

El avanzado código proyectado por Freitas, como visto, se integró fácilmente en el pensamiento jurídico de los pueblos hispanoamericanos que hoy constituyen el Mercosur, hasta porque repleto de un saludable espíritu libertario y agregador. Tuviese el jurista bahiano conseguido realizar su sueño de un código general, con razón se cree que tendría sus estudios agasajados, hasta con más énfasis, en la misma área geográfica.

Se subraye que en 1942 Italia promulgó su actual Código Civil, versando sobre todos los asuntos de derecho civil, comercial, industrial y laboral, con que fueran revocados los códigos y leyes que ahí disciplinaban esas materias. Coincidentemente, el mismo año, se

---

[10] VALLADÃO, H. Teixeira de Freitas, jurista excelso do Brasil, da América, do Mundo, p. 423. In: Revista Forense, nº 188. Rio de Janeiro, 1960.
[11] VALLADÃO, H. Idem, p. 417.
[12] VALLADÃO, H. Idem, 419.

integraba al ordenamiento jurídico brasileño la Ley de Introducción al Código Civil, en la cual el punto de conexión, hasta entonces la nacionalidad, era sustituido por el domicilio, que Teixeira de Freitas defendiera en su propuesta. Como se verifica, pasado más de un siglo, los postulados preconizados para la ciencia del Derecho por el gran jurista empiezan a tornarse ley en los más avanzados ordenamientos jurídicos del mundo.

El Paraguay, en 1987, pasó a contar con un nuevo Código Civil, en el cual continúan presentes los postulados de Teixeira de Freitas, así como la influencia del Código de Napoleón y también del mencionado Código Civil italiano. Son, conforme Ramón Silva Alonso, los tres modelos que inspiraron esa avanzada codificación, debido al estatuto itálico "las normas que unifican la legislación civil y comercial que realizan la fusión de las obligaciones en estas materias, fusión que se incorpora al Derecho paraguayo".[13]

Cuando en el mundo jurídico contemporáneo pasan a ser admitidos principios que Teixeira de Freitas predicó hace más de un siglo, es llegado el momento de no solo exaltar su obra, como, principalmente, buscar en ella los frutos que tiene a ofrecer.

Se registra, con satisfacción, juicios de grandes estudiosos del Derecho en Brasil que reconocen los méritos del jurista de la *Consolidación* e del *Esbozo*. Para Pontes de Miranda, Teixeira de Freitas se destacó por la "independencia de pensar y pasión por la verdad, que lo extremó entre los juristas de su tiempo".[14]

Irineu Strenger registra este concepto expreso por Hahnemann Guimarães: "En la práctica difícil del celo por la verdad, del amor de la perfección, de la paciencia, de la modestia y de la honradez, se consumió la vida de Teixeira de Freitas. Las teorías y los códigos envejecen, pero ha de ser siempre nueva en la memoria de los hombres, la imagen de que dedicó a su obra tanta virtud".[15]

Cuanto a la importancia de los estudios de Teixeira de Freitas para el Derecho Internacional Privado, se sirve, una vez más, del juicio de Haroldo Valladão, ya trascrito en otra ocasión: "Freitas propuso, con método admirable, las cuestiones de los conflictos de leyes, quiera en el espacio, quiera en el tiempo, en un sistema nuevo, inspirado en la teoría de Savigny, pero modificado y perfeccionado con varias ideas propias. Lanzaba los principios básicos en un Título Preliminar con que abría el 'Esbozo' y sus corolarios, sus aplicaciones consolidaba en la Parte Especial junto a cada institución".[16]

---

[13] SILVA ALONSO, R. Op. cit., p. 153.
[14] PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado, t. IV, p. 243. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
[15] STRENGER, Irineu. Direito internacional privado, v. 1, p. 215. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
[16] DEL'OLMO, F.S. Op. cit., p. 12.

Se vive tiempos de integración. El Mercosur se consolida. Más de diez años se pasaron desde el Tratado de Asunción y los frutos son muy buenos e preemisores. Las barreras, y son muchas, que impiden todavía una aproximación entre los pueblos hermanos de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, ya son bien menores que los factores que los impelen en la búsqueda de la identidad regional. Augusto Teixeira de Freitas, el jurista de los cuatro países del bloque, el eslabón identificador entre ellos en la codificación civil en el siglo XIX, bien puede ser recordado como un pertinente emblema de esa búsqueda. Hasta porque él fue, sin sofismas, el protojurista del Mercosur. Quien sabe, en porvenir no tan lejos, así como se conoce el *Código Napoleón* (de Francia, 1804) y el *Código Seabra* (de Portugal, 1867), el Mercosur tendrá el *Código Teixeira de Freitas*. Y será un código único, un código general, dando razón a un científico del Derecho que previó, con más de un siglo de antecedencia, las notables ventajas para el ser humano en disponer de un estatuto en el cual fuesen reguladas todas las relaciones privadas, civiles, comerciales, industriales y laborales. Teixeira de Freitas no estaba adelantado: apenas el mundo tardó cien años para vivenciar lo que su inteligencia privilegiada y su percuciente estudio entonces habían propuesto.

O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais

C. A. Alvaro de Oliveira

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFRGS

1. A dimensão conquistada pelo direito constitucional em relação a todos ramos do direito e na própria hermenêutica jurídica (v.g., "a interpretação conforme à Constituição") mostra-se particularmente intensa no que diz respeito ao processo.

Já no século XVII apreendera-se que o exercício da jurisdição constitui faceta importante do exercício do poder. Daí a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo Príncipe, de que é exemplo emblemático o chamado Code Louis [1].

Atualmente, pode-se até dizer do ponto de vista interno que a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores

[1] *Ordenance Civile du mois d'avril 1667*, denominada Code Louis. Nicola Picardi, Il Giudice e la Legge nel Code Louis, in Rivista di Diritto Processuale, L(1995):33-48, esp. p. 35-36, ressalta com razão que, com a instituição do Code Louis, o rei-juiz do constitucionalismo medieval passava a ser substituído pelo rei-legislador; o direito tornava-se reduzido à lei e a lei à vontade do soberano. Em conseqüência, a iurisdictio terminava por perder o caráter originário de poder soberano tout court, e, com sua imagem do julgar, era destinada a cobrir uma esfera de poder diferente do poder de legislar, tornando-se o último já a marca distintiva da soberania.

culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal [2]. Basta pensar na permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica.

Significativamente, no final do século XIX era presente entre nós a compreensão da influência da norma constitucional no processo, especialmente como meio para a efetividade e segurança dos direitos. Para João Mendes Júnior, o processo, na medida em que garante os direitos individuais, deita suas raízes na lei constitucional. Cada ato do processo "deve ser considerado meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos." Suprimir, assim, formalidades processuais pode constituir "ofensa da garantia constitucional da segurança dos direitos e da execução das leis federais"[3].

Em obra diversa, adiantando lições de outras épocas, o grande mestre como que intuiu a íntima conexidade entre o direito processual e constitucional, ao consignar que "As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discrição dos juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfiança e surpresas" [4]. Antecipa-se desse modo, com grande descortino, futuras elaborações da doutrina européia do século XX.

Realmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais [5], impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado[6].

---

[2] Ainda está por ser realizada, do ponto de vista sociológico, uma investigação que mostre como, na atual sociedade informática e globalizada, a difusão de modelos culturais de forma instantânea pela televisão via satélite, pela internet, pelo rádio, fiimes, ensaios, artigos, revistas, livros etc. poderá vir a aproximar mundos diferentes e até a homogeneizá-los e quando isso se tornará possível.

[3] João Mendes Júnior, A Nova Fase da Doutrina e das Leis do Processo Brasileiro, in Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, 1899, p. 120, apud José Frederico Marques, Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária, São Paulo, Saraiva, 1959, p. 23.

[4] João Mendes Júnior, O Processo Criminal Brasileiro, 2a. ed., vol. I, p. 8, apud José Frederico Marques, Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária, cit., p. 21-22.

[5] Cf. C. A Alvaro de Oliveira, Do Formalismo no Processo Civil, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 73-76 e 83-84. Sobre o fenômeno cultural e sua influência no processo, o ensaio pioneiro entre nós de Galeno Lacerda, Processo e Cultura, Revista de Direito Processual Civil, 3(1962):74-86, passim.

[6] Assim, Hans Friedhelm Gaul, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprocezesses, Archiv für die Civilistische Práxis, 168(1968):27-62, esp. p. 32. Idéia semelhante em Rudolf Pollak, Sistem des Österreichischen Zivilprozessrechtes., 2a. ed., Wien, Manz, 1932, p. III, para quem o direito processual civil constitui, em muitos aspectos, uma das mais importantes partes do direito constitucional.

Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexidade entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido. Este último aspecto, ressalte-se, de modo geral é descurado pela doutrina. Tudo isso é potencializado por dois fenômenos fundamentais de nossa época: o afastamento do modelo lógico próprio do positivismo jurídico, com a adoção de lógicas mais aderentes à realidade jurídica, como a tópica-retórica, e a conseqüente intensificação dos princípios, sejam eles decorrentes de texto legal ou constitucional ou não.

2. No contexto antes delineado ressalta a importância dos direitos fundamentais [7], visto que criam os pressupostos básicos para uma vida na liberdade e na dignidade humana[8]. Cuida-se, portanto, dos direitos inerentes à própria noção dos direitos básicos da pessoa, que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade. Claro que não se trata apenas dos direitos estatuídos pelo legislador constituinte, mas também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da idéia de Direito, do sentimento jurídico coletivo [9].

A importância dos direitos fundamentais decorre ainda de outra circunstância. Além de serem tautologicamente fundamentais, a evolução da humanidade passou a exigir uma nova concepção de efetividade dos direitos fundamentais. Do sentido puramente abstrato e metafísico da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, evoluiu-se para uma nova universalidade dos direitos fundamentais de modo a colocá-los num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia [10].

---

[7] É grande a incerteza terminológica a respeito. Fala-se em direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos fundamentais do homem (José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional, p. 157). Dou preferência à expressão "direitos fundamentais" não só porque já incorporada à tradição, como também porque expressa razoavelmente a concepção adotada no texto.

[8] Assim, Konrad Hesse, apud Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, 7a. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 514. Ainda segundo Hesse, os direitos fundamentais, mais restritamente, são aqueles qualificados como tais pelo direito vigente. Consoante José Afonso da Silva, Curso, cit., p. 159, os direitos fundamentais estabelecem os princípios consubstanciadores da concepção do mundo e da ideologia política de cada ordenamento jurídico, designando as prerrogativas e instituições com que o direito positivo concretiza as garantias de uma convivência digna, livre e igualitária de todas as pessoas.

[9] Cf. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, tomo IV, Direitos Fundamentais, Coimbra, Coimbra ed., 1988, p. 8-10.

[10] A busca da efetividade dos direitos fundamentais, bem assinala Serge Guinchard, Droit processuel — Droit commum du procès, em colaboração com Monique Bandrac, Xavier Lagarde e Mélina Douchy, Paris, Dalloz, 2001, p. 53-54, é o fenômeno mais marcante do final do século XX. Menciona ele o célebre aresto Airey vs. Irlanda, de 7.10.1979, em que a Corte Européia dos Direitos do Homem manifestou sua clara preocupação com a exigência "de proteger não mais de forma teórica ou ilusória, mas de forma concreta e efetiva", os direitos fundamentais.

Essa nova universalidade busca subjetivar de forma concreta e positiva os direitos de tríplice geração na titularidade de um indivíduo, que, antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é, pela sua condição de pessoa, um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade [11].

Relembre-se que os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, a saber, os direitos civis e políticos assegurados no plano constitucional; os da segunda geração dizem respeito aos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como aos direitos coletivos. A terceira geração compreende os direitos da fraternidade, ultrapassando os limites dos direitos individuais ou mesmo coletivos: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação [12].

3. No sistema jurídico brasileiro, essas ponderações ostentam enorme alcance prático, porque a Constituição de 1988 positivou de forma expressa os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração.

Além disso, o § 1° do art. 5° da Constituição brasileira estatui de modo expresso que "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Esta última disposição constitucional reveste-se de grande significado. Por um lado, principalmente em matéria processual, os preceitos consagradores dos direitos fundamentais não dependem da edição de leis concretizadoras. Por outro, na Constituição brasileira, os direitos fundamentais de caráter processual ou informadores do processo não tiveram sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional.

Demais disso, já não se discute mais na doutrina do direito constitucional o papel dos direitos fundamentais e das normas de princípio — mesmo daquelas consideradas meramente programáticas —como diretivas materiais permanentes, vinculando positivamente todos os órgãos concretizadores, inclusive aqueles encarregados da jurisdição, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora [13]. Aliás, a mais importante fonte jurídica das normas de princípio são exatamente os direitos fundamentais.

---

[11] Cf. a linha de desenvolvimento traçada com mão de mestre por Paulo Bonavides, Curso, cit., p. 526-527, com menção ainda a diversos outros documentos relativos a direitos humanos produzidos no século XX.

[12] Segue-se aqui a síntese realizada por Paulo Bonavides, Curso, cit., p. 516-524. O grande constitucionalista ainda menciona a quarta geração dos direitos fundamentais: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, direitos esses da maior importância, como se vê, mas que escapam aos limites estreitos deste estudo (ob. cit., p. 524-526).

[13] J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, 4a. ed., Coimbra, Almedina, 1987, p. 132.

Como se vê, cada vez mais nos distanciamos da concepção tradicional, que via os direitos fundamentais como simples garantias, como mero direito de defesa do cidadão em face do Estado e não, como os compreende a mais recente doutrina, como direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização.

A questão revela-se particularmente sensível porquanto dessa forma atribui-se ao órgão judicial, no plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de modo a evitar agressões lesivas por parte destes (liberdade negativa) [14].

Por isso mesmo, em tal normatividade de caráter essencialmente principial encontra-se contida autêntica outorga de competência para a livre investigação jurisdicional do direito. A particularidade aqui, em relação a outros tipos de regra jurídicas, é que a competência para a descoberta mesma do direito no caso concreto vincula-se com os princípios de maneira ampla e indeterminada [15]. A constatação mostra-se deveras relevante, na medida em que, sendo facultado expressamente na Constituição o exercício de um direito produzido pelos juízes, legitima-se a atividade do Poder Judiciário perante a sociedade como um todo, mesmo diante da resistência de interesses contrariados.

4. Antes de analisar em espécie os direitos fundamentais que mais de perto dizem respeito ao processo — para depois procurar extrair algumas conseqüências práticas das premissas até agora estabelecidas —, importa ter presentes ainda três aspectos essenciais implicados na sua concepção, a seguir enumerados:

a) A já mencionada normatividade do direito fundamental, norteadora não só da regulação legislativa do processo, como também do regramento da conduta das partes e do órgão judicial no processo concreto e ainda na determinação do próprio conteúdo da decisão.

b) A supremacia do direito fundamental: "não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais"[16].

---

[14] J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, cit., p. 448.

[15] Assim, Issak Meier, Auflösung des geschriebenen Rechts durch allgemeine Prinzipiennormen, in Prinzipiennormen und Verfahrensmaximem, em colaboração com Rudolf Ottomann, Zürich, Schulthess Verlag, 1993, p. 56-58. Na mesma esteira, observa José Carlos Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, Coimbra, Almedina, 1987, p. 256, que, na falta de lei que concretize determinado direito fundamental, "o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exeqüibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa".

[16] Cf. a expressiva formulação de Jorge Miranda, Manual, cit., nº 60-I, p. 282-283.

c) O caráter principiológico do direito fundamental, a iluminar as regras já existentes, permitindo ao mesmo tempo a formulação de outras regras específicas para solucionar questões processuais concretas.

Sob o último ângulo visual, o direito fundamental apresenta-se como norma aberta, a estabelecer pura e simplesmente um programa e afirmar certa direção finalística para a indispensável concretização jurisdicional, em oposição, assim, àquelas normas que contêm uma ordem positiva ou negativa, capazes de serem apreendidas pelo juiz de forma mais ou menos direta [17].

5. De passagem, é interessante observar que embora a oposição entre regras e princípios seja cada vez mais tênue, na medida em que toda interpretação de texto, segundo a moderna hermenêutica, exige em maior ou menor medida um "fazer produtivo", não se mostra correto afirmar que toda regra jurídica, por sua vez, contém em determinados limites uma norma de princípio [18], o que de certa forma eliminaria a diferença qualitativa entre ambas as categorias, preconizada por Esser.

A aplicação concreta do direito fundamental, de qualquer modo, não se distancia radicalmente do processo de aplicação do direito em geral. Este, como tentei demonstrar em outra oportunidade [19], apresenta-se necessariamente como obra de acomodação do geral ao concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e até de criação, mesmo porque o legislador não é onipotente na previsão de todas e inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida.

Assim, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, agudizando-se o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material, que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade. O juiz, por sua vez, não é uma máquina silogística, nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão. Isso vale, é bom ressaltar, não só para o equacionamento das questões fáticas e de direito, como também para a condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão.

Mesmo a regra jurídica clara e aparentemente unívoca pode ser transformada em certa medida, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, por valorações e idéias do próprio juiz.

---

[17] Cf. Isaak Meier, ob. cit., p. 14. Segundo Joseph Esser, Principios y Pensamientos Jurídicos Generales y Formas que Adoptan en el Derecho Privado, trad. de Eduardo Valentí Fiol, Barcelona, Bosch, 1961, p. 63-70, as regras contêm ordens diretas; os princípios, apenas critérios para a justificação de uma ordem.

[18] Como sugere, Isaak Meier, ob. cit., p. 53-54.

[19] C. A. Alvaro de Oliveira, Do Formalismo no Processo Civil, cit., p. 190-191.

Já Aristóteles havia constatado o fenômeno, quando tratou na sua *Ética a Nicômano*, momento clássico na história da *epieikeia*, das relações entre legalidade e eqüidade. Para o estagirita, "o eqüitativo, se bem é justo, não o é de acordo com a lei, mas como uma correção da justiça legal. A causa disso é que toda lei é universal e há casos nos quais não é possível tratar as coisas com exatidão de um modo universal. Naqueles casos, pois, nos quais é necessário falar de um modo universal, sem ser possível fazê-lo exatamente, a lei aceita o mais corrente, sem ignorar que há algum erro". A eqüidade se prestaria, assim, para eliminar a distância entre a abstração da norma e a concretude do caso julgado: "tal é a natureza do eqüitativo: uma correção da lei na medida em que sua universalidade a deixa incompleta" [20].

Cuida-se, bem entendido, de aplicar a lei com eqüidade, atividade conatural ao próprio ato de julgar, e não de substituí-la pela eqüidade. E nessa aplicação da regra ou do princípio, do direito *tout court*, o sistema funciona como língua, isto é, como sistema de regras de uso das palavras da linguagem jurídica na qual se nomeiam os fatos a serem apreciados e valorizados. Na verdade, os significados expressos na língua jurídica, empregada na aplicação operativa do direito, são tão ambíguos e opináveis como as regras de uso da língua jurídica ditada pelas normas [21]. Daí a permanente necessidade de contextualizá-los, pela inserção no contorno específico fático da causa, para se extrair a decisão justa e adequada do caso concreto, especialmente com a ajuda dos princípios.

6. No concernente aos direitos fundamentais e aos princípios, a concretização realiza-se exclusivamente pelo juiz no caso trazido ao seu conhecimento. Vale dizer que o seu conteúdo só pode ser determinado diante de fatos específicos, considerando-se ainda que para essa aplicação são estabelecidos poucos limites, a não ser a coerência com os fundamentos constitucionais, o sistema jurídico e a linguagem interna do direito. Em contrapartida, o conteúdo da regra está previsto na própria regra, com maior ou menor precisão.

Dito isso, podem ser estabelecidas algumas linhas de aplicação das normas infraconstitucionais na perspectiva dos direitos fundamentais.

Assim, em primeiro lugar, a interpretação deve ser conforme à Constituição, encarada esta de forma global, com ponderação de valores entre os direitos fundamentais adequados e o bem protegido pela lei restritiva. Vale dizer: o aplicador da norma deve inclinar-se pela interpretação que conduza à constitucionalidade da norma, embora por outra via pudesse considerá-la inconstitucional [22].

---

[20] Aristóteles, Ética Nicomáquea, trad. esp. de J. Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 1985, V, 10, 1137b, p. 263.

[21] Cf. Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón — Teoria del Garantismo Penal, trad. de Perfecto Andrés Ibañez et al., prólogo de Norberto Bobbio, Madrid, Trotta, 1995, p. 56. Também a correlação entre a língua e a linguagem interna do sistema é essencial para a teoria hermenêutica preconizada por Tercio Sampaio Ferraz, Introdução ao Estudo do Direito — Técnica, Decisão, Dominação, São Paulo, Atlas, 1989, p. 231-281, assentada no teor da tradução.

[22] A respeito, por todos, Paulo Bonavides, Curso, cit., p. 473-480. Com uma visão sistemática da doutrina alemã e da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, Gilmar Ferreira Mendes, Jurisdição Constitucional — O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha, 3a. ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 231-237.

Às vezes, mostra-se necessária até a correção da lei pelo órgão judicial, com vistas à salvaguarda do predomínio do valor do direito fundamental na espécie em julgamento. Já não se cuida, então, de mera interpretação "conforme à Constituição", mas de correção da própria lei, orientada pelas normas constitucionais e pela primazia de valor de determinados bens jurídicos dela deduzidos, mediante *interpretação mais favorável aos direitos fundamentais*. Significa isto que, havendo dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme o caso, restrinja menos o direito fundamental, dê-lhe maior proteção, amplie mais o seu âmbito, satisfaça-o em maior grau [23].

Outro aspecto a ser sublinhado, com repercussão imediata na vida das pessoas, é a determinação do alcance dos direitos fundamentais e dos princípios que colidam entre si no caso em julgamento, da ponderação dos valores e da determinação do que deva prevalecer para a justiça do caso, consoante o chamado princípio da proporcionalidade, regra hoje inafastável de hermenêutica [24]. Aliás, além de conflitarem, os princípios podem também complementar-se ou delimitar-se entre si [25].

Na conhecida visão de Alexy, a otimização por meio dos princípios dá-se em consonância com as possibilidades normativas e fáticas. Normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem ou os complementam. Fáticas, porque o conteúdo dos princípios, para que se transforme em norma concreta, só pode ser determinado pela concretude fática do caso [26].

7. Do ponto de vista do direito processual, impõe-se sublinhar que os direitos fundamentais, para poderem desempenhar sua função na realidade social, precisam não só de normatização intrinsecamente densificadora como também de formas de organização e

---

[23] J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Fundamentos da Constituição, Coimbra, Coimbra ed., 1991, nº 4.9, p. 143. Como bem ressalta Marcelo Lima Guerra, Execução Indireta, São Paulo, RT, 1998, p. 53, trata-se de "adequar os resultados práticos ou concretos da decisão o máximo possível ao que determinam os direitos fundamentais em jogo."

[24] Humberto Bergmann Ávila, Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade, Revista de Direito Administrativo, 215 (jan./mar.1999) :151-179, esp. p. 170, demonstra de maneira adequada tratar-se, na realidade, de postulado normativo-aplicativo, pois impõe uma condição formal estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas, condição essa de caráter normativo, instituída pelo próprio direito para a sua devida aplicação, na busca de realização integral dos bens juridicamente resguardados. Daí a definição do dever de proporcionalidade como "um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principial das normas e da atributividade do Direito, e dependente do conflito de bens jurídico materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados" (p. 175).

[25] Ressalta acertadamente Karl Larenz, Metodologia da Ciência do Direito, trad. de José Lamego, 3a. ed., Lisboa, Gulbenkian, 1997, p. 483, que os direitos fundamentais e princípios não estão uns a par dos outros, sem conexão, mas que se relacionam uns com os outros de acordo com o sentido e, por isso, podem tanto complementar-se como delimitar-se entre si.

[26] Apud Humberto Bergmann Ávila, ob. cit., p. 159.

regulamentação procedimentais apropriadas. Daí a necessidade de estarem assegurados constitucionalmente por normas, principiais ou não, garantindo-se ao mesmo tempo seu exercício e restauração, em caso de violação, por meio de órgãos imparciais com efetividade e eficácia [27]. Embora essa dimensão procedimental nem sempre se refira ao processo judicial, também o abrange, a evidenciar uma interdependência relacional entre direitos fundamentais e processo.

Faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental [28]. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente.

Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade.

Para o Tribunal Constitucional espanhol, o dever judicial de promover e colaborar na realização da efetividade da tutela jurisdicional não é de caráter moral, mas um dever jurídico constitucional, pois os juízes e tribunais têm a "(...) obrigação de proteção eficaz do direito fundamental (...)". O cumprimento desse mandato constitucional de proteger o direito fundamental à tutela judicial efetiva, a que têm direito todas as pessoas, há de ser para os juízes e tribunais norte de sua atividade jurisdicional. Por isso, o Tribunal Constitucional fala da necessária colaboração dos órgãos judiciais com as partes na materialização da tutela e também no dever específico de garantir a tutela, dever que impede os órgãos jurisdicionais de adotarem uma atitude passiva nesta matéria [29].

Por outro lado, a dependência crescente de previsão e de distribuição estatal e por conseqüência o perigo crescente de colisão entre os direitos de liberdade e as posições de direitos fundamentais, que estes ocupam no mundo atual, acaba por exercer influência

---

[27] Por isso, afirma Konrad Hesse, Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, trad. da 20a. ed. alemã por Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Fabris, 1998, nº 359, p. 288, que os direitos fundamentais requerem, em maior ou menor proporção, regulação da organização e do procedimento, e ao mesmo tempo influem sobre o direito de organização e procedimento, o que contribui para a sua própria realização e asseguramento.

[28] Assim, J. J. Gomes Canotilho, Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1990, p. 151-163, esp. p. 155, com amparo na sugestão do status activus processualis, formulada por P. Häberle.

[29] Cf. Francisco Chamorro Bernal, La Tutela Judicial Efectiva (Derechos y garantias procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución), Barcelona, Bosch, 1994, p. 329, com menção a diversos precedentes (ob. cit., p. 329-330 e notas 72 a 77).

decisiva no papel destinado ao direito processual. E isso porque os direitos fundamentais exibem acentuada força de irradiação sobre o direito legislado, a acentuar ainda mais o papel dos tribunais na "descoberta" do direito aplicável ao caso concreto.

À luz dessas considerações, a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas. O próprio processo passa, assim, a ser meio de formação do direito, seja material, seja processual. Tudo isso se potencializa, quando se atenta em que o processo deve servir para a produção de decisões conforme a lei, corretas a esse ângulo visual, mas, além disso, dentro do marco dessa correção, presta-se essencialmente para a produção de decisões justas [30].

8. Como fonte específica de normas jurídicas processuais devem ser considerados especialmente dois grupos de direitos fundamentais, pertinentes aos valores da efetividade e da segurança jurídica [31], valores esses instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça no caso concreto.

No primeiro grupo desponta fundamentalmente a garantia de acesso à jurisdição (art. 5°, inciso XXXV, da Constituição da República).

É claro que não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos.

Exatamente a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social. Tal se mostra particularmente adequado no que diz respeito ao formalismo excessivo, pois sua solução exige o exame do conflito dialético entre duas exigências contrapostas, mas igualmente dignas de proteção, asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias "formais" e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional.

Nessa linha de entendimento, a Corte Européia dos Direitos do Homem em vários pronunciamentos vem proclamando que a Convenção Européia dos Direitos do Homem ostenta por finalidade proteger direitos não mais "teóricos ou ilusórios, mas concretos e efetivos" [32].

---

[30] Assim, Robert Alexy, Teoria de los Derechos Fundamentales, cit., p. 472, endossando entendimento nesse sentido do Tribunal Constitucional Federal alemão. Sobre o ponto, C. A. Alvaro de Oliveira, Do Formalismo, cit., p. 65-66. De observar que um dos valores supremos da ordem constitucional brasileira é a Justiça, como ressaltado no Preâmbulo da Constituição de 1988.

[31] Aspecto sublinhado com grande acuidade por Teori Albino Zavascki, Antecipação de Tutela, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 64-65.

[32] Arestos de 24.7.1968, no caso "lingüístico belga", série A, n° 6, p. 31, §§ 3 in fine e 4; Golder vs. Reino-Unido, de 25.2.1975, série A, n° 18, p. 18, § 35 in fine; Luedicke, Belkacem e Koç, de 28.11.1978, série A, n° 29, p. 17-18, § 41; Marckx, de 136.1979, série A, n° 31, p. 15, § 31, apud Bertrand Fravreau, Aux sources du procès équitable une certaine idée de la qualité de la Justice, in Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 11 e nota 3.

Para a Corte, a efetividade supõe, além disso, que o acesso à justiça não seja obstaculizado pela complexidade ou custo do procedimento. Tal implica que as limitações, sempre deixadas à margem de apreciação dos Estados nacionais, não podem em nenhum caso restringir o acesso assegurado ao litigante de tal maneira que seu direito a um tribunal seja atingido em sua própria substância, devendo ser observada "uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado". Ainda segundo o Tribunal, o litigante não deve ser impedido "de empregar um recurso existente e disponível", proibindo-se todo "entrave desproporcional a seu direito de acesso ao tribunal" [33].

Da mesma forma acentuou o Tribunal Constitucional espanhol que "(...) as normas que contêm os requisitos formais devem ser aplicadas tendo-se sempre presente o fim pretendido ao se estabelecer ditos requisitos, evitando qualquer excesso formalista que os converteria em meros obstáculos processuais e em fonte de incerteza e imprevisibilidade para a sorte das pretensões em jogo" [34].

Também o fator tempo veio a ganhar papel de destaque nesse quadro, ainda mais com a massificação das demandas levadas ao Judiciário e a conseqüente mudança de perfil dos usuários do sistema, a exigir uma solução mais ou menos premente do litígio. Daí a intensificação da tutela cautelar e antecipatória, da chamada jurisdição de urgência, em uma palavra, cujo substrato constitucional se mostra inegável. Também decorre desse imperativo a necessidade de se estabelecerem mecanismos de uma duração razoável do processo e, mais do que isso, da efetiva satisfação do direito reconhecido judicialmente, sem maiores delongas[35].

Por outro lado, a própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida a princípio fundamental da Constituição Brasileira (art. 1°, *caput*), constitui substrato capital para a segurança jurídica, na medida em que salvaguarda a supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais, garantindo o cidadão contra o arbítrio estatal, assegurando ao mesmo tempo elementos fundantes imprescindíveis a qualquer sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, o da divisão de poderes e o da legalidade [36].

---

[33] Arestos Levages Prestations Services vs. França, de 23.10.1996, Recueil, 1996-V, p. 1996-V, p. 1543, § 40, Brualla Gómez de la Torre vs. Agne, de 19.12.1997, § 33, Garcia Manibardo vs. Espanha, de 15.2.2000, apud, apud Bertrand Fravreau, ob. cit., p. 11e nota 8.

[34] Sentença 57, de 8.5.1984, na linha de outros precedentes, como ressalta Francisco Chamorro Bernal, La Tutela, cit., p. 315. Adiante, ob. cit., p. 317, refere que o mesmo tribunal entendeu haver excesso de formalismo na inadmissão de recurso por faltar 360 pesetas num preparo de 327.846.

[35] Oportuna a recomendação de José Rogério Cruz e Tucci, Tempo e Processo, São Paulo, RT, 1997, p.146, passim, quanto à necessidade de serem adotados mecanismos endoprocessuais de repressão à chicana, de aceleração do processo e de controle (jurisdicional) externo da lentidão.

[36] Sobre o ponto, José Afonso da Silva, Curso, cit., p. 103-108, e J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Fundamentos, cit., p. 82-85. Walther J. Habscheid, Droit Judiciaire Privé Suisse, Genève, Librairie de L'Université, 1981, § 50, I, p. 306, tratando da autoridade da coisa julgada, menciona que o Tribunal Federal Constitucional alemão (BverfGE 15, 319) sublinhou que o Estado de Direito tem como tarefa preservar a segurança do direito.

De mais a mais, o desenvolvimento, que se pode julgar excessivo, da penalização da vida social e política exige sejam as regras jurídicas formuladas de maneira simples, clara, acessível e previsível: daí a noção de Estado de Direito e o princípio da segurança jurídica, produtos de desenvolvimentos sociais cada vez mais complexos e de evoluções cada vez mais incertas [37].

Em tal contexto, ganha lugar de destaque o devido processo legal [38] (art. 5°, inciso LIV, da Constituição da República), princípio que exige como corolários a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5°, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5°, *caput*), aí compreendida a paridade de armas [39], o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5°, inciso LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5°, inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 94, inciso IX).

9. À vista do exposto, pode-se concluir que garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir e de uma atenta valoração dos interesses a tutelar. E o que interessa realmente é que nessa difícil obra de ponderação sejam os problemas da justiça solucionados num plano diverso e mais alto do que o puramente formal dos procedimentos e transferidos ao plano concernente ao interesse humano objeto dos procedimentos: um processo assim na medida do homem, posto realmente ao serviço daqueles que pedem justiça [40].

Em suma, com a ponderação desses dois valores fundamentais — efetividade e segurança jurídica — visa-se idealmente a alcançar um processo tendencialmente justo.

Observe-se, finalmente, à vista do caráter essencialmente principiológico dos direitos fundamentais, que só se pode determinar o que se entende por processo justo levando-se em conta as circunstâncias peculiares do caso.

---

[37] Cf. Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, Contentieux Constitutionnel des Droits Fondamentaux, Paris, LGDJ, 2002, p. 703, que ressaltam o emprego substancial desses conceitos tanto pelo juiz constitucional francês quanto pelo juiz ordinário.

[38] Cezar Saldanha de Souza Júnior, em suas aulas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, tem criticado essa forma de expressar a cláusula do due process of law, ao argumento de que law também é direito, propondo seja adotada a fórmula "devido processo de direito". A sugestão certamente é adequada à função do princípio. Todavia, além de a expressão estar consagrada pelo uso, não me parece esteja equivocada a tradução, em vista de que, no seu primeiro emprego no Estatuto do Rei Eduardo III (1354), como informa Kenneth Pennington, The Prince and the Law, 1200-1600 (Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition), Berkeley, University of California Press, 1993, p. 145, nota 95, fazia-se referência expressa à lei: "saunz estre mesne en repons par due proces de lei".

[39] Para a Corte Européia dos Direitos do Homem, "consoante o princípio da igualdade de armas — um dos elementos da noção mais ampla de processo eqüitativo —, deve ser oferecida a cada uma das partes a possibilidade razoável de apresentar sua causa em condições tais que não a coloquem em situação de desvantagem em relação à outra": Assim, v.g., arestos Dombo Beheer B.V vs. Países-Baixos, de 27.10.1993, série A, n° 274, § 33, Bulut v. Áustria, de 22.2.1996, Recueil 1996, II, § 47, Foucher vs. França, de 17.3.1997, § 34, Kuopila vs. Finlândia, de 27.4.2000, apud Silvio Marcus-Helmons, Quelques aspects de la notion d'égalité des armes (Un aperçu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme), in Le procès équitable, cit., p. 68.

[40] Detecta o problema, insere-o na perspectiva constitucional e o resolve nos termos enunciados no texto Nicolò Trocker, Processo Civile e Costituzione — Problemi di Diritto Tedesco e Italiano, Milano, Giuffrè, 1974, p. 734-736.

Prólogo

Augusto Jaeger Junior

Doctorando en Derecho - UFRGS/ Brasil
Becario del DAAD en la Universtität Heidelberg/ Alemania

Con inmensa alegría recibí de la profesora Doctora Nilda Tañski el trabajo Integración de variables en el proceso de elección racional del consumidor para prologar. El presente estudio expone los efectos que producen las decisiones sobre el consumo en la vida cotidiana, cuando dicho consumo se realiza razonando, esto es, cuando el consumidor quiere explotar su canal mental.

Tres conceptos fundamentales se imponen a lo largo del trabajo: elección racional, integración de variables y canal mental. Se interpreta por elección racional el hecho que el consumidor se encuentre en condiciones de saber, y con ello determinar sus ventajas reales o aparentes, acerca de lo que va a consumir, para lograr un máximo aprovechamiento de las cosas que se consumen. Como bien define la autora, es el elegir bien, el aprender a seleccionar los alimentos, los libros y revistas para leer, entre otros bienes de consumo, y que con esta racionalidad se pueda lograr que la selección se oriente a algo más duradero que las comodidades materiales, opción según la cual se podría percibir resultados de inmediato.

Para que la elección sea racional, muchas son las variables que interactuan en dicha elección racional. La primera de ellas es el lenguaje. Las personas que integran una sociedad, básicamente deben ser capaces de comunicarse a través de un lenguaje común. No nos resulta extraño, por lo tanto, el masivo uso de símbolos, que representan convenciones colectivas alusivas a una idea.

Sobre este tema, con el hecho de que actualmente estamos realizando una investigación científica en Alemania, también aprovechamos ese espacio para dar nuestra opinión personal sobre este tema. Luego de nuestra llegada al país, con un vocabulario aun pequeño, no fueron pocas las veces que utilizamos representaciones gráficas para expresar figurativamente lo que deseábamos y esos fueron entonces nuestros símbolos, que con certeza constituyeron nuestro primitivo e inicial lenguaje. Tal es así que, al estudiar una lengua, constatamos la importancia que estos revisten para el traductor que, al encontrarse con una palabra desconocida puede, a través de una fotografía del objeto en cuestión, precisar la palabra a ser traducida.

La segunda variable es la cultura. En esta parte del trabajo, en un análisis sociológico profundo, la autora observa la influencia de la cultura en la decisión de compra de un producto, por un lado, y en la decisión de oferta de un producto nuevo, por otro. Así, se observa que a través de las distintas culturas van variando las actitudes de los consumidores, se van modificando los valores y las preferencias, y que, generalmente, los miembros de una misma cultura tienden a compartir los mismos valores, creencias, costumbres y productos para comprar.

Se analiza luego la cuestión de la constitución estructural del individuo, cuya característica determinante como camino para el uso más profundo del poder de la mente, es el lenguaje corporal. Sobre el uso de este lenguaje corporal como instrumento para el establecimiento de relaciones (una mera mirada, por ejemplo, constituye una parte importante de la comunicación), repasamos nuestros estudios realizados sobre el contacto social, donde fue vista la diferencia entre las consecuencias de la existencia o no de la intención asociativa cuándo de la ocurrencia de procesos inter-humanos, bien como el reflejo positivo de las relaciones que se elevan a un nivel en que puedan ser consideradas relativamente estables, bien como el reflejo negativo de aquellas que no alcanzan tal caracterización, y en consecuencia, se disipan de manera efímera.

La noción de contacto social fue desarollada por el sociólogo alemán Leopold von Wiese, en las primeras décadas del siglo pasado. Según sus estudios, contactos son aquellos procesos (sociales) inter-humanos que generan aproximación o asociación, alejamiento o disociación, pero que no incluyen la aparición de relaciones relativamente estables. Estas, cuando presentes, generan procesos de abordaje, los cuales se diferencian de los procesos de contactos.

La diferencia reside en el hecho de que contactos "son fenómenos de duración relativamente limitada que no manifiestan con claridad la intención asociativa", muchos de los cuales se extinguiran rápidamente. Después de un contacto, puede suceder incluso un largo período de separación entre las personas. Por el hecho de ser establecidos por procesos efímeros, un número infinito de contactos es rápidamente olvidado.

Por otro lado, los contactos pueden resultar en el inicio de procesos asociativos, y son prerequisitos indispensables para tal, llamados procesos de abordaje, cuando a través de ellos se manifiestan claramente intenciones asociativas. Las relaciones estables pueden iniciarse con frases o intercambios de palabras simples. Pero no pueden resumirse en esa comunicación. Para que estos contactos se transformen en asociación definitiva, casi siempre son necesarias repeticiones frecuentes y acumulativas de ellos.

Entonces, los contactos pueden generar situaciones de soledad y aislamiento, cuando no incluyen la aparición de relaciones relativamente estables, o procesos de asociación, cuando las incluyen. Los contactos constituyen objeto de estudio para el sociólogo y más aún para los administradores de empresas, en cuanto analizan relaciones de consumo, solamente cuando son entendidos como eslabones de unión de esas relaciones.

A partir del Capítulo V la autora pasa a desarrollar su teoría del canal mental. Ora brindados con el surgimiento de esta obra, los lectores podran encontrar la propuesta de una nueva visión de consumo, basada en la variable canal mental y que tiene como objetivo cambiar pensamientos tradicionales y estructurados.

Para la transmisión de esa propuesta, se vale la profesora posadeña del estudio de otras variables como información y tecnología, publicidad, los cambios en torno de los consumidores y la energía como comunicación.

La utilización del método propuesto del canal mental es el aprovechamiento de la inteligencia de las personas en el momento de la decisión del consumo, para que esta sea acertada. El resultado esperado más importante es permitir que los consumidores realicen una buena selección. Esta se relaciona con todo lo que el buen uso de la mente puede hacer para otorgarnos una mejor calidad de vida, cuya búsqueda es el objetivo central del método propuesto, así como la obtención de mayor éxito en las acciones a emprender. El método se centra en la evaluación de valores de la capacidad mental del consumidor individual, tales como motivación y percepción, entre otros.

Como bien observa la autora, esta misma inteligencia del individuo, un factor intangible que se relaciona con su capacidad de innovar, de mantenerse en el cambio y de percibir convenientemente, se percibe e también en las organizaciones, donde este criterio (tenido por nosotros como inteligencia emocional) está desplazando el criterio de la administración de los bienes materiales.

Al final del estudio se presenta una investigación cualitativa, para la cual se utilizó entrevistas en profundidad, cuyos resultados son presentados allí detalladamente.

En función de la realidad que actualmente me toca presenciar, es posible identificar en todas esas cuestiones que incluyen variables algunas diferencias con nuestra realidad sudamericana. Obsérvese inicialmente, que en Alemania el consumo esta orientado hacia la satisfacción de necesidades reales más que a las necesidades creadas. Podemos afirmar esto teniendo en cuenta la casi inexistente polución visual en el país. No queremos con eso decir que estamos en contra el consumo, por el contrario, debemos resaltar que del consumo ordenado es importante para el desarrollo y el incremento de la economía, es decir, la circulación de valores es fundamental. Y concordamos con la autora en que el consumo desordenado es perjudicial.

Adentrándonos un poco en la esfera del derecho en los años de mi especialidad, tuve durante estudio en la graduación y el doctorado, profundos contactos con la materia a través de las clases ministradas por la directora de tesis, profesora Dra. Claudia Lima Marques, especialista renombrada sobre el asunto en el ámbito jurídico. De ella escuche en el inicio del año 2003 una comparación entre las realidades jurídicas de Alemania y Brasil con relación a la protección del consumidor.

Hoy Alemania posee un Derecho del Consumidor el cual fue ordenado por las normas de la Unión Europea. Antes de este proceso de recepción, Alemania tenía una protección contractual, donde la idea de contrato era fuertemente protegida, y a partir de esta

protección, se protegía al consumidor. Esto es, la protección al contrato alcanzaba al consumidor. Por fin, las diferencias que pueden ser apuntadas con relación al Brasil son, por ejemplo, que allí hay una protección distinta al consumidor, cuyo fundamento es constitucional, y que en Alemania era la protección contractual la que colocaba al consumidor bajo un manto de protección. Vale resaltar que la Ley Fundamental Alemana no se expresa en cuanto a la protección del consumidor y la Constitución brasileña lo cita de forma expresa.

Otro contacto que tuvimos con esta importante materia fue en la recientemente publicación de nuestro libro Temas de Direito da Integração e Comunitário, São Paulo: LTr, 2002. 262 p., un capítulo titulado "A Diretiva 85/374/CEE em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos". El referido trabajo versa sobre la Directiva relativa a la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentares y administrativas de los Estados-miembros de la Unión Europea en materia de la responsabilidad proveniente de productos defectuosos. Obsérvese, también, que el incremento de las relaciones que incluyen en uno de los polos la figura del consumidor, aumentó la posibilidad de comportamientos lesivos, lo que hizo que la idea de responsabilidad, en ese caso específico la proveniente de productos defectuosos, alcanzase una mayor generalización, propiciando cada vez más estudios sobre el tema, como el presente trabajo que ahora prologamos.

Particularmente siempre sentí una inmensa alegría al trabajar con la profesora Nilda Tañski. A ella tuve el honor de ser presentado por mi profesor del curso de Administración de Empresas Mauro Kreuz, quien actualmente ejerce la vice-rectoría de una importante universidad de São Paulo y la presidencia de la Asociación Nacional de Cursos de Grado en Administración de Empresas (Brasil).

Sea como responsable académica del convenio entre la Universidad Nacional de Misiones (Argentina) y la de Málaga (España), sea como integrante del Consejo Académico de la Especialización en Gestión de Empresas Cooperativas, como directora de innumerables cursos de postgrado, o como profesora doctora y más recientemente como madre, tengo en su persona a un importante referente. Por ella también tuve el honor de ser presentado al profesor porteño Jorge Etkin, de la Universidad de Buenos Aires, reconocido consultor de organizaciones por quién también siento una profunda admiración. Por invitación de ella dicté clases en la Maestria en Administración Estratégica de Negocios en Posadas y en Formosa, y así también participé de algunos tribunales examinadores de tesis, oportunidad en la que pude comprobar su potencial administrativo y organizacional en la conducción de sus importantes trabajos junto a la Universidad Nacional de Misiones.

Aún, en la condición de integrante del Consejo Académico de la carrera de Postgrado en Especialización en Derecho de la Empresa, en la Universidad Nacional de Misiones, tuve nuevos y gratificantes contactos con el pensamiento y la lucidez de raciocinio de la profesora. Deseo, con estas simples palabras, ofrecer mis mas sinceras felicitaciones por este surgimiento literario y augurar un continuado éxito académico para la profesora Dra. Nilda Tañski.

BELGIUM

1 – 2000 – JACOB DE FRADERA, Véra Maria. Cap. Langue et Droit au Mercosur. *Langue et Droit*. (Erik Jayme -org.) Bruxells: Bruylant, 2000, p. 123-140. (***waiting confirmation***)

2 - 2000 – JAEGER JUNIOR, Augusto. Mercosul e a liberdade de concorrência. In: *Boletín Latinoamericano de Competência*. Bruxelas, dez. 2000, n. 11, p. 25-31.(Dr. candidate PPGDIR./UFRGS)

3 - 2000 – LIMA MARQUES, Claudia; STIGLITZ, Gabriel (Argentina). Uruguay: Consumer Protection Act Adopted. *Consumer Law Journal*. Belgium, v. 8, n. 1, 2000, p. 80. (***waiting confirmation***)

4 - 2000 – LIMA MARQUES, Claudia. The Cigarette Industry has the burden of providing the nicotine is not addictive to consumers. *Consumer Law Journal*. Belgium, v. 8, n. 2, 2000, p. 204-205. (***waiting confirmation***)

5 - 2001 – JAEGER JUNIOR, Augusto. Para uma quinta liberdade econômica fundamental. In: *Boletín Latinoamericano de Competência*. Bruxelas, nov. 2001, n. 13, p. 38-49. (Dr. candidate PPGDIR./UFRGS).

6 - 2001 – GUIMARÃES TABORDA, Maren. La Jurisprudence classique romaine et la construction d'un droit des affaires fondé sur la fides. *Revue Internationale des Droits de L'Antiquité*. Bruxelles: , v.XLVIII, n.1, p.151 - 183, 2001

7 - 2002 – JAEGER JUNIOR, Augusto. O novo Código Civil Brasileiro e a reorganização de empresas. In: *Boletín Latinoamericano de Competência*. Bruxelas, oct. 2002, n. 15, p. 53-77. (Dr. candidate PPGDIR./UFRGS)

Mercosul e a Liberdade de Concorrência

Augusto Jaeger Junior[1]

Sumário: Introdução. 1. Mercosul: fases da integração e as liberdades fundamentais. 2. A União Européia e a liberdade de concorrência. 3. O Mercosul e a liberdade de concorrência. 4. Políticas públicas e a liberdade de concorrência. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

Introdução

A presente apresentação se centrará na análise da relação existente entre os auxílios concedidos pelos Estados às empresas próprias, ou outras, e o tratamento dado à liberdade de concorrência em determinados processos de integração.

Pretende, ainda, demonstrar a necessidade da correta utilização das políticas públicas para a garantia da proteção da liberdade de concorrência comercial e os efeitos da utilização incorreta dessas, especialmente quanto ao retardamento do atingimento de tal liberdade e a conseqüente não conformação da fase de mercado comum, um dos objetivos do Tratado de Assunção.

1. Mercosul: fases da integração e as liberdades fundamentais

O fenômeno da integração econômica, ocorrido neste final de século, propiciou a crescente globalização dos mercados mundiais e a formação de blocos regionais atuando entre si, através de um crescente fluxo comercial, com o objetivo de produzir o desenvolvimento dos países, a partir de estímulos econômicos gerados

---

[1] Mestre em Direito Internacional pela UFSC, Brasil, e autor do livro "Mercosul e a livre circulação de pessoas", lançado pela Editora LTr, de São Paulo. É professor da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, *campus* de Santo Ângelo (RS/Brasil), do Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo e da Universidade Luterana do Brasil, *campus* de Canoas. É docente convidado da disciplina de Negócios no Mercosul, do Mestrado em Administração Estratégica de Negócios da Faculdade de Administração, Economia e Negócios da Universidade Nacional de Formosa, República Argentina.

pela criação de um mercado consumidor mais vasto, pelo qual devem fluir, com mais facilidades, os bens produzidos e os serviços executados nos Estados-partes integrados.

Nesse sentido, a integração do Cone Sul tomou força na segunda metade da década de oitenta, principalmente com o retorno dos países ao regime democrático de governo e com a assinatura, em 1988, do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento. Essa nova proposta integracionista culminou com a assinatura, em 1991, do Tratado de Assunção, instituidor do Mercado Comum do Sul (Mercosul) entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Esse documento objetiva a constituição de um mercado comum, estando seus Estados-partes atualmente consolidando a etapa da união aduaneira.

Do exposto no artigo 1°, do Tratado de Assunção, se observa que o objetivo desse processo de integração é constituir um mercado comum, que deveria estar estabelecido até 31 de dezembro de 1994 e que se denominaria Mercado Comum do Sul. A fase de mercado comum enseja a presença das cinco liberdades fundamentais e, ainda, a regulamentação de diversos assuntos necessários para o seu pleno funcionamento.

Porém, tal progresso não foi atingido no prazo previsto. O Protocolo de Ouro Preto, surgido naquela época, em seu Preâmbulo, deixa evidente esse não-atingimento ao expressar a importância dos avanços alcançados até então e implementar uma união aduaneira como etapa para a construção do mercado comum, que implique na presença das cinco liberdades básicas[2], quais sejam, a livre circulação de bens, livre circulação de capitais, livre circulação de pessoas, de serviços, e a análise dessa ponência, a liberdade de concorrência[3]. Essas liberdades permitirão que exista uma integração plena entre as sociedades envolvidas. Na fase do mercado comum é que elas deverão estar conformadas.

---

[2] Alguns autores ainda apresentam as liberdades como sendo apenas quatro, sem incluírem a livre concorrência, motivo pelo qual se suscitam ainda controvérsias doutrinárias. Dentre os que tratam como sendo apenas quatro ver LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. El mercado interior: las cuatro libertades. *In*: RINOLDI LADMANN, Eve (coord.). **Mercosur y Comunidad Europea**, p. 89-93. Dentre os que tratam como sendo cinco ver PAZ, Vânia Beatriz Rey. **Mercosul: a impossibilidade de harmonizar as legislações sindicais**, p. 23 e 27, COSTA, Ligia Maura. A cooperação entre empresas no Mercosul. *In*: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (org.). **O MERCOSUL em movimento**, p. 22 e ainda ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. **Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional**, p. 21 e 25. Ver também sobre concorrência, especialmente na União Européia, *Op. cit.*, p. 25-29, e OLIVEIRA, Odete Maria de. **União Européia: processo de integração e mutação**, p. 251-265. Entretanto, DREYZIN DE KLOR trata a livre circulação de decisões como sendo a quinta liberdade fundamental do MERCOSUL. DREYZIN DE KLOR, Adriana. Hacia la quinta libertad fundamental del Mercosur. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio. (org.). **MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade**, vol. 1, p. 17-29.

[3] Para SILVEIRA, inserida nos princípios gerais fundantes da ordem econômica. SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações**, p. 43.

Presentemente, no que concerne ao progressivo processo econômico de integração, o Mercosul palmilha numa região nebulosa: entre uma zona de livre comércio no seu interior, ainda não totalmente implementada e os primeiros passos para o estabelecimento de uma união aduaneira frente a terceiros países.

Zona de livre comércio é a eliminação, através de um acordo, dos obstáculos tarifários e não-tarifários às exportações e importações comerciais dos produtos originários dos Estados-membros integrantes dessa livre zona. Estabelece-se uma liberdade, mantendo cada um dos Estados sua própria política tarifária com respeito aos terceiros Estados. Não envolve uma Tarifa Externa Comum (TEC). Porém, formulam-se as regras que definem a origem dos produtos comercializados.

A segunda fase da integração econômica é a contemplada por uma união aduaneira que implica, e esta é a sua principal característica diferenciadora, na definição de uma Tarifa Externa Comum (TEC). Ainda que imperfeita, essa fase foi iniciada no Mercosul, em 1° de janeiro de 1995.

O fato de a tarifa externa ser única implica que certos aspectos da política comercial dos Estados-membros da União sejam coordenados, isto é, que haja uma maior coesão entre os parceiros.

Ademais dos estágios anteriores, o mercado comum requer a liberalização não apenas da circulação de bens, mas também de todos os demais fatores de produção, isto é, as pessoas, os serviços e os capitais, para os quais, a partir de então, não existam obstáculos para entrada e saída no interior de cada Estado-membro.

A passagem do período de transição de zona de livre comércio à união aduaneira, como etapas preliminares à última fase de mercado comum, apresenta-se como o momento mais apropriado para fomentar a questão das cinco liberdades.

Durante esse período de transição, devem ser declinados os níveis em que essas liberdades serão realmente implementadas e as condições necessárias para viabilizá-las, além do incremento das políticas macroeconômicas. Nesse sentido, a observação do exemplo da Comunidade Européia, quanto às experiências positivas lá operadas, será pertinente. Reconhece-se, por outro lado, que a liberdade de concorrência constituirá, pela sua própria natureza e abrangência, um desafio permanente ao processo de integração, dependendo, entre outras variáveis, principalmente da vontade política das autoridades dos Estados-partes e dos seus nacionais à sua plena consolidação.

A construção de um espaço integrado de liberdades impõe-se a um mercado comum autêntico. Somente com a conformação da liberdade de concorrência, e das outras, será possível constituir o Mercosul em um verdadeiro mercado comum.

Neste sentido, a defesa do direito "que as empresas têm de, no âmbito de um bloco, serem submetidas às mesmas regras e exigências para que possam competir

em igual condição"[4] é um preceito fundamental para a consagração da terceira etapa da integração econômica.

2. A União Européia e a liberdade de concorrência

Diferentemente do que ocorre no âmbito do Mercosul, onde a matéria trata-se de direito *in fieri*, a hoje União Européia, desde há muito, tem regulada sua disciplina concorrencial. As regras comuns de concorrência, de fiscalidade e de aproximação das legislações compõem o Título V do Tratado de Roma de 25 de março de 1957, alterado pelo Tratado da União Européia (Tratado de Maastricht) de 07 de fevereiro de 1992 e por uma série de Regulamentos.

Segundo o ordenamento comunitário, são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum[5].

Da mesma forma, é incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio nos Estados-membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial desse[6].

No que se refere à interferência dos Estados nas regras de livre concorrência, o ordenamento comunitário normatiza que são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções[7].

Quanto à aproximação das legislações, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta do Parlamento Europeu e do Comitê Econômico e Social, adota diretivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros que tenham incidência direta no estabelecimento ou no funcionamento do mercado comum[8].

---

[4] SILVA NETO, Orlando Celso; MELO, Suzana Soares. Considerações sobre cooperação jurisdicional no âmbito do Mercosul. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Solução de Controvérsias no MERCOSUL**, p. 87.

[5] Artigo 85 do Tratado de Roma.

[6] Artigo 86 do Tratado de Roma.

[7] Artigo 92 do Tratado de Roma.

[8] Artigo 100 do Tratado de Roma.

Vê-se, com tais disposições, a preocupação do legislador comunitário no que diz respeito à possível nefasta interferência dos Estados nas regras de concorrência e, principalmente, a intromissão de elementos meramente políticos nessas.

Ademais dessa ampla legislação, sua estrutura supranacional de decisões dá a aplicação e interpretação necessárias para o cumprimento dos dispositivos comunitários. A eficácia das decisões e a importância do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias para a afirmação da defesa da concorrência em nível comunitário impedem que empresas e governos adotem comportamentos políticos ou econômicos lesivos à concorrência. O Direito Comunitário da livre concorrência é um direito diretamente aplicável a todos os Estados-membros (supranacionalidade), tendo como destinatários diretos e finais, no caso, as empresas.

Ante o exposto, é cabível afirmar que sem a tomada dessas precauções, especialmente o controle sobre os Estados, a consolidação do mercado comum europeu não teria sido possível.

3. O Mercosul e a liberdade de concorrência

O Tratado de Assunção silenciou sobre o regramento da liberdade de concorrência, como um todo, e também quanto às práticas desleais dessa. Tal fato motivou a formulação do Protocolo de Defesa da Concorrência. A Decisão do Conselho Mercado Comum número 18/96, de 17 de dezembro de 1996, não incluiu a cláusula de proibição às ajudas dos Estados, que era a proposta da Argentina. Tal Protocolo, contudo, se encontra em fase de ratificação pelos países, sem qualquer previsão para entrada em vigor. Nem mesmo os países do Mercosul que não têm ordenamentos internos sobre a liberdade de concorrência, o ratificaram, ato que poderia suprir a lacuna do Paraguai e Uruguai.

Tampouco a Comissão Mista de Comércio, órgão intergovernamental com capacidade decisória, criado pelo Protocolo de Ouro Preto, tem, reconhecidamente, aplicado instrumentos de política comercial.

O fato desses países não disporem de legislação específica pode ser observado com bons olhos, pois permitiria uma mais fácil harmonização das legislações de concorrência por, em verdade, não existirem. É pertinente lembrar que os países do Mercosul são, também, membros do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT). Esse Acordo, atualmente em sede de Organização Mundial do Comércio, possui regras concernente à liberdade de concorrência e políticas de subsídios, às quais poderiam ser harmonizadas, coordenadas ou até mesmo coexistir.

O Brasil tem sua disposição concorrencial na Lei nº 8.137/90, que apresenta os atos contrários à ordem econômica como comuns, na Lei nº 8.158/91, que tem por fundamento as normas de defesa da concorrência, e, especialmente, na Lei nº 8.884,

de 11 de junho de 1994, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia e dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Essa Lei é aplicável às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado.

A Argentina dispõe de recente legislação infra-constitucional sobre a matéria, qual seja a Lei de Defesa de Concorrência de 26 de agosto de 1999, que modificou a anterior de número 22.262/80. Instituiu um Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência, uma espécie de Conselho Administrativo de Defesa Econômica deles, para aplicá-la e controlar seu cumprimento. Como deve ser, proíbe o abuso de posição dominante e impede acordos entre firmas que restrinjam, limitem, falseiem ou distorçam a concorrência ou o acesso ao mercado. Estabelece, ainda, quais condutas ou acordos serão proibidos. Define, em seu contexto, o que é posição dominante e concentração econômica.

Mesmo na hipótese de ratificação pelos quatro países do Protocolo, ainda vale lembrar que, diferentemente da União Européia, a estrutura intergovernamental do Mercosul não produz manifestação quanto às garantias de seu cumprimento e tampouco prevalece o princípio da primazia do Direito de Integração. Por tal e outros motivos é que a cada dia se avolumam os doutrinadores internacionalistas regionais simpáticos à criação de um tribunal supranacional para dirimir conflitos no âmbito do Mercosul, assegurando interpretação e aplicação dos dispositivos emitidos pelo bloco, a exemplo da União Européia. Eventuais problemas de descumprimento das regras de concorrência, atualmente são regidos por organismos intergovernamentais, em especial os instituídos pelo Protocolo de Brasília.

Assim, para o atingimento da etapa de mercado comum, imprescindível se faz a presença das cinco liberdades econômicas fundamentais, entre elas a de concorrência. Um sistema de livre concorrência requer que os Estados-partes se abstenham de conceder às empresas subsídios que falseiem, ou ameacem falsear essa liberdade, a produção ou o comércio entre eles.

Nota-se, atualmente, no Brasil, uma preocupação com o assunto da liberdade de concorrência. Veja-se a grande repercussão dos trabalhos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, recentemente observado pela sua atuação na questão da fusão de cervejarias nacionais, e, anteriormente, nas questões que envolveram a marca de produtos de higiene Kolynos[9], a Cervejaria Miller[10] e a questão Gerdau-Pains, entre outras. Ou ainda, no plano internacional, a mídia dada ao caso Microsoft, em seu julgamento, nos Estados Unidos da América, por sua política conjugada de vendas e abuso de posição dominante.

Noutra questão também já surgem discussões. A chegada de provedores de acesso grátis à internet, segundo os proprietários dos provedores onerosos, é flagrante quebra das regras de livre concorrência. Ao contrário, para os primeiros, isto que é, sim, exercício de livre concorrência.

---

[9] Ato de Concentração número 27/95, de 18 de setembro de 1996.
[10] Ato de Concentração número 58/95, de 11 de junho de 1997.

Antes, a retirada do monopólio estatal da exploração do petróleo da empresa Petrobrás pôde ser entendida como uma política governamental de garantias de livre concorrência. Assim agindo, o Brasil abriu este ramo de negócios a outras empresas, antecipando-se à disputa de agentes econômicos para a satisfação da escolha de um cliente ou adquirente de produtos.

4. Políticas públicas e a liberdade de concorrência

Outras políticas eminentemente estatais são nefastas. A título de exemplo, poder-se-ía indicar a guerra fiscal em curso no Brasil, entre as unidades da Federação. Algumas, politicamente mais fortes, mesmo comprometendo suas economias, alcançam a algumas empresas vantagens que as colocam à frente das demais do mesmo ramo e capacidade. Neste sentido, é desmedida a disputa entre empresas umas, e outras que têm como sustentáculo dos seus programas e ações a tutela e o amparo político e econômico de uma entidade pública. A decisão política de um Estado de estender subsídios econômicos que ameacem falsear ou falseiem a concorrência se constitui num grave desvirtuamento das regras dessa liberdade.

A guerra fiscal prejudica o desenvolvimento e desestimula investimentos nacionais e estrangeiros ao criar uma concorrência perversa entre empresas e introduzir elementos políticos nas regras econômicas.

Contra deveria insurgir-se o Estado. Isto é, deveria aplicar o conjunto das regras que têm por objeto sua intervenção na vida econômica para garantir o estabelecimento de empresas, a competição delas no mercado, que esta não seja falseada por meio de práticas nocivas à concorrência, e o correto direcionamento das verbas públicas, o que se entende por promoção da justiça econômica. Mas não o faz. Ocorre que a outros objetos têm servido a tutela estatal. A outorga de subsídios a certas empresas, propiciando-lhes uma injusta vantagem concorrencial sobre as empresas que não se valem de benefícios governamentais, deixa em aberto a pergunta de se tal ingerência é necessária ou nefasta ao direito de concorrência, que precisa ser livre para o atingimento da fase de mercado comum. Veja-se, ainda, o programa de ajuda aos bancos em dificuldades ou outro programa de salvação de empresas quaisquer.

Esse tratamento deixa margem para a proteção estatal ao livre mercado e à observância das regras de concorrência, da forma que se opera, colisionar com a necessária abertura em um processo de integração. Até porque a tutela poderá ferir regras do Direito de Integração.

Todas essas argumentações são feitas fechando os olhos para as situações em que as próprias empresas públicas inibem a concorrência. Em que pese ter havido, nos últimos tempos, um grande número de processos de privatização, durante longa data as empresas estatais se valeram de tratamento diferenciado, concessão de subsídios e outras políticas.

Como se observa, o risco da quebra da liberdade de concorrência é muito maior quando é partícipe o próprio Estado, no momento em que implementa políticas não compatíveis com aquelas.

Da mesma forma, transcendendo essa análise interna, quando um país toma a decisão política de relativizar sua legislação e garantia trabalhista, está dando margem ao estabelecimento, nele, de empresas internacionais em busca de melhores condições econômicas e menores custos. De forma direta, em prejuízo ao trabalhador, este país estará favorecendo a prática de dumping social. A vantagem da desregulamentação trabalhista estará induzindo, em flagrante quebra das regras de concorrência, que deveriam ser baseadas na competitividade ou posição geográfica, por exemplo, empresas a nele se estabelecerem.

No plano das negociações do Mercosul, a determinação de quotas de importação e exportação de determinados produtos fere o princípio da livre concorrência. As quotas são determinações governamentais praticadas durante certo lapso no qual somente um valor ou uma quantidade determinada de um produto poderá ou deverá ser comercializada. Representam, por óbvio, um obstáculo à liberdade de concorrência.

No mínimo o produtor nacional vê seu produto preterido, tendo por base um acordo, na maioria das vezes político, no qual sequer fez parte, tampouco foi representado. No outro pólo, um consumidor que deseje determinado produto que teve sua quota esgotada, não poderá fazer uso de seu direito de escolha.

No ano passado, a Argentina demonstrou não ter se adequado, no prazo previsto, às metas instituídas pelo bloco. Tal inadequação, e a desvalorização do Real frente ao Dólar, decisão política e econômica, fez com que ela se visse obrigada a instituir cláusulas de salvaguarda frente ao Brasil, especialmente para os setores de calçados, frangos, têxteis e regime automotivo. Tal medida quase desencadeou o rompimento do Acordo Mercosul.

A desvalorização do Real provocou desmedida concorrência entre empresas brasileiras e argentinas, essencialmente em dois aspectos: o volume de exportações de produtos brasileiros para o referido país e a importação de empresas inteiras em curso entre Argentina e Brasil, ambos em favor desse último. Acontecimento como esse é bom para o Brasil, em análise isolada e não exaustiva. Mas, sistematicamente, devido ao descompasso provocado no crescimento econômico, ruim para o processo de integração.

Quanto à imposição de cláusulas, no Brasil, assim também procedeu o Estado de São Paulo. Em referido momento o atual governador criou salvaguardas para proteger seu Estado contra a guerra fiscal.

Considerações Finais

Haja visto o exposto, pretendeu-se evidenciar aspectos da influência das decisões políticas e das vantagens econômicas públicas oferecidas a determinados entes empresariais, públicos ou privados, nacionais ou internacionais, por entidades públicas dos ou pelos próprios Estados-partes do Mercosul, nas regras da liberdade de concorrência.

Como por exemplo a citada desregulamentação das regras trabalhistas, a concessão de subsídios que falseiem, ou ameacem falsear a concorrência e o comércio, e a iminente possibilidade da prática de dumping social pelos países do bloco Mercosul. Ou também por decisões políticas e auxílios financeiros, fiscais e orçamentários, prejudiciais à livre concorrência e causadores de impedimentos ao atingimento da fase de mercado comum. E, conseqüentemente, ao avanço do principal bloco econômico que fazemos parte a essa etapa posterior.

Então, conclui-se dizendo que:

1. Os Estados têm, como uma de suas funções, o dever de garantir a liberdade de concorrência comercial. Para tal, valem-se dos mecanismos que estão à disposição deles. Ocorre que essa função dos Estados tem sido utilizada com outras finalidades;

2. Tais práticas, da forma que são manifestadas, desvirtuadas de seus objetivos, muitas vezes fundadas em decisões meramente políticas, não cumprem os objetivos de disciplinar a concorrência;

3. Ante a isso, não se conforma a necessária liberdade de concorrência, imprescindível de assim estar para o atingimento da terceira e última fase do processo de integração do Mercosul;

4. Faz-se necessário, no território compreendido pelo Mercosul, a ratificação da Decisão/CMC nº 18/96, conhecida como Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul, da Decisão/CMC nº 20/94, sobre políticas públicas que distorcem a competitividade, e da Decisão/CMC nº 21/94, também sobre defesa da concorrência, uma vez que o assunto não foi considerado no Tratado de Assunção, e o surgimento de ordenamentos internos que redirecionem a atuação dos Estados no cumprimento de seus deveres de regular e garantir a liberdade de concorrência, entendendo ser esta um dos pilares fundamentais à concretização do Mercosul, quando do atingimento da fase de mercado comum;

5. Outrossim, entende-se necessário adequar ao conhecimento a ser buscado a experiência da integração da União Européia, porque similar, porém, em dimensão reconhecidamente menor, mas pertinente ao processo de integração do Mercosul.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional*. Curitiba: Juruá, 1996. 159 p.

CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 252 p.

COSTA, Ligia Maura. A cooperação entre empresas no Mercosul. *In*: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (org.). *O MERCOSUL em movimento*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 21-38.

DECISÃO do Conselho Mercado Comum n. 20/94.

DECISÃO do Conselho Mercado Comum n. 21/94.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito Internacional Privado: abordagens fundamentais, legislação, jurisprudências*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 247 p.

DREYZIN DE KLOR, Adriana. Hacia la quinta libertad fundamental del Mercosur. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *MERCOSUL no cenário Internacional: Direito e Sociedade*. v. 1. Curitiba: Juruá, 1998. p. 17-29.

FARIA, Werter R. *Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. 144 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Mercosul: a exclusão do cidadão nos processos de constituição e integração. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *MERCOSUL no cenário internacional: Direito e Sociedade*, v. 2, p. 9-17.

_____. *Mercosul e a livre circulação de pessoas*. São Paulo: LTr, 2000. 190 p.

LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. El mercado interior: las cuatro libertades. *In*: RINOLDI LADMANN, Eve (coord.). *Mercosur y Comunidad Europea*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. p. 89-93.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Defesa da concorrência e supranacionalidade. *In*: *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex, a. 3. v. 1. n. 31, 1999. p. 48-49.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *União Européia: processos de integração e mutações*. Curitiba: Juruá, 1999. 486 p.

PAZ, Vânia Beatriz Rey. *Mercosul: a impossibilidade de harmonizar as legislações sindicais*. Curitiba: Juruá, 1999. 152 p.

PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade*. Curitiba: Juruá, 1998. 2 v.

PROTOCOLO de Brasília, de 17 de dezembro de 1991.

PROTOCOLO de Defesa da Concorrência no Mercosul, Decisão/CMC n. 18/96, de 17 de dezembro de 1996.

PROTOCOLO de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994.

RINOLDI LADMANN, Eve (coord.). *Mercosur y Comunidad Europea*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. 235 p.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 164 p.

RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. *El Mercosur, marco juridico institucional, analisis y perspectivas de sus normas derivadas*. Asunción: Intercontinental, 1993. 198 p.

_____. *Mercosur: Integración y Derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998. 733 p.

SILVA NETO, Orlando Celso; MELO, Suzana Soares. Considerações sobre cooperação jurisdicional no âmbito do Mercosul. *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 81-111.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*. São Paulo: LTr, 1998. 317 p.

STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: LTR, 1996. 222 p.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *O MERCOSUL em Movimento*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. 172 p.

Para uma Quinta Liberdade Econômica Fundamental

Augusto Jaeger Junior*

Sumário: 1. Introdução; 2. Fases dos processos de integração: conceitos e características; 3. Liberdade de concorrência como a quinta liberdade fundamental; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo versará sobre a liberdade de concorrência. Alguns autores que estudam processos de integração posicionam esta liberdade no rol das liberdades fundamentais características da fase de mercado comum. Contudo, outros não a incluem, indicando serem aquelas somente quatro. Há também quem entenda que outras liberdades, diversas das cinco que serão indicadas, fazem parte desta importante enumeração.

Para atingir o objetivo de levantar essas posições, o trabalho será apresentado em duas partes. A primeira indicará as fases que os processos mais promissores devem, gradualmente, atingir, bem como qual, dentre elas, enseja a presença das liberdades fundamentais. No segundo e último tópico, serão vistas quais são as liberdades apontadas pela doutrina como integrantes deste seleto grupo, e serão indicados alguns autores silentes para com a liberdade de concorrência, ao menos ao tempo da publicação das obras consultadas, e outros que já se manifestavam pela consideração de outras liberdades além das clássicas.

---

* Doutorando em Direito pela UFRGS e Mestre em Direito Internacional pela UFSC, Brasil. Bolsista da CAPES. Foi docente convidado da disciplina de Negócios no Mercosul, do Mestrado em Administração Estratégica de Negócios da Faculdade de Administração, Economia e Negócios da Universidade Nacional de Misiones, Posadas, Argentina.

Entender-se-á por liberdade de circulação de bens esta própria e a de mercadorias, em que pese se reconheça as grandes diferenciações doutrinárias entre elas. Ambas são, portanto, entendidas como uma só liberdade para cômputo nesse. Da mesma forma, apesar de se entender pelo conceito de pessoas os indivíduos capazes de direitos e obrigações, homem ou mulher e, como trabalhadores, a classe de pessoas que exerce atividade econômica assalariada em virtude de um contrato de trabalho, mediante o pagamento de uma remuneração, utilizar-se-á, neste estudo, os dois conceitos encontrados na doutrina como referidos a uma única livre circulação de pessoas.

Ao final do artigo, pretende-se analisar se é possível, com segurança, determinar ser a liberdade de concorrência a quinta liberdade fundamental dos processos de integração que envolvem a fase de mercado comum, em especial a União Européia e o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), processos mais presentemente analisados, cujas configurações vão acompanhar toda a matéria exposta, e, por tal, referenciais para a leitura deste ensaio.

A seguir, serão vistos os modelos de integração mais difundidos entre os processos em curso. Dentre eles, um é fruto de gradual e progressiva evolução, qual seja o de mercado comum, e é neste que se fazem presentes as chamadas liberdades econômicas fundamentais.

2. Fases dos processos de integração: conceitos e características

No presente tópico, ver-se-á uma rápida conceituação de integração econômica, em particular a regional, e quais os desenhos mais próprios dos modelos desejados pelos processos de integração conhecidos. Ainda, dentre os desenhos, será indicado aquele que a doutrina aponta como ensejador da presença das liberdades fundamentais.

No MERCOSUL, por exemplo, o desenho final a ser atingido é o de mercado comum. A União Européia, por sua vez, com a entrada em vigor da moeda comum, o Euro, alcançou um estágio superior de integração econômica e monetária.

Segundo FARIA, "Pode-se falar de dois tipos de integração na economia moderna: a integração *internacional* e a integração *regional*. O primeiro termo é mais genérico, empregando-se usualmente para descrever características e tendências da economia capitalista global, impulsionada pela *interação* e pela *interdependência* (...). Diferentemente, a integração regional (...) surge como resultado de acordos políticos entre países geograficamente próximos, com vistas à obtenção das vantagens típicas do processo"[1].

RUIZ DÍAZ LABRANO entende que a integração econômica propriamente dita é

[1] FARIA, José Ângelo Estrella. O Mercosul: princípios, finalidades e alcance do Tratado de Assunção, p. 25-26.

"o *status* jurídico no qual os Estados entregam, cedem ou trasladam alguma de suas prerrogativas soberanas com o fim de construir uma área dentro da qual, pela eliminação das barreiras, circularão livremente as pessoas, os bens, os serviços e os capitais, mediante a harmonização das políticas correspondentes e sob uma égide supranacional"[2].

GARRÉ COPELLO apresenta um conceito econômico de integração, que "refere-se ao processo mediante o qual dois ou mais países procedem a abolição, gradual e imediata, das barreiras discriminatórias existentes entre eles com o propósito de estabelecer um só espaço econômico"[3]. Assim, um projeto de integração visa constituir um todo com partes, um espaço econômico ampliado, no qual a interdependência se faça presente, cujo efeito em um participante se processa nos outros, visando um propósito comum.

O autor ainda se reporta à modificação ocorrida no conceito de integração atualmente em vigência na América Latina, pelo qual "O critério fortemente comercialista das décadas anteriores cedeu seu lugar a um conceito mais amplo que, além das políticas comerciais, compreende a coordenação progressiva de políticas macroeconômicas, a complementação produtiva e a cooperação tecnológica, os esforços com vistas a projetos comuns em matéria de investimentos, a colaboração financeira, o impulso conjunto ao transporte e às comunicações em todos os campos, e outros aspectos da integração"[4].

Mais precisamente, o tipo de integração econômica regional pode apresentar-se sob desenhos diferenciados, denominados de zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica e monetária e integração econômica total. Para alguns autores, esses modelos ou graus de integração dividem-se em três grupos básicos: zona de livre comércio, união aduaneira e mercado comum. A maioria dos organismos de integração elege uma dessas formas como seu objetivo final. Outros ainda apresentam um tipo intermediário de zona de preferência na evolução desse processo.

Assim, em 26 de março de 1991, "como resultado de intensas negociações levadas a cabo durante os meses precedentes, os Presidentes da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai puderam firmar o Tratado de Assunção, que passou a reger as relações econômico-comerciais dos quatro países no regime transitório 1991/1994, antecedendo à plena conformação do Mercado Comum do Sul. O MERCOSUL constitui assim uma resposta criativa à nova dinâmica das economias nacionais e internacional, uma vez que o esgotamento

---

[2] RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. Mercosur: Integración y Derecho, p. 60.
[3] GARRÉ COPELLO, Belter. El Tratado de Asunción y el Mercado Común del Sur: los megabloques económicos y América Austral, p. 20.
[4] Idem, p. 29.

das políticas substitutivas levou obrigatoriamente à necessidade de encontrar novas formas de inserção econômica externa"[5].

Em suma, o Mercado Comum do Sul, um organismo internacional, caracteriza-se através do modelo de integração econômica regional e define seu objetivo final na consolidação de um mercado comum, após o gradual vencimento de duas outras fases iniciais.

É conveniente, tendo em vista constituírem as etapas da evolução progressiva do MERCOSUL (processo tomado como referencial para a leitura que vem a seguir), antes do seguimento deste estudo, abordar-se noções dessas fases, encontrando-se já praticamente consolidadas no processo de integração européia, que atualmente adentrou na etapa da União Econômica e Monetária com a implantação da moeda comum: o euro.

Zona de livre comércio[6] é a eliminação, através de um acordo, dos obstáculos tarifários e não-tarifários às exportações e importações comerciais dos produtos originários dos Estados-membros integrantes desta livre zona. Estabelece-se uma liberdade, mantendo cada um dos Estados sua própria política tarifária com respeito aos terceiros Estados[7]. Não envolve uma Tarifa Externa Comum (TEC). Porém, formulam-se as regras que definem a origem dos produtos comercializados.

É o estágio mais elementar da integração econômica e tem como exemplos a Associação Européia de Livre Comércio (EFTA), a integração Austrália-Nova Zelândia e o Acordo Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA). Para RUIZ DÍAZ LABRANO, é "um esquema básico de integração"[8]. Ocorrem, tais zonas, normalmente em regiões fronteiriças e são "alargamentos internacionais consensuais, das chamadas 'zonas francas' (...)"[9]. Zona de livre comércio, segundo VACCHINO, parafraseando BELA BALASSA, é o "processo de supressão de diferentes esferas de obstáculos e discriminações entre as economias nacionais participantes e suas respectivas unidades econômicas"[10].

Presentemente, no que concerne ao progressivo processo econômico de integração, o MERCOSUL se encontra numa região nebulosa: entre uma zona de livre comércio no seu

---

[5] ALMEIDA, Paulo Roberto de. Mercosul no contexto regional e internacional, p. 79.

[6] OLESTI RAYO fornece um exemplo esclarecedor de seu conceito: "Um produto exportado por uma empresa do Estado X ao Estado A pagará uma tarifa de aduana diferente daquela que se tenha que pagar no país B ou no país C. Ao contrário, não haverá nenhuma tarifa de aduana no intercâmbio comercial entre os Estados A, B e C". OLESTI RAYO, Andreu; DEL RÍO PASCUAL, Amparo. Las libertades Comunitarias (I). In: ABELLÁN HONRUBIA, Victoria; VILÀ COSTA, Blanca (dirección). Lecciones de Derecho Comunitario Europeo, p. 174.

[7] Conforme as diretrizes do artigo XXIV, nº 8, al. b, do GATT.

[8] RUIZ DÍAZ LABRANO, R. Op. cit., p. 60.

[9] CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes; CHIARELLI, Mateo Rota. Integração: direito e dever, p. 53.

[10] VACCHINO, Juan Mario. Integración Latinoamericana: de la Alalc a la Aladi, p. 54.

interior, ainda não totalmente implementada e os primeiros passos para o estabelecimento de uma união aduaneira frente a terceiros países. O Mercado Comum do Sul ainda não completou o estágio de zona de livre comércio em razão da pendência das listas de exceção estabelecidas pelos Estados-partes quando pactuado o Tratado. As listas de exceção deverão ser paulatinamente abolidas de acordo com cronograma previamente estabelecido.

Em suma, atualmente, há uma zona de livre comércio que não completou sua evolução, mas o processo do MERCOSUL já avançou em sua próxima etapa de união aduaneira de modo prematuro, que está em implantação[11]. Como se vê, os objetivos do Tratado de Assunção estão sendo implementados inadequadamente.

A segunda fase da integração econômica é a contemplada por uma *união aduaneira*[12] que implica, e esta é a sua principal característica diferenciadora, na definição de uma Tarifa Externa Comum (TEC)[13]. Ainda que imperfeita, essa fase foi iniciada no Mercosul, em 1º de janeiro de 1995.

Cada etapa, observa FARIA, "compreende a anterior e mais algum aspecto, pelo que elas compõem uma escala de intensidade crescente"[14]. Completa CASELLA: "exigências estruturais crescentes e cumulativas vão sendo colocadas"[15]. Nesse sentido, cada passo é sempre acrescido de um grau mais intenso e complexo de integração econômica. A união aduaneira, além do já atingido pela zona de livre comércio, estabelece uma TEC, ou pauta aduaneira comum[16], na qual os produtos provenientes de terceiros Estados se subordinam, independentemente por qual Estado da União seja introduzida a mercadoria.

OLESTI RAYO, para quem, nessa fase, os Estados criam um "cordão exterior", traz um exemplo esclarecedor: "Um produto proveniente do país X pagará as mesmas tarifas mesmo que se introduza pelo Estado A, B, ou C, já que os três têm a mesma tarifa externa

---

[11] CASELLA, Paulo Borba. Mercosul: exigências e perspectivas, p. 43.

[12] Este assunto, no ordenamento europeu, está disposto no artigo 9º, do TCE, e nos artigos 18 a 29, do mesmo diploma.

[13] A TEC foi adotada em 1994, durante a Conferência de Ouro Preto, através da Resolução 22/94, do Conselho Mercado Comum. ALMEIDA, P. R. Mercosul: fundamentos e perspectivas, p. 149. Tarifas, para FARIA, "são tributos cobrados sobre o valor de uma mercadoria na sua importação ou exportação, sem que um tributo correspondente incida sobre as mercadorias nacionais, pelo que impostos de importação ou de consumo (impostos indiretos) não se incluem na mesma categoria, eis que incidem também sobre o produto nacional". FARIA, J. A. E. Op. cit., p. 28.

[14] Idem, p. 25.

[15] CASELLA, P. B. Op. cit., p. 34.

[16] FARIA, J. A. E. Op. cit., p. 27. Ver também CARVALHO, Isabel Maria Felgueiras T. Circular Livremente na Europa: as mercadorias, as pessoas e as empresas, p. 53-59.

comum. Evidentemente, tal como ocorria com a zona de livre comércio, o intercâmbio intrazonal não está sujeito ao pagamento de tarifas"[17].

De acordo com o artigo 5°, do Tratado de Assunção, a TEC é um dos principais instrumentos para a constituição do mercado comum, a última fase prevista para o MERCOSUL. Assim, "a partir do momento em que os Estados-Partes aceitaram a livre circulação não só dos produtos originários de qualquer um deles, mas ainda de produtos importados de terceiros Estados, ao concordarem com a tarifa externa comum, perderam a faculdade de negociar acordos comerciais e de tentar controlar o seu convênio externo através dos instrumentos tradicionais. Consequentemente, cada Estado renuncia a uma política comercial externa autônoma, o que implica na necessidade de elaborar uma política comercial comum, aos cuidados da Comissão de Comércio do MERCOSUL"[18].

O fato da tarifa externa ser única implica que certos aspectos da política comercial dos Estados-membros da União sejam coordenados, isto é, que haja uma maior coesão entre os parceiros[19].

Ademais dos estágios anteriores, o *mercado comum* requer a liberalização não apenas da circulação de bens, mas também de todos os demais fatores de produção, isto é, as pessoas, os serviços e os capitais, para os quais, a partir de então, não existam obstáculos para entrada e saída no interior de cada Estado-membro. Essa fase representa o momento apropriado no qual devem ocorrer as supressões das barreiras aos intercâmbios dos referidos fatores. É a fase do processo de integração que prevê as liberdades fundamentais como meta fundamental. O mercado comum também implica em coordenação de políticas macroeconômicas, além de outras políticas.

Na fase do mercado comum poderá ser observada a presença das liberdades básicas. Essas liberdades permitirão que exista uma integração plena entre as sociedades envolvidas. Segundo FARIA, ao mercado comum é "indispensável uma administração permanente"[20] e

---

[17] OLESTI RAYO, A.; DEL RÍO PASCUAL, A. Las libertades Comunitarias (I). In : ABELLÁN HONRUBIA, V.; VILÀ COSTA, B. (dirección). Op. cit., p. 175.

[18] ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. Mercosul e a União Européia: estrutura jurídico-institucional, p. 64. Neste mesmo sentido FARIA, para quem os Estados "perdem a faculdade de condução unilateral de sua política comercial para com terceiros países, enquanto permanecerem na união". FARIA, J. A. E. Op. cit., p. 38.

[19] Para SANTOS "A criação de uma Tarifa Externa Comum por si só não determina o estabelecimento da união aduaneira. É preciso o estabelecimento de mecanismos e órgãos encarregados de gerenciamento de uma política comercial comum, frente a terceiros Estados, e outros Blocos Econômicos". Ainda, segundo o autor, a TEC foi criada pelo Protocolo de Ouro Preto. SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Mercosul e arbitragem internacional comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades, p. 104.

[20] FARIA, J. A. E. Op. cit., p. 40.

para RUIZ DÍAZ LABRANO se caracteriza por uma "aproximação legislativa"[21], embora não haja um rol de atividades precisas, "que a ausência de uma ou a substituição por outra, levaria a tirar-lhe a identidade"[22].

Assim, do próprio Tratado de Assunção se observa que o MERCOSUL deseja a construção de um espaço economicamente integrado sob a forma de um mercado comum, etapa prevista para depois do ano 2006[23]. Para tal, é imprescindível a conformação das liberdades fundamentais.

Na União Européia, o mercado comum, criado pelos Tratados constitutivos, já está consolidado. Com a vigência do Tratado do Ato Único Europeu (TAUE), foi elevado à categoria de mercado interior único[24], outro desenho do processo de integração, com a eliminação de todo e qualquer obstáculo às liberdades fundamentais. Porém, o atingimento deste patamar se procedeu de forma progressiva, durante quase vinte e cinco anos[25].

Aqui, o atingimento da fase de mercado comum está diretamente relacionado com o sucesso do MERCOSUL.

Por fim, observa-se que a fase do mercado comum é o ambiente natural para se fazerem presentes as cinco liberdades básicas, quais sejam estas, segundo a visão que aqui se busca concluir, a livre circulação de bens, capitais, trabalhadores, livre circulação de serviços, e livre concorrência.

O segundo tópico dará ênfase ao tema da liberdade de concorrência. Resta saber se a liberdade em voga é uma das liberdades fundamentais, o que será visto a seguir, a partir da enumeração e classificação doutrinária de vários autores.

3. Liberdade de concorrência como a quinta liberdade fundamental

Partindo do consagrado e unânime entendimento que é na fase de mercado comum que se encontra o ambiente propício para o desenvolvimento das liberdades econômicas

---

[21] RUIZ DÍAZ LABRANO, R. Op. cit., p. 62.

[22] CHIARELLI, C. A. G.; CHIARELLI, M. R. Op. cit., p. 60.

[23] ALMEIDA, E. A. P. Op. cit., p. 29.

[24] OLESTI RAYO, A.; DEL RÍO PASCUAL, A. Las libertades Comunitarias (I). In: ABELLÁN HONRUBIA, V.; VILÀ COSTA, B. (dirección). Op. cit., p. 176. Ver também FARIA, J. A. E. Op. cit., p. xii e COMUNIDADES Europeias: Comissão. Europa: perguntas e respostas, p. 87-99. Sobre essa modificação no nome da fase de integração e sobre o momento vivido pela integração européia, LIÑÁN NOGUERAS observa que "Há opiniões relevantes que chegaram a dizer que se trata do fenómeno mais importante deste século, mas outros grandes juristas e comunitaristas dizem que estamos ante uma reformulação do que era o mercado comum nos tratados constitutivos das CE.". LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. El mercado interior: las cuatro libertades. In: RINOLDI LADMANN, Eve (coord.). Mercosur y Comunidad Europea, p. 90.

[25] BABACE, Héctor. La libre circulación de los trabajadores en el Mercosur. In: VÁZQUEZ, M. Cristina et alli. Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur, p. 117.

fundamentais, o tópico iniciado agora pretende ver quais são, singularmente, as liberdades adjetivadas com esta importância. Para tanto, o trabalho enumerará autores que não incluem a liberdade de concorrência neste seleto grupo, autores que entendem ser este conjunto formado por cinco liberdades básicas, sendo a quinta a objeto deste ensaio, e autores terceiros que incluem outras singulares liberdades entre as consideradas fundamentais à fase de mercado comum dos processos de integração.

Bem ao final, determinar-se-á se é possível afirmar categoricamente que a liberdade de concorrência é a quinta liberdade fundamental, e se, em verdade, são elas em número de cinco, o que é condição principal para se confirmar a primeira hipótese.

Alguns autores apresentam as liberdades como sendo apenas quatro, sem incluírem a livre concorrência, motivo pelo qual se suscitam, ainda, constantes controvérsias doutrinárias. As liberdades apontadas pela doutrina como clássicas, onde quase já não há mais controvérsias, são a livre circulação de pessoas[26], livre circulação de bens[27], livre circulação de serviços e livre circulação de capitais.

As referidas classificações a seguir encontram-se em inúmeras obras, se constituindo num assunto vastamente pesquisado por todos os doutrinadores da integração. Entre estes, a renomada integracionista Odete Maria de OLIVEIRA aduz que o mercado comum trata-se "de uma zona de livre comércio e de uma união aduaneira que permitam a livre circulação de fatores e serviços nos Estados-Membros, isto é, a liberação de bens, capitais, serviços e pessoas, com a eliminação de toda forma de discriminação. Constitui, o mercado comum, uma das formas complexas de integração econômica. Além de avançar em direção à liberação dos fluxos comerciais, dirige-se à plena liberdade de circulação de bens, pessoas, serviços e capitais, imprimindo dinâmica e singular mobilidade ao processo, o que requer medidas de destacada condução política de harmonização às condições desiguais dos Estados-Membros"[28]. Contudo, ainda que sem incluir a concorrência como liberdade necessária, a autora reconhece que a liberdade de concorrência, ao menos à União Européia, trata-se de uma política comum *fundamental*[29].

---

[26] Vale lembrar que na Introdução deste artigo se fez a ressalva de que a livre circulação de trabalhadores também está incluída nesta classificação. Para aprofundamento do assunto, indica-se a obra de JAEGER JUNIOR, Augusto. MERCOSUL e a livre circulação de pessoas.

[27] Da mesma forma se fez a ressalva de que a livre circulação de mercadorias também está incluída nesta classificação. Para aprofundamento do assunto, indica-se a obra de GOBBO, onde foi trabalhada a conceituação dos termos mercadorias e bens, através de análise da doutrina civilística e comunitária européia, e a controvérsia doutrinária sobre quais são os (bens ou mercadorias) livres para circular num processo de integração. GOBBO, Edenilza. MERCOSUL e a livre circulação de mercadorias, em especial a p. 27.

[28] OLIVEIRA, Odete Maria de. União Européia: processo de integração e mutação, p. 38.

[29] Idem, p. 251.

FORTE, por sua vez, em pensamento muito próximo, também considera serem as liberdades fundamentais em número de quatro[30], e posiciona o estudo da concorrência em seu livro em tópico chamado de "A política de concorrência e as respectivas regras"[31].

RUIZ DÍAZ LABRANO observa que "O mercado comum se constitui por meio de uma área de livre comércio entre os Estados membros, uma tarifa externa comum e ademais pela supressão das barreiras aos intercâmbios de fatores para a produção: pessoas, bens, serviços e capitais. Se caracteriza, ainda, pela coordenação das políticas macroeconômicas e a aproximação legislativa"[32].

FARIA, por sua vez, em obra pioneira, datada dos primórdios do MERCOSUL, explicita que "Um *mercado comum* constitui a forma mais avançada e complexa de integração econômica, essencialmente porque não visa apenas à liberação dos fluxos comerciais, mas sim à plena liberdade de circulação de bens, pessoas, serviços e capitais"[33].

Como se pode depreender, todos os clássicos e renomados autores acima citados ou não se manifestam quanto à liberdade de concorrência, ou não estão convencidos de sua classificação como liberdade fundamental, ou ainda não tinham esse pensamento no momento da edição de suas obras. Podem, também, entender que as liberdades econômicas fundamentais são em número restrito a quatro, e ser a liberdade de concorrência uma política comunitária.

Neste mesmo sentido a publicação oficial das Comunidades Européias[34], ALMEIDA[35], BASSO[36], CARVALHO[37], CASELLA[38], MENEM[39], NORRIS[40],

---

[30] FORTE, Umberto. União Européia: Comunidade Econômica Européia (Direito das Comunidades Européias e harmonização fiscal), p. 16, 25 e, especialmente, 123.
[31] Idem, p 133-137.
[32] RUIZ DÍAZ LABRANO, R. Op. cit., p. 62.
[33] FARIA, J. A. E. Op. cit.
[34] COMUNIDADES Europeias: Comissão. Op. cit., p. 87, e COMUNIDADES Europeias: Comissão. A livre circulação de pessoas na Comunidade Europeia, p. 5.
[35] ALMEIDA, P. R. Mercosul: fundamentos e perspectivas, p. 13.
[36] BASSO, Maristela. Apresentação. In: BASSO, Maristela (org.). Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros, p. 19.
[37] CARVALHO, I. M. F. T. Op. cit., p. 54.
[38] CASELLA, P. B. Op. cit., p. 34, e Direito da Concorrência na UE e no Mercosul. In: BAPTISTA, L. O.; MERCADANTE, A. A.; CASELLA, P. B. Op. cit., p. 343.
[39] MENEM, Carlos Saúl. ¿ Qué és el Mercosur ?, p. 190.
[40] NORRIS, Roberto. Contratos coletivos supranacionais do trabalho e a internacionalização das relações laborais no Mercosul, p. 39.

FARIA[41], LEBEDICH SICHIK[42], OLESTI RAYO[43], SANTOS[44], SARDEGNA[45], SEITENFUS[46], e LIÑÁN NOGUERAS, que escreve que "O mercado comum não era nem mais nem menos que o conjunto dessas quatro liberdades"[47].

Sobretudo, em particular no caso do MERCOSUL, é importante ressaltar que o Tratado de Assunção se manteve em silêncio sobre a inclusão explícita desta liberdade no artigo 1°. Contudo, devido à importância do tema, vagamente a incluiu dentre as políticas macroeconômicas e setoriais que têm por finalidade assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-partes, e destinou um artigo próprio para a concorrência comercial, que é o 4°.

O silêncio do documento marco inibe os autores a incluírem a liberdade de concorrência no rol das fundamentais, especialmente aqueles que simplesmente comentam o que o Tratado dispõe. Mesmo assim, em algum momento, invariavelmente, suas obras tratam da questão da concorrência, ainda que sem considerá-la liberdade fundamental, e quase sempre quando escrevem sobre as políticas macroeconômicas e setoriais implicadas pelo mercado comum.

Em posição que pode ser entendida como intermediária, ALMEIDA afirma que "A etapa seguinte a ser percorrida pelo Mercosul é a da implantação do mercado comum, caracterizado pela livre circulação dos fatores de produção, capital e trabalho, que ensejará, por conseguinte, o livre estabelecimento e a livre prestação de serviços pelos seus nacionais. Esse mercado compõem-se de das quatro liberdades que o regem: a livre circulação de bens, serviços, pessoas e capitais"[48].

Observe-se que a autora não faz referência à liberdade de concorrência. Contudo, mais adiante, ao falar da União Européia, ela volta a afirmar que "Por ser o mercado comum europeu um mercado concorrencial, como bem exposto no artigo 3° do TUE, que, dentre os objetivos elencados, prevê, em sua alínea 'g', 'um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno', alguns autores incluem a *concorrência* como sendo a quinta liberdade do mercado comum"[49], passando ela a

---

[41] FARIA, Werter R. A institucionalização do Mercosul. *In*: PIMENTEL, Luiz. Otávio. (org.). MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade, v. 2, p. 383.

[41] FARIA, Werter R. A institucionalização do Mercosul. *In*: PIMENTEL, Luiz. Otávio. (org.). MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade, v. 2, p. 383.

[42] LEBEDICH SICHIK, Jorge Mario. A livre circulação de trabalhadores no Mercosul: possibilidade jurídica de implementação, p. 10.

[43] OLESTI RAYO, A.; DEL RÍO PASCUAL, A. Las libertades Comunitarias (I). In: ABELLÁN HONRUBIA, V.; VILÀ COSTA, B. (dirección). Op. cit., p. 176.

[44] SANTOS, R. S. S. Op. cit., p. 77.

[45] SARDEGNA, Miguel Angel. Las relaciones laborales en el Mercosur, p. 33.

[46] SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. Manual das organizações internacionais, p. 217.

[47] LIÑÁN NOGUERAS, D. J. El mercado interior: las cuatro libertades. In: RINOLDI LADMANN, Eve (coord.). Op. cit., p. 90.

[48] ALMEIDA, E. A. P. Op. cit., p. 21.

[49] Idem, p. 25.

falar em "As quatro ou cinco liberdades que compõem o Mercado Comum Europeu"[50].

Por óbvio, a compreensão de que a liberdade de concorrência é a quinta, enseja o pressuposto de que as liberdades econômicas fundamentais são em número de cinco. E alguns dos autores que pensam assim serão trazidos a seguir.

PUGLIESI ensina que "constitucionalistas norte-americanos, com base na 'free comerce clause' da sua Constituição, desenvolveram o que a doutrina tem chamado de cinco liberdades (...)", sendo a quinta a liberdade de concorrência[51].

PALMA aduz que "A par das quatro liberdades (...) a liberdade de concorrência ocupa um lugar de primeiro plano no ordenamento jurídico da comunidade européia"[52].

Mesmo sem indicar explicitamente a liberdade de concorrência como uma das liberdades fundamentais, ao tratar da necessária coordenação das políticas macroeconômicas e setoriais que ocorre na fase de mercado comum, SILVA inclui entre elas as de concorrência[53].

Por sua vez, em artigo que examina as vantagens da criação de uma Empresa Binacional Brasileiro-Argentina e as múltiplas possibilidades que oferece a *joint venture*, COSTA diz que o objetivo de formação de um Mercado Comum do Sul "será alcançado através de uma liberação progressiva e contínua entre aqueles países. Essa liberação será consolidada pelas chamadas 'cinco liberdades básicas': livre circulação de mercadorias; livre circulação de capitais; livre circulação de trabalhadores; livre concorrência; e, liberdade de estabelecimento"[54].

Já PAZ, em obra que discute a (im) possibilidade de harmonização do direito coletivo do trabalho dos Estados-partes do MERCOSUL, demonstrando a grande dificuldade existente para a realização desta tarefa, assevera que a constituição de um mercado comum possui "outros elementos que o caracterizam e precisam ser implementados, conhecidos como as cinco liberdades básicas, as quais (...) são: a plena liberdade de movimentação de mercadorias, livre circulação de capitais, livre circulação de trabalhadores, livre concorrência e liberdade de estabelecimento"[55].

---

[50] Idem, p. 29.

[51] PUGLIESI, Fábio. A livre circulação de mercadorias no Mercosul. In: BAPTISTA, L. O.; MERCADANTE, A. A.; CASELLA, P. B. Op. cit., p. 175-176.

[52] PALMA, Maria João. Direito da concorrência na Comunidade Européia: perspectivas para o Mercosul. In: PIMENTEL, L. O. (org.). Op. cit., p. 302.

[53] SILVA, Roberto Luiz. Direito comunitário e de integração, p. 119. Trata-se do exposto no Artigo 1° do Tratado de Assunção, que diz que o mercado comum implica a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-partes, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência, conforme já visto.

[54] COSTA, Ligia Maura. A cooperação entre empresas no Mercosul. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (org.). O MERCOSUL em movimento, p. 22.

[55] PAZ, Vânia Beatriz Rey. Mercosul: a impossibilidade de harmonizar as legislações sindicais, p. 23.

Logo após, a autora repete que "O atual objetivo incorpora outros elementos que requerem uma liberalização progressiva e contínua entre os Estados-Partes das chamadas 'cinco liberdades básica': livre circulação de mercadorias, livre circulação de capitais, livre circulação de trabalhadores, livre concorrência e liberdade de estabelecimento"[56].

BAPTISTA, em esclarecedora enumeração das cinco liberdades, afirma que "finalmente, a quinta é a liberdade de concorrência, que submete todos os produtores desse país às mesmas regras de natureza econômica, administrativa, fiscal, política e social, isto é, todos se sujeitam a uma disciplina jurídica e a encargos idênticos que vão incidir da mesma maneira nos produtos de sua empresa"[57].

Nesse mesmo sentido, JAEGER JUNIOR[58], SILVA NETO e MELO[59], VIEIRA[60], PRAXEDES e PILETTI[61], e RODRIGUES, para quem "A implementação do mercado comum implica a adoção das denominadas cinco liberdades"[62].

Como se pode deduzir, alguns autores, ainda que aqui em minoria, já passam a considerar, retratando a formulação teórica de constitucionalista norte-americanos, baseados na 'free comerce clause' da sua Constituição[63], que as liberdades são em número de cinco e que a quinta é a liberdade de concorrência.

Entretanto, em posição que se pode considerar como alternativa, DREYZIN DE KLOR trata a livre circulação de decisões como sendo a quinta liberdade fundamental do MERCOSUL[64], já que um dos seus objetivos é o atingimento da fase de mercado comum. Apenas relembrando, esta é a fase propriamente destinada para conter as liberdades fundamentais.

---

[56] Idem, p. 27.

[57] BAPTISTA, Luiz Olavo. Impacto do Mercosul sobre o sistema legislativo brasileiro. In: BAPTISTA, L. O.; MERCADANTE, A. A.; CASELLA, P. B. Op. cit., p. 23.

[58] JAEGER JUNIOR, Augusto. Mercosul e a livre circulação de pessoas, p. 57 e 112.

[59] SILVA NETO, Orlando Celso; MELO, Suzana Soares. Considerações sobre cooperação jurisdicional no âmbito do Mercosul. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). Solução de Controvérsias no MERCOSUL, p. 87.

[60] VIEIRA, Debora Cristina. O exercício da advocacia no Mercosul frente à livre circulação de serviços e trabalhadores. In: RODRIGUES, H. W. (org.). Op. cit., p. 115.

[61] PRAXEDES, Walter; PILETTI, Nelson. O Mercosul e a Sociedade Global, p. 46.

[62] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Mercosul: alguns conceitos básicos necessários à sua compreensão. In: RODRIGUES, H. W. (org.). Op. cit., p. 24.

[63] BAPTISTA, L. O. Impacto do Mercosul sobre o sistema legislativo brasileiro. In: BAPTISTA, L. O.; MERCADANTE, A. A.; CASELLA, P. B. Op. cit., p. 23.

[64] DREYZIN DE KLOR, Adriana. Hacia la quinta libertad fundamental del Mercosur. In: PIMENTEL, L. O. (org.). MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade, v. 1, p. 17-29. Ver também, da mesma autora, El Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Matéria Civil, Comercial, Laboral y Administrativa con particular referencia al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales. In: Revista de Direito do Mercosul. Buenos Aires: La Ley, a. 4, n. 2, abr. 2000. p. 86 e La cooperación jurídica internacional en el Mercosur. In: DREYZIN DE KLOR, A. Temas de Derecho de la Integración: Derecho Internacional Privado.

Em artigo onde trata a livre circulação dos instrumentos pelos quais se resolvem os conflitos que o tráfico internacional suscita, a eminente professora *cordobeza* assevera que "Sem dúvida, desde uma ótica que vai mais além do aspecto puramente econômico, é requisito destes processos de integração regional que se reconheça também, a livre circulação de decisões. Para que esta liberdade de corte jurídico, conhecida como a quinta liberdade fundamental se efetive é necessário que a instrumentação normativa elaborada a tal efeito compreenda somente cuidados mínimos que, ademais, devem interpretar-se de acordo aos princípios que sustentam o processo associativo"[65].

Vale ressaltar que, para a autora, num processo que ainda se mantém em estágio intergovernamental pela falta de um tribunal supranacional, a livre circulação de sentenças aparece limitada[66].

Referindo-se ao MERCOSUL, já em sede de conclusão de seu artigo, a autora estima que "obstaculizar o reconhecimento das decisões judiciais fundadas no direito estrangeiro, que tenham sido emanadas por autoridades jurisdicionais no espaço integrado, conduz a situações claudicantes e a uma negação da vontade integradora, verdadeiro pilar do processo, pondo em perigo a continuidade e dinamização das relações jurídicas"[67].

Outra liberdade parece ser indicada por MATHIJSEN, ao diferenciar a livre circulação de capitais da livre circulação de pagamentos[68]. Assim, segundo LEBEDICH SICHIK, esta liberdade "deve ser autorizada na medida em que estejam relacionados com a livre circulação de mercadorias, serviços ou capitais, porque caso contrário, estas liberdades básicas não teriam sentido, caso os resultados financeiros dessas transações não pudessem ser repatriados"[69] LEBEDICH SICHIK.

Em decorrência da controvérsia vista, se agora fosse o momento da conclusão, seria possível dizer que as liberdades são em número de cinco, mas que não é pacífico ser a liberdade de concorrência a quinta, já que há quem entenda ser esta a livre circulação de decisões ou a livre circulação de pagamentos.

Além dessa discussão quanto à liberdade de concorrência fazer parte do rol das inerentes (e por tal fundamentais) ao mercado comum, há outras, não menos importantes.

---

[65] DREYZIN DE KLOR, A. Hacia la quinta libertad fundamental del Mercosur. In: PIMENTEL, L. O. (org.). Op. cit., p. 17-18.

[66] Segundo DREYZIN DE KLOR, esta limitação se dá por duas razões fundamentais: "Por uma parte, o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicinal em Matéria Civil, Comercial, Laboral e Admistrativa – Protocolo de Las Leñas – que legisla sobre o tema, não contempla suficientes facilidades para tal e em segunda idéia, os tribunais nacionais perante os quais se propõem as escassas suposições conhecidas na existência do Mercosul, não evidenciam ainda, estar totalmente consubstanciados com os princípios da integração e da vontade política multilateral geradora do esquema, vontade que no momento atual, segue sendo seu principal motor". DREYZIN DE KLOR, A. Hacia la quinta libertad fundamental del Mercosur. In: PIMENTEL, L. O. (org.). Op. cit., p. 18.

[67] Idem, p. 29.

[68] MATHIJSEN, P. S. F. R.

[69] LEBEDICH SICHIK, J. M. Op. cit., p. 15.

Uma delas diz respeito ao prejuízo ocasionado pela utilização de fontes públicas, se distribuídas por critérios meramente políticos, à liberdade de concorrência. O Estado, pelo seu poder de distribuir subsídios públicos, representa um cerceamento sempre em potencial para a liberdade de concorrência. À medida que firmam acordos de liberação comercial, os governos deixam de poder proteger diretamente as empresas do seu país contra os concorrentes estrangeiros através de barreiras aos produtos importados, e passam a executar novas alternativas, como a concessão de subsídios públicos.

Em artigo no qual pretende demonstrar a necessidade da correta utilização das políticas públicas para a garantia da proteção da liberdade de concorrência comercial e os efeitos da utilização incorreta dessas, especialmente quanto ao retardamento do atingimento de tal liberdade e a conseqüente não conformação da fase de mercado comum, um dos objetivos do Tratado de Assunção, JAEGER JUNIOR assevera que "é desmedida a disputa entre empresas umas, e outras que têm como sustentáculo dos seus programas e ações a tutela e o amparo político e econômico de uma entidade pública. A decisão política de um Estado de estender subsídios econômicos que ameacem falsear ou falseiem a concorrência se constitui num grave desvirtuamento das regras dessa liberdade"[70].

O próprio Tratado de Roma, no que se refere à interferência dos Estados nas regras de livre concorrência, normatiza que são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções[71].

4. Considerações finais

1. A passagem do período de transição de zona de livre comércio à união aduaneira, como etapas preliminares à última fase de mercado comum, apresenta-se como o momento mais apropriado para fomentar a questão das cinco liberdades.

Durante esse período de transição, devem ser declinados os níveis em que essas liberdades serão realmente implementadas e as condições necessárias para viabilizá-las, além do incremento das políticas macroeconômicas. Nesse sentido, a observação do exemplo da Comunidade Européia, quanto às experiências positivas lá operadas, será pertinente. Reconhece-se, por outro lado, que a liberdade de concorrência constituirá, pela sua própria natureza e abrangência, um desafio permanente ao processo de integração, dependendo, entre outras variáveis, principalmente da vontade política das autoridades dos Estados-partes e dos seus nacionais à sua plena consolidação.

A construção de um espaço integrado de liberdades impõe-se a um mercado comum

---

[70] JAEGER JUNIOR, A. Mercosul e a liberdade de concorrência. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; NOGALES DE SANTIVÁÑEZ, Emma. (orgs.) IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur: los procesos de integración en el nuevo milenio, p. 21.

[71] Artigo 92 do Tratado de Roma.

autêntico. Somente com a conformação da liberdade de concorrência, e das outras, será possível constituir o Mercosul em um verdadeiro mercado comum.

Neste sentido, a defesa do direito "que as empresas têm de, no âmbito de um bloco, serem submetidas às mesmas regras e exigências para que possam competir em igual condição"[72] é um preceito fundamental para a consagração da terceira etapa da integração econômica, por ser relevante um sistema eficaz e completo de proteção da concorrência e repressão aos abusos do poder econômico, sob pena de comprometer irremediavelmente o funcionamento das estruturas e da atuação dos agentes econômicos no mercado interno[73];

2. O Tratado de Assunção silenciou sobre o regramento da liberdade de concorrência, como um todo, e também quanto às práticas desleais dessa. Tal fato motivou a formulação do Protocolo de Defesa da Concorrência, a Decisão do Conselho Mercado Comum número 18/96, de 17 de dezembro de 1996. Tal Protocolo, contudo, se encontra em fase de ratificação pelos países, sem qualquer previsão para entrada em vigor. Da mesma forma se encontram a Decisão/CMC número 20/94, sobre políticas públicas que distorcem a competitividade, e a Decisão/CMC número 21/94, também sobre defesa da concorrência.

Tampouco a Comissão Mista de Comércio, órgão intergovernamental com capacidade decisória, criado pelo Protocolo de Ouro Preto, tem, reconhecidamente, aplicado instrumentos de política comercial.

É pertinente lembrar que os países do Mercosul são, também, membros do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT). Esse Acordo, atualmente em sede de Organização Mundial do Comércio, possui regras concernente à liberdade de concorrência e políticas de subsídios, às quais poderiam ser harmonizadas, coordenadas ou até mesmo coexistir.

Mesmo na hipótese de ratificação pelos quatro países do Protocolo, ainda vale lembrar que, diferentemente da União Européia, a estrutura intergovernamental do Mercosul não produz manifestação quanto às garantias de seu cumprimento e tampouco prevalece o princípio da primazia do Direito de Integração. Por tal e outros motivos é que a cada dia se avolumam os doutrinadores internacionalistas regionais simpáticos à criação de um tribunal supranacional para dirimir conflitos no âmbito do Mercosul, assegurando interpretação e aplicação dos dispositivos emitidos pelo bloco, à exemplo da União Européia. Eventuais problemas de descumprimento das regras de concorrência, atualmente são regidos por organismos intergovernamentais, em especial os instituídos pelo Protocolo de Brasília.

Sobretudo, proposta que faz eco na maioria dos autores que tratam do MERCOSUL, é o avanço dos estudos com vistas à urgente implantação de um tribunal supranacional para

---

[72] SILVA NETO, O. C.; MELO, S. S. Considerações sobre cooperação jurisdicional no âmbito do Mercosul. In: RODRIGUES, H. W. (org.). Op. cit., p. 87.

[73] CASELLA, P. B. Direito da Concorrência na UE e no Mercosul. In: BAPTISTA, L. O.; MERCADANTE, A. A.; CASELLA, P. B. Op. cit., p. 352.

assegurar o cumprimento das normas e redirecioná-lo ao objetivo final da constituição de um mercado comum, como pode ser visto em CASELLA[74], KERBER[75] e LORENTZ[76];

3. A liberdade de concorrência pode ser efetivamente vista como fundamental, pois está no Tratado de Roma, ao lado das demais. Assim, as regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações (Título V), estão inseridas junto às políticas da Comunidade (Parte III), ao lado e na mesma posição hierárquica das regras de livre circulação de mercadorias (Título I), da política comunitária para a agricultura (Título II), das regras destinadas à livre circulação de pessoas, de serviços e de capitais (Título III) e da política comunitária para os transportes (Título IV), entre muitas outras políticas. Mas esta posição desencadeia outros pensamentos, especialmente o de que a liberdade de concorrência trata-se, em verdade, de *política* fundamental;

4. Assim, como se pode observar, por ora não é possível afirmar com segurança e de forma categórica que a liberdade de concorrência seja, sem controvérsia, a quinta liberdade econômica fundamental dos processos de integração que envolvem um atingimento da fase de mercado comum, e nem mesmo que este seleto conjunto seja composto por cinco liberdades, haja visto o grande e influente número de autores e outros elementos que fizeram supor ser ele composto por somente quatro liberdades singulares: livre circulação de pessoas, de bens, de serviços, e livre circulação de capitais.

5. Particularmente, entende-se que a permanecer esta não inclusão da liberdade de concorrência no rol das liberdades fundamentais, a aspiração do atingimento da fase de mercado comum se mantém na esfera da ilusão devido a esta e outras carências estruturais. A abordagem desse assunto teve um especial interesse pessoal, já que se trata do âmbito ora trabalhado, pelo autor, no Curso de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o que justifica o esforço para ensejar a inclusão da liberdade de concorrência dentre as liberdades econômicas fundamentais dos processos de integração que envolvem a fase de mercado comum.

---

[74] Idem, p. 351.

[75] KERBER, Gilberto. Mercosul e a supranacionalidade, p 157.

[76] Segundo a autora, "Observou-se que os autores brasileiros, majoritariamente, são favoráveis à supranacionalidade no MERCOSUL, salientando, sobretudo, a necessidade da criação de um Tribunal de Justiça supranacional. Apresentam diversas razões para tal, tais como: a continuidade do processo integracionista, a credibilidade do mesmo e a interpretação e a aplicação uniformes das normas do MERCOSUL. No entanto, apesar da consistência dos seus argumentos, os governos brasileiros apresentam entendimento contrário à supranacionalidade, e favorável à intergovernabilidade no MERCOSUL". LORENTZ, Adriane Cláudia Melo. Supranacionalidade no Mercosul: a doutrina, os governos, a Constituição Federal e os Tratados de Integração, p. 105. Ver também sobre a diversidade de posicionamentos entre governos e doutrinadores brasileiros a p. 16. Ademais, um extenso rol de doutrinadores favoráveis e contrários à supranacionalidade pode ser visto na p. 35-36, da mesma obra.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional.* Curitiba: Juruá, 1996. 159 p.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Mercosul: fundamentos e perspectivas.* 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. 159 p.

_____. *O Mercosul no contexto regional e internacional.* São Paulo: Aduaneiras, 1993. 204 p.

BABACE, Héctor. La libre circulación de los trabajadores en el Mercosur. *In*: VÁZQUEZ, M. Cristina *et alli. Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995. p. 105-134.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Impacto do Mercosul sobre o sistema legislativo brasileiro. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (orgs.). *Mercosul: das negociações à implantação.* 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 17-30.

BASSO, Maristela. Apresentação. *In*: BASSO, Maristela (org.). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 15-27.

CARVALHO, Isabel Maria Felgueiras T. *Circular Livremente na Europa: as mercadorias, as pessoas e as empresas.* Porto: ELCLA, 1995. 238 p.

CASELLA, Paulo Borba. Direito da Concorrência na UE e no Mercosul. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (orgs.). *Mercosul: das negociações à implantação.* 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 306-352.

_____. *Mercosul: exigências e perspectivas.* São Paulo: LTr, 1996. 320 p.

CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes; CHIARELLI, Mateo Rota. *Integração: direito e dever.* LTr, 1992. 288 p.

COMUNIDADES Europeias: Comissão. *A livre circulação de pessoas na Comunidade Europeia.* Luxemburgo: Serviço das Publicações das Comunidades Europeias, 1983. 47 p.

_____. *Europa: perguntas e respostas.* Luxemburgo: Serviço das Publicações das Comunidades Europeias, 1997. 173 p.

COSTA, Ligia Maura. A cooperação entre empresas no Mercosul. *In*: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (org.). *O MERCOSUL em movimento.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 21-38.

DREYZIN DE KLOR, Adriana. El Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Matéria Civil, Comercial, Laboral y Administrativa con particular referencia al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales. *In*: *Revista de Direito do Mercosul*. Buenos Aires: La Ley, a. 4, n. 2, abr. 2000. p. 85-104.

_____. Hacia la quinta libertad fundamental del Mercosur. *In*: PIMENTEL, L. O. (org.). *MERCOSUL no cenário internacional: Direito e Sociedade*. v. 1. Curitiba: Juruá, 1998. p. 17-29.

_____. La cooperación jurídica internacional en el Mercosur. *In*: DREYZIN DE KLOR, Adriana. *Temas de Derecho de la Integración: Derecho Internacional Privado*. Córdoba: Advocatus, 1998.

FARIA, José Ângelo Estrella. *O Mercosul: princípios, finalidades e alcance do Tratado de Assunção*. Brasília: Subsecretaria Geral de Assuntos da Integração, Econômicos e do Comércio Exterior. Núcleo de Assessoramento Técnico, 1993. 193 p.

FARIA, Werter R. A institucionalização do Mercosul. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade*. v. 2. Curitiba: Juruá, 1998. p. 381-387.

FORTE, Umberto. *União Européia: Comunidade Econômica Européia (Direito das Comunidades Européias e harmonização fiscal)*. São Paulo: Malheiros, 1994. 183 p.

GARRÉ COPELLO, Belter. *El Tratado de Asunción y el Mercado Común del Sur: los megabloques económicos y América Austral*. Montevideo: Editorial Universidad, 1991. 320 p.

GOBBO, Edenilza. *MERCOSUL e a livre circulação de mercadorias*. Florianópolis: Curso de Pós-graduação em Direito (UFSC). Dissertação de Mestrado, 2001. 121 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Mercosul e a liberdade de concorrência. *In*: *Boletín Latinoamericano de Competência*. dez. 2000, n. 11, p. 25-31.

_____. Mercosul e a liberdade de concorrência. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio; NOGALES DE SANTIVÁÑEZ, Emma. (orgs.) *IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur: los procesos de integración en el nuevo milenio*. La Paz: Universidad Católica Boliviana, 2000. p. 17-24.

_____. *Mercosul e a livre circulação de pessoas*. São Paulo: LTr, 2000. 190 p.

KERBER, Gilberto. *Mercosul e a supranacionalidade*. São Paulo: LTr, 2001. 157 p.

LEBEDICH SICHIK, Jorge Mario. *A livre circulação de trabalhadores no Mercosul: possibilidade jurídica de implementação*. Florianópolis: Curso de Pós-graduação em Direito (UFSC). Dissertação de Mestrado, 1999. 126 p.

LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. El mercado interior: las cuatro libertades. *In*: RINOLDI LADMANN, Eve (coord.). *Mercosur y Comunidad Europea*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. p. 89-93.

LORENTZ, Adriane Cláudia Melo. *Supranacionalidade no Mercosul: a doutrina, os governos, a Constituição Federal e os Tratados de Integração*. Curitiba: Juruá, 2001. 125 p.

MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução do Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. 431 p.

MENEM, Carlos Saúl. *¿ Qué és el Mercosur ?* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. 236 p.

NORRIS, Roberto. *Contratos coletivos supranacionais do trabalho e a internacionalização das relações laborais no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998. 198 p.

OLESTI RAYO, Andreu; DEL RÍO PASCUAL, Amparo. Las libertades Comunitarias (I). *In*: ABELLÁN HONRUBIA, Victoria; VILÀ COSTA, Blanca (dirección). *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, 2. ed. Barcelona: Ariel, 1996. p. 173-202.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *União Européia: processos de integração e mutações*. Curitiba: Juruá, 1999. 486 p.

PALMA, Maria João. Direito da concorrência na Comunidade Européia: perspectivas para o Mercosul. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *MERCOSUL no cenário internacional: Direito e Sociedade*, v. 2, p.301-312.

PAZ, Vânia Beatriz Rey. *Mercosul: a impossibilidade de harmonizar as legislações sindicais*. Curitiba: Juruá, 1999. 152 p.

PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade*. Curitiba: Juruá, 1998. 2 v.

PIMENTEL, Luiz Otávio; NOGALES DE SANTIVÁÑEZ, Emma. (orgs.) *IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur: los procesos de integración en el nuevo milenio*. La Paz: Universidad Católica Boliviana, 2000. 841 p.

PRAXEDES, Walter; PILETTI, Nelson. *O Mercosul e a Sociedade Global*. 8. ed. São Paulo: Ática, 1997. 88 p.

PUGLIESI, Fábio. A livre circulação de mercadorias no Mercosul. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (orgs.). *Mercosul: das negociações à implantação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 174-186.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Mercosul: alguns conceitos básicos necessários à sua compreensão. *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 19-38.

RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. *Mercosur: Integración y Derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998. 733 p.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e arbitragem internacional comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 240 p.

SARDEGNA, Miguel Angel. *Las relaciones laborales en el Mercosur*. Buenos Aires: La Rocca, 1995. 311 p.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 352 p.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito comunitário e de integração*. Porto Alegre: Síntese, 1999. 192 p.

SILVA NETO, Orlando Celso; MELO, Suzana Soares. Considerações sobre cooperação jurisdicional no âmbito do Mercosul. *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 81-111.

VACCHINO, Juan Mario. *Integración Latinoamericana: de la Alalc a la Aladi*. Buenos Aires: Depalma, 1983. 251 p.

VIEIRA, Debora Cristina. O exercício da advocacia no Mercosul frente à livre circulação de serviços e trabalhadores. *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 113-132.

O novo Código Civil brasileiro e a reorganização de empresas

Augusto Jaeger Junior

SUMÁRIO

Introdução

Parte 1. O novo Código Civil brasileiro

A. Unificação das obrigações civis e comerciais

B. Direito da empresa no novo Código

Parte 2. Concentrações e desconcentrações empresariais

A. Fenômeno concentracionista e concorrência

B. Formas e fases de compenetração

Considerações Finais

Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico versará sobre o novo Código Civil brasileiro e a nova orientação quanto ao fenômeno da reorganização de empresas sediadas em território nacional. Trata-se este documento, que em janeiro último foi consagrado com a sanção presidencial, de um antigo anseio da comunidade jurídica nacional, tendo tramitado no Congresso Nacional por longos 26 anos, em cujo momento recebeu inúmeros aprimoramentos.

O estudo abrange tema mais sujeito ao amplo campo do direito privado, envolvendo questões referidas a duas de suas principais ramificações, a do direito civil e a do direito comercial, sendo que este último vem referido hodiernamente como direito empresarial. Vale de imediato referir que, em sede de obrigações, ambos os ramos foram unificados.

A escolha do tema é reflexo da sugestão ofertada por uma das professoras responsáveis pela disciplina Teoria dos Contratos, do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Dra. Cláudia Lima Marques.

A idéia que será apresentada parte de uma referência aos estudos precursores do jurista Augusto Teixeira de Freitas quanto à unificação das obrigações em um único documento de direito privado e conduz à conclusão que junto com esta, outras questões e o próprio direito empresarial foram trazidos para dentro da esfera civil, especialmente aqui no que diz respeito a um regramento geral da transformação, da incorporação e da fusão e cisão das sociedades. Ocorre que, além da unificação das obrigações, assuntos outros de direito comercial, como a disciplina da reorganização de empresas, anteriormente abordadas pela lei própria das sociedades de capital, agora em regra generalíssima foram trazidos para dentro do documento que disciplina o ordenamento civil.

Para tanto, o trabalho será apresentado em duas grandes partes. A primeira abordará a questão central do surgimento do novo ordenamento civil brasileiro. Esta primeira parte é subdividida em duas outras. Uma delas retratará a opção do legislador pela unificação das obrigações civis e comerciais num mesmo documento com características de um Código. A segunda sub-parte da primeira parte investigará a introdução do direito da empresa, propriamente dito, neste novo Código.

Na seqüência, para o estabelecimento de um elo de ligação entre as duas partes do trabalho, já tendo especialmente estudado o momento de surgimento de uma base nova para o ordenamento civil e a introdução nesta de um ramo do direito que nunca havia estado em sua esfera de influência, é utilizada uma de suas particularidades, qual seja a matéria constada do capítulo que disciplinará o movimento concentracionista de empresas. Assim, a segunda parte tratará especificamente da concentração e desconcentração empresariais. Esta segunda grande parte igualmente se apresenta subdividida em outras duas. Uma delas fará uma análise pontual do fenômeno concentracionista e do incremento concorrencial que de tal prática decorre. Por fim, a última sub-parte evidenciará quais são as formas e fases de compenetração empresarial admitidas em direito brasileiro e mais utilizadas pelas empresas.

Ainda nessa introdução cabe dizer que o propósito da realização deste estudo no recorte em que será apresentado se justifica no fato de ser este o oportuno momento do surgimento de um novo Código Civil brasileiro que, ao positivar parcialmente sua idéia, ressaltou novamente a importância dos estudos de Augusto Teixeira de Freitas, brasileiro ilustre que em 1854 já havia insistido na unificação do direito obrigacional.

Igualmente, o incremento das relações envolvendo as empresas, do comércio em si e a utilização de práticas concorrenciais colusórias por elas, geralmente decorrentes de conjugadas práticas concentracionistas, a cada dia mais agressivas e corriqueiras, aumentou a possibilidade de comportamentos lesivos ao direito, o que enseja cada vez mais estudos sobre o tema, como este que se apresentará a seguir.

PARTE 1
O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

A primeira parte deste estudo é voltada para o surgimento do novo ordenamento basilar civil do Brasil, retratando, em especial, as tentativas históricas de grandes personalidades e legisladores no que tange à unificação das obrigações civis e comerciais num documento único, agora realidade. Este fato faz com que mereça ser tratado tangencialmente um outro tema, qual seja a manutenção de uma certa autonomia por parte do direito comercial, mesmo didática e científica, perante o direito civil. Por fim, será investigada a introdução do direito da empresa neste novo Código, sistematização inovadora em direito brasileiro, cujos artigos vêm diretamente dispostos após o direito das obrigações.

A. Unificação das obrigações civis e comerciais

Para um melhor tratamento do tema da unificação das obrigações civis e comerciais será utilizado um critério histórico-cronológico, pois este permite apresentar a evolução do pensamento jurídico brasileiro até uma definitiva junção dos ramos em um único documento. Ainda, serão trazidas as posições de renomados juristas que apóiam ou não apóiam a inclusão das obrigações comerciais em um documento civil.

A idéia da unificação das obrigações não é recente. Segundo Munir KARAM a aspiração de condensar as normas jurídicas em um único corpo de direito esteve presente desde as mais antigas civilizações[1]. Contudo, uma estrita análise de parte da história jurídica brasileira é mais apropriada, até mesmo devido ao espaço aqui destinado para tal tema.

---

[1] KARAM, Munir. **Teixeira de Freitas e o processo de codificação do Direito Civil Brasileiro**, p. 95.

Assim, em 1808 o Brasil abriu os portos para as nações amigas, através da Carta Régia, decisão esta que veio diretamente em proveito do incremento comercial da então colônia com outras nações. Este fato, se isoladamente analisado, em nada diz respeito à unificação das obrigações. Mas a verdade é que o incremento comercial experimentado pelo país fez ser necessária uma legislação comercial. E esta, como é sabido, terminou precedendo a uma legislação civil.

Posteriormente à abertura dos portos, com o advento da Independência, em 1822, passaram a vigorar em território nacional as Ordenações Portuguesas. A título de exemplo, observa-se que somente em 1830 é que um Código Penal emergiu, não desconhecendo o surgimento da primeira Constituição Federal de 1824.

Na seqüência, em 1850 surgiu o Código Comercial brasileiro, ordenamento que recebeu forte influência do Código Francês de 1807. Esta Lei ficou em discussão na Câmara dos Deputados por 16 anos, até ter sido promulgada pelo imperador constitucional Dom Pedro II. Atualmente é o diploma mais antigo em vigor no Brasil.

Como será oportunamente visto, do texto original em vigor restava já muito pouco, e menos ainda agora, com a unificação em um Código Civil das obrigações civis e comerciais. Por tal, no Código Comercial a única parte ainda a vigorar futuramente será a relacionada com o direito marítimo.

Como o Código Comercial veio antes que um ordenamento civil, foi tido como natural que incluíra muitas disciplinas de matérias que não constavam da desordenada legislação civil de então[2]. Assim, definitivamente tendo ocorrido tal prática, afirmado foi na época que o referido documento era o que tinha invadido a esfera do direito civil; e não vice-versa, como atualmente se processou.

Em que pese surgido em 1850, Luiz Antonio Guerra da SILVA, em artigo que trata da contemporaneidade do Código acima referido, observa sua presteza, ainda que a dinâmica dos fatos e as novas relações mercantis sinalizem com a globalização da economia. Para o autor, atualmente as críticas que podem ser feitas se referem à defasada redação imperial empregada no regramento dos institutos e no fato de o crescimento econômico ter exigido novas formas de contratação, determinando o surgimento de outros institutos específicos[3]. Por tal, o Brasil necessitava mesmo se apresentar receptivo à criação desses novos institutos e atualizar a legislação comercial, base dos institutos, frente às exigências econômicas, sem, contudo, abandonar as raízes e a história do seu ordenamento jurídico.

O surgimento de um Código que regulasse o direito civil não tinha a mesma sorte[4].

---

[2] MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**, p. 8.
[3] SILVA, Luiz Antonio Guerra da. **Contemporaneidade do Código Comercial imperial: breves considerações**, p. 121-122.
[4] KARAM, M. *Op.cit.*, p. 97.

Como será visto, vários problemas atrasaram o surgimento de uma lei com tal característica, mas jamais pode ser dito que isto ocorreu por falta de estudos, propostas e tentativas legislativas.

Neste sentido, em 1854 o jurista brasileiro Augusto Teixeira de Freitas, ao propor um Código Civil para o Brasil, já insistia fortemente na unificação do direito obrigacional, cujo entendimento seria mais consentâneo para o ordenamento jurídico brasileiro. Afirmava o renomado estudioso que o direito civil e comercial não eram distintos. A divisão era uma falsificação e uma frivolidade, pois a separação escondia o rompimento da igualdade entre as pessoas (dava só ao comerciante o direito de falir, por exemplo).

Sobre a personalidade marcante de Teixeira de Freitas, é possível ser dito que ele pensava em descompasso com o seu tempo[5]. Vale ainda lembrar que se tratava de um perfeccionista[6]. Segundo depoimentos colhidos, em sua vida Teixeira de Freitas produziu uma obra perfeita. Também como pessoa humana foi uma referência: certa feita se recusou a acolher as normas escravistas em seu documento, pois acreditava que logo fossem cair, a morte civil e a restrição aos direitos civis aos nacionais[7].

E não somente em seu país seu trabalho foi destacado, mas sua obra serviu como um ponto de convergência na legislação civil entre os povos da América[8]. O ordenamento civil da Argentina, por exemplo, com o esforço de Vélez Sarsfield[9], tomou 1.200 artigos do seu Esboço. Igual influência foi reproduzida no Uruguai, com o estudo de Tristán Narvaja. Já no Paraguai foi adotado o Código Argentino que, como visto acima, recebeu influência de Teixeira de Freitas[10].

Além-mar, pensamento semelhante às suas idéias Vivante, na Itália, só foi ter cinqüenta anos depois[11], quando também se opunha a um Código Comercial separado do Civil.

Enfim, vale dizer, sobretudo, que sua obra deu início à codificação do direito civil, cujo projeto datou de 1857. Em que pese os relevantes estudos desencadeados, o governo federal não foi receptivo a essas novas idéias e o trabalho foi interrompido ainda incompleto.

---

[5] *Idem*, p. 97.
[6] *Idem*, p. 100.
[7] *Idem, ibidem.*
[8] DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Augusto Teixeira de Freitas: o protojurista do Mercosul**, p. 239 e KARAM, M. *Op.cit.*, p. 109.
[9] DEL'OLMO, F. de S. *Op.cit.*, p. 240.
[10] KARAM, M. *Op.cit.*, p. 107.
[11] BRANCO, Gerson Luiz Carlos; COSTA e SILVA, Regina Margarida. **A vida de Teixeira de Freitas e Elementos Centrais de seu Pensamento**, p. 30.

Para nova empreitada legislativa, concluída em 1865, fora novamente convidado Teixeira de Freitas, tendo se fixado em classificar as matérias e unificar o direito privado. O Esboço final desta compilação reuniu cinco milheiros de artigos.

Posteriormente a este esforço promovido por Teixeira de Freitas, Inglês de Souza tentou reformar o Código Comercial em 1912, o que não surtiu efeito.

Então em 1916 o ordenamento jurídico brasileiro recebeu a aprovação do Código Civil[12], após longa e tumultuada tramitação[13], especialmente devido à contestação veemente de Ruy Barbosa, que costumava se referir a ele como um produto do século passado, já que oriundo de elaboração iniciada em 1896.

Uma manifestação sobre o Código Civil que se faz necessária para o seguimento deste trabalho, é que ele não consagrou esta idéia de unificação das obrigações civis e comerciais em um único documento, o que era a proposta de Teixeira de Freitas. Contudo, para desespero de alguns setores nacionais, regulou institutos que já constavam do Código Comercial de 1850, causando enorme confusão jurídica.

A idéia de unificação de matérias de direito privado, neste caso em especial a de obrigações civis e comerciais, já tinha sido aplicada em outros ordenamento pelo mundo afora. Os países que a adotaram podem ser classificados segundo os sistemas de unificação que foram utilizados. Assim, há sistemas radicais e moderados.

Os apreciadores do sistema radical desejam uma unificação total dos direitos e os moderados desejam uma modificação tão somente das obrigações. Houvera o Brasil adotado um sistema assim, este seria, como pretendido, o moderado.

Um exemplo do processo de unificação segundo o sistema moderado ocorreu no direito suíço, que tem um Código próprio para o direito das obrigações, fora do direito civil. E um exemplo de unificação segundo o sistema radical se deu no direito italiano, onde o Código Civil de 1942 unificou não só as obrigações, mas o direito privado, acabando com a diferença entre atos civis e comerciais e trabalhistas, mas mantendo normas especiais referentes à agricultura. Lá, diferentemente e mais radical que a idéia original brasileira, o documento também comporta o direito do trabalho.

Este modelo italiano filiado à teoria da empresa se contrapôs ao sistema francês, adotado em 1850 pelo Brasil e por muitos outros países, tais como Bélgica, Holanda, Itália, Espanha e Portugal.

---

[12] Sobre a influência do Código Civil alemão de 1896 (BGB) neste documento e em Teixeira de Freitas, entre outros, ver MARQUES, Cláudia Lima. **Cem anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916**.

[13] KARAM, M. *Op.cit.*, p. 102.

Mas a grande diferença do documento italiano referido acima com o sistema aprovado pelo Brasil por influência de Bevilacqua e agora de Reale é que aquele não tem uma Parte Geral (uma outra elaboração de Teixeira de Freitas) e os atual e futuro Códigos têm, motivo pelo qual o Projeto, agora sancionado, não se confunde com os documentos italiano nem com o suíço, confusão a qual muitos incorrem, segundo Judith H. MARTINS-COSTA[14]. Cópia deles, portanto, não é, como diz Miguel REALE[15] na Exposição de Motivos do Projeto apresentada ao Ministro Armando Falcão em 16 de janeiro de 1975[16], ao rebater críticas.

Coincidentemente, no mesmo ano de 1942 a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro também era alterada, em função da Segunda Guerra Mundial, estabelecendo um novo elemento de conexão, o domicílio. Este já havia sido indicado como o elemento mais apropriado por Teixeira de Freitas em sua Proposta[17]. Esta modificação, talvez a principal da nova Lei de Introdução, pode ser entendida como um ajuste histórico, já que deu razão, cem anos após, ao iluminado pensador, alterando o mecanismo de Pimenta Bueno e Clóvis Bevilacqua positivado em 1916, que estabelecera a nacionalidade como elemento de conexão para as questões de direito internacional privado.

O surgimento de um Código Civil em 1916 que não contemplou a unificação do direito privado, nem mesmo do ramo das obrigações, não conseguiu, todavia, sepultar a idéia de unificação. Novamente a idéia da unificação das obrigações teve ressurgimento em 1940, com o Projeto do Código de Obrigações e especialmente em 1965 com outro Projeto que chegou a ser enviado ao Congresso Nacional, sendo depois igualmente arquivado.

O Projeto de 1975, na parte da atividade negocial, é a quinta versão elaborada a partir de 1964[18]. Este trabalho, fruto de uma Comissão de notáveis Revisora e Elaboradora do Código Civil comandada por Miguel Reale, consolidou e aperfeiçoou o que já estava sendo seguido no Brasil[19], retratando uma tradição evolutiva do direito positivo. O trabalho apresentado, especialmente na parte da família, contou com a participação do jurista gaúcho Clóvis Veríssimo do Couto e Silva e, na parte das obrigações, consagrou definitivamente a unificação, retomando a idéia à época já centenária de Teixeira de Freitas.

---

[14] MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um 'sistema em construção': as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro**, nota de rodapé número 61.

[15] Citado por MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. **O projeto de Código Civil e o Direito Comercial**, p. 142.

[16] REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal**, p. 43-95.

[17] DEL´OLMO, F. de S. *Op.cit.*, p. 244.

[18] BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**, p. 183.

[19] MAC-DONALD, N. da C. C. *Op.cit.*, p. 143.

Neste sentido Judith MARTINS-COSTA também assevera a importância do Livro I da Parte Especial, não só em virtude da unificação, mas por concentrar a maior parte das cláusulas gerais em paralelo com as normas marcadas pela estrita casuística[20].

Sobre a questão da unificação das obrigações, não há o que se confundir com a unificação dos direitos privados, que é outra coisa, e nem era o objetivo da Comissão Revisora e Elaboradora.

Sobretudo, a unificação das obrigações, anteriormente já possível de ser marginalmente visualizada por força dos artigos 121[21] (sobre serem as regras e disposições do Código Civil para os contratos em geral aplicáveis aos contratos comerciais) e 428 do Código Comercial vigente, é um dos grandes avanços do Projeto como contribuição efetiva para a certeza e segurança do direito[22].

Mas nem todos os doutrinadores brasileiros tinham esta visão da unificação como promissora. Waldirio BULGARELLI, por exemplo, em algumas situações, coloca em dúvida a unificação, pois há ainda a subsistência de certos atos que podem servir quer aos que não sendo empresários utilizam ocasionalmente, quer aos empresários que, os estipulando em massa, realizam, por meio deles, uma atividade econômica determinada. A unificação parece, assim para o jurista citado, ameaçada, pois o regime jurídico destes contratos aparentemente não pode ser unitário[23].

Uma vez retratada a unificação das obrigações civis e comerciais em um único documento, cabem algumas divagações sobre a manutenção, por parte do direito comercial, de uma certa autonomia, a ser ainda averiguada com o funcionamento do novo sistema.

Numa análise mais restrita, segundo Francesco GALGANO, citado por Norberto da Costa Caruso MAC-DONALD, a unificação importa no desaparecimento daquela que era a parte mais notável do direito comercial, a disciplina das obrigações e dos contratos comerciais[24]. Com efeito, devido à entrada em vigor do Código, do Comercial restará em vigência apenas a parte que trata do comércio marítimo[25].

---

[20] MARTINS-COSTA, J. *Op.cit.*, p. 144.
[21] MARTINS, F. *Op.cit.*, p. 7.
[22] BULGARELLI, W. *Op.cit.*, p. 211.
[23] BULGARELLI, W. **Contratos mercantis**, p. 46.
[24] MAC-DONALD, N. da C. C. *Op.cit.*, p. 141.
[25] Segundo MAC-DONALD "(...) o art. 2.040 do Projeto revoga expressamente o Código Civil de 1916, a Primeira Parte do Código Comercial de 1850 e toda a legislação civil e mercantil abrangida pelo Código Civil ou com ele incompatível. Se considerarmos que a Terceira Parte do Código Comercial, pertinente às 'quebras', já se encontra derrogada, temos que com a entrada em vigor do novo Código restará vigente, alterada por legislação superveniente, apenas a Segunda Parte, que trata do comércio marítimo". Vale referir que o artigo no texto aprovado é o 2.054. *Idem, ibidem.*

Os estudos sobre a autonomia do direito comercial remetem principalmente a César Vivante, o maior comercialista da Itália dos tempos modernos[26]. Sobre o assunto Vivante proferiu aula em 1892 na Universidade de Bolonha, durante a qual preconizou o fim do direito comercial, condenando sua autonomia e atacando a divisão do direito privado[27].

Posteriormente o doutrinador italiano parece ter se retratado perante a comunidade acadêmica comercialista. Com efeito, Orlando GOMES[28], Fábio Ulhoa COELHO[29] e Rubens REQUIÃO falam de uma retratação de Vivante ocorrida em 1925, que veio pelo surgimento do livro *L´autonomie du Droit du Commerce*. Segundo REQUIÃO, teve o renomado comercialista o altaneiro espírito de se retratar, confessando o erro doutrinário que cometera em Bolonha com suas previsões sobre a morte do direito comercial[30].

Ocorre que inegavelmente a obrigação é uma só[31] e que a dicotomia estabelecia uma desigualdade perante a lei, porque uma categoria, a dos comerciantes, era favorecida com legislação própria que lhe concedia privilégios e vantagens[32].

Em verdade, a distinção entre comercial e civil perdeu muito da sua importância em função da unificação do direito das obrigações[33], aceita quase à unanimidade, e que teve como corolário, em alguns países, a unificação legislativa, como já visto.

Para Waldirio BULGARELLI pouco ou quase nada sobra para caracterizar o direito comercial[34], se for observado que a onerosidade já não é mais característica dele, que os imóveis já começam a ser objeto de atividade comercial, que os meios de provas são comuns e que o processo civil é comum. Contudo, o autor prega a manutenção de um direito comercial autônomo em relação ao direito civil, não obstante a unificação das obrigações. Ainda para ele a tendência universal é a unificação das obrigações e a consideração do direito comercial atualmente como direito da empresa. Deve ser mantida a dicotomia do direito privado, reconhecendo-se a autonomia do direito mercantil como direito do empresário (teoria da empresa), e não mais dos comerciantes. Em função disso, algumas regras específicas devem ser consagradas para a sua organização e atividade, mesmo que inseridas num código único. Por fim, diz ser óbvio que a unificação do direito das obrigações não significa a abolição da vida comercial, com o que conclui seu pensamento sobre o assunto[35].

---

[26] Igualmente promotor de célebres estudos sobre a unidade do direito privado em VIVANTE, César. **La unidad del Derecho Privado en materia de obligaciones**.
[27] REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**, p. 18.
[28] GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, p. 21.
[29] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, p. 17.
[30] REQUIÃO, R. *Op.cit.*, p. 18-20.
[31] MARTINS, F. *Op.cit.*, p. 8.
[32] BRANCO, G. L. C.; COSTA e SILVA, R. M. *Op.cit.*, p. 32.
[33] BULGARELLI, W. *Op.cit.*, p. 41.
[34] *Idem*, p. 42.
[35] BULGARELLI, W. **Tratado de direito empresarial**, p. 185.

Já Túlio Ascarelli é partidário da idéia de que a progressiva expansão da aplicabilidade dos princípios e dos institutos do direito comercial tende a torná-lo direito comum[36], popularizando-se e afastando-se da especialidade (que se referia à colocação do comerciante em um patamar especial).

Naquele sentido BULGARELLI é seguido por Fran MARTINS[37]. E o próprio REALE fala em integração das relações obrigacionais sem perda do sentido unitário de suas naturais distinções.

Seguindo a doutrina que parece ser a mais correta, é ponto incontroverso que a idéia da unificação não tem por efeito eliminar a autonomia didática e científica do direito comercial e do próprio direito civil, segundo BULGARELLI[38] e mais proximamente Norberto MAC-DONALD[39].

Para tanto, o direito comercial tem características próprias (simplicidade, rapidez, onerosidade, elasticidade, internacionalidade), que retratam o dinamismo do comércio, em contraste com a estática do direito civil[40]. Um considera os bens pelo valor de troca e o outro pelo valor de uso, por exemplo.

Como foi visto, o sub-título antecedente retratou a idéia da unificação das obrigações civis e comerciais, agora realidade, mas que é fruto de pensamento jurídico evolutivo que teve início com os estudos de Augusto Teixeira de Freitas. Tal inovação anteriormente não havia sido possível devido a vários fatores, tal como a precedência de um Código Comercial a um Civil e mesmo a demora na aprovação deste último.

Ainda, foi observado que nem por isso a autonomia conquistada pelo direito comercial, ainda que em sua versão mínima, acadêmica e científica, deixou de existir, em que pese tenha sido questionada.

Contudo, somente o funcionamento do novo sistema obrigacional unificado permitirá uma conclusão mais precisa.

A seguir será vista a posição assumida pelo direito da empresa no novo Código, bem como as ferozes críticas a esta configuração.

---

[36] BULGARELLI, W. **Contratos mercantis**, p. 48.
[37] MARTINS, F. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio**, p. 23.
[38] BULGARELLI, W. **Tratado de direito empresarial**, p. 211.
[39] MAC-DONALD, N. da C. C. **O projeto de Código Civil e o Direito Comercial**.
[40] MARTINS, F. **Contratos e obrigações comerciais**, p. 9.

B. Direito da empresa no novo Código

Como anteriormente referido, sem solução de continuidade, o novo Código Civil apresenta, após a disciplina do direito das obrigações, a normatização do direito da empresa. Trata-se de regramento que consta pela vez primeira numa codificação civil brasileira. Devido a isso e pelo fato de a regulamentação da reorganização das empresas estar ali também disciplinada, este tópico trará algumas considerações sobre a inclusão não somente das obrigações em um regramento civil único, mas também do direito da empresa, alternativa que pode ter tornado este um mero ramo do direito civil, assim como o da família, o da sucessão, etc. Por fim, serão arroladas diversas críticas ofertadas pela mais especializada doutrina a esta junção.

Com efeito, o então Projeto destinou diretamente 227 artigos ao regime da atividade negocial, decompostos em quatro títulos e dois subtítulos. Assim que o Livro II, da Empresa, em seu Título II, da Sociedade, apresenta estas como simples (que são as antigas sociedades civis[41]) e empresárias, personificadas e não personificadas (classificação que engloba as atuais sociedades de fato e pretende diminuir a confusão que reina[42]). Cada uma das sociedades ali admitidas vem acompanhada de um tratamento específico.

Já no Subtítulo II, da Sociedade Personificada, vem o novo Código, por seu Capítulo X, tratar da transformação, da incorporação e da fusão e cisão das sociedades, especificamente nos artigos 1.113 a 1.122. Vale lembrar que o estudo detalhado desta regulamentação é o objetivo principal aqui pretendido e será feito na segunda parte deste trabalho.

Ainda durante a fase de emendas ao Projeto, da Atividade Negocial o Livro passou a se chamar do Direito da Empresa, dando nova face ao direito comercial, que deverá se voltar para a empresa. Ocorre que a inclusão do direito da empresa em uma regulamentação civil fez com que para muitos esse campo do direito passasse a constituir um mero ramo do direito civil, ao lado do direito obrigacional, da família, etc. Mas, como foi visto, esta idéia foi veementemente contestada por BULGARELLI, para quem o direito mercantil mantém vivo a sua autonomia com princípios, método e conteúdo próprios[43].

Noutro momento o novo Código regulou questões relativas ao registro, nome, prepostos e escrituração. Certamente numa sociedade de economia de massa, que reconhece a empresa como a forma de evolução na técnica de produção e distribuição de bens e serviços, a intervenção do Estado ao exigir registro não é excrescência intervencionista[44], conforme BULGARELLI.

---

[41] BULGARELLI, W. *Op.cit.*, p. 264.

[42] *Idem*, p. 267.

[43] *Idem*, p. 196 e BULGARELLI, W. **Contratos mercantis**, p. 48-51. Neste sentido ainda MARTINS, F. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio**, p. 23.

[44] BULGARELLI, W. **Tratado de direito empresarial**, p. 225.

Vale lembrar que o Código, inspirado no sistema alemão, facultou da inscrição o pequeno empresário e o empresário rural, dispensando-os das obrigações, deveres e restrições impostas aos empresários inscritos. A crítica que merece ser feita a esta tomada de posição é que a facultatividade da inscrição impedirá a aplicação da Lei das contravenções penais aos ambulantes e aos marreteiros dos grandes centros populacionais, bem como desprotegerá o empresário quanto a marca e símbolos da empresa[45].

Também o novo ordenamento manteve ao pequeno empresário a dispensa expressa da mantença de escrituração e de livros.

Observa-se, igualmente, uma nova apresentação conceitual de alguns institutos antigos, tais como empresa, empresário e ato de comércio. Assim, COUTO e SILVA definiu o conceito de empresa e sua aplicação no Projeto e na Lei das Sociedades Anônimas em seu clássico artigo O Conceito de empresa no direito brasileiro, esclarecendo que este sofreu forte influência do direito italiano[46]. Em verdade, segundo o jurista gaúcho, o conceito de empresa supera a distinção entre os direitos obrigacionais, constituindo fator importante para a unificação[47]. Mas em conclusão o autor assevera que não há um conceito unitário de empresa[48].

Já quanto ao conceito de empresário (que vem no artigo 969) como sendo aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, COUTO e SILVA lembra que ele reflete com exatidão o disposto no artigo 2.082 do código civil italiano[49].

No Código se vê nitidamente o abandono da figura do empresário comercial, e sua troca pela disciplina jurídica da empresarialidade[50] e do estabelecimento, com o que, desta vez, se afastou da linha do código italiano, mostrando assim sua originalidade[51], já antes defendida por REALE. Mas em análise mais particular representa um verdadeiro aperfeiçoamento daquele em termos técnico-jurídicos, tendo havido também um ajustamento à realidade brasileira[52], o que era normal, já que sua redação final se dava há mais de 30 anos daquele, que não por isso deixou de lhe inspirar em muitos pontos.

Por fim, vale referir que o tormentoso e jamais determinado conceito de ato de comércio, segundo BULGARELLI, é substituído pelo de empresa, bem como a categoria de fundo de comércio cede lugar à de estabelecimento[53], todos em combinação com o novo conceito de empresário, que afasta também o de comerciante, segundo o artigo 969. Por isso a analogia ao código civil italiano deve ser evidenciada.

---

[45] BULGARELLI, W. *Op.cit.*, p. 226 e 257.
[46] COUTO e SILVA, C. V. do. **O conceito de empresa no direito brasileiro**, p. 22.
[47] *Idem*, p. 25.
[48] *Idem*, p. 29.
[49] *Idem*, p. 26.
[50] BULGARELLI, W. *Op.cit.*, p. 187.
[51] *Idem*, p. 190.
[52] *Idem, ibidem.*
[53] *Idem*, p. 202. Ver também a fonte desta afirmação em REALE, M. *Op. cit.*, p. 78.

Isto posto, mesmo que em aspectos gerais, esta seção do estudo seguirá retratando uma série de críticas oferecidas pelos estudiosos pátrios contra a inclusão do direito da empresa no novo Código, pelo menos da maneira pela qual foi feita, que julgam ter sido parcial e lacunosa.

Inicialmente, cabe dizer que a adoção da teoria da empresa[54] sem ressalvas poderá fazer com que, pouco a pouco, as pequenas explorações, fracas de recursos, sejam substituídas por grandes conjuntos de produção e distribuição.

Já Fábio Konder COMPARATO diz que o Livro consagrado à disciplina dos empresários e das sociedades surge como um corpo estranho no Código, sem uma ligação interna e necessária com as demais partes da obra[55]. Também para o autor os contratos empresariais, no livro das obrigações, apresentam-se, salvo exceções, mal regulados[56]. Contudo, assevera por final que estão bem melhor que na proposta de 1965.

Rubens REQUIÃO, citado por BULGARELLI, tece as críticas mais fortes à reunião da matéria civil e comercial no mesmo então Projeto. Segundo o autor, se assim foi com Teixeira de Freitas, os tempos modernos impõem a fragmentação legislativa[57], ou como quer Ascarelli, o fracionamento[58], ao lembrar que na Itália há, inclusive, um Código da Navegação separado do Civil[59]. Lembra ainda que a Suíça e a Itália foram movidas por idéias políticas e ideológicas presentes a época em que promoveram as suas unificações. Mas nos últimos 30 anos a Alemanha, a França, Portugal, Argentina (com a lei das sociedades comerciais), Colômbia e o México estabeleceram dualidades ao menos nas matérias relativas às sociedades.

Para Norberto MAC-DONALD, tal sistematização frustrou expectativas no tocante a inovações[60]. Deixou, por exemplo, de regular novos contratos que já estão em uso, entre a população, há muito tempo[61].

Deixou de introduzir a limitação da responsabilidade do empresário individual[62], o que vem sendo referido como o instituto do destacamento, já que perdeu a oportunidade de disciplinar sobre as Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada ou sociedades unipessoais[63]. Claro que este assunto nunca foi pacífico em direito brasileiro, mas não é de

---

[54] Sobre a substituição da teoria dos atos de comércio pela da empresa é conclusão a que chega MAC-DONALD, N. da C. C. *Op.cit.*, p. 157.
[55] COMPARATO, Fábio Konder. **Atualidades**, p. 177.
[56] *Idem, ibidem.*
[57] BULGARELLI, W. *Op.cit.*, p. 217-219.
[58] Citado por MAC-DONALD, N. da C. C. *Op.cit.*, p. 141.
[59] Referência que também faz MAC-DONALD. *Idem, ibidem.*
[60] *Idem*, p. 157.
[61] BULGARELLI, W. *Op.cit.*, p. 217.
[62] *Idem*, p. 271. Sobre o assunto ver o trabalho de ARAUJO por nós orientado. ARAUJO, Jair Sidnei Freitas de. **Responsabilidade do Comerciante Individual**.
[63] Por todos, ver o assunto em SALOMÃO FILHO, Calixto. **A sociedade unipessoal** e ainda em GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique. **Sociedad unipersonal o empresa unipersonal**.

olvidar que as adotaram o Peru, em 1976 e a Costa Rica, em 1969[64]. Tais empresas foram também adotadas na Alemanha (com a Lei de 4 de julho de 1980), após profundos estudos desencadeados na Universidade de Heidelberg. Mais recentemente, observou-se esta disciplina na França (com a Lei 85-697, de 11 de julho de 1985)[65], e em Portugal e Itália, Bélgica, Holanda, Dinamarca e no Paraguai[66].

Já disse COUTO e SILVA em 1986 que se discutia com vigor a respeito da sociedade unipessoal no mundo inteiro[67]. No Brasil é objeto de Projeto de Lei sobre Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, de autoria do Departamento Nacional de Registro e Cadastro do Comércio, que está no Senado Federal desde agosto de 1991[68]. Mas o novo Código preferiu não acolher as sociedades unipessoais, ainda que COUTO e SILVA reconhecera sua progressiva admissão[69], pois o conceito de sociedade pressupõe a existência de no mínimo dois sócios. Como pensar, então, em sociedade de um homem só[70]?

A inclusão do direito da empresa no Código Civil tornou sua eficácia discutível pois também não afastou a possibilidade de existirem sociedades de homens de palha, ou de *Strohmänner*, os testa-de-ferro, segundo denominação de Fran MARTINS[71]. Assim que a nova regulamentação não demonstrou como coibirá a presença destes, também conhecidos como ficcionistas.

Na seqüência das críticas, o ponto do direito da empresa no novo Código regulamentou apenas superficialmente as sociedades coligadas, chamando-as de "ligadas", e silenciou em relação às uniões pessoais, aos contratos interempresariais e aos consórcios.

---

[64] A responsabilidade limitada do comerciante individual é reconhecida legalmente no Peru pela Lei número 21.621, de 14 de setembro de 1976. Também o Código de Comércio da Costa Rica, com a reforma da Lei número 4.327, de 17 de fevereiro de 1969, admitiu e regulou a empresa individual de responsabilidade limitada. MARTINS, F. *Op.cit.*, p. 335.

[65] *Idem*, p. 135-136.

[66] A regulamentação noutros países pode ser encontrada em ARAUJO, J. S. F. de. *Op.cit.*, p. 21 e detalhadamente nas páginas 33-41.

[67] COUTO e SILVA, C. V. do. *Op.cit.*, p. 27.

[68] Pontualmente analisado em ARAUJO, J. S. F de. *Op.cit.*, p. 7 e 22-29.

[69] COUTO e SILVA, C. V. do. *Op.cit.*, p. 27.

[70] Segundo MARTINS, "O direito brasileiro está dando passos positivos para o reconhecimento pleno da separação do patrimônio do comerciante individual. Assim, deve este fazer duas declarações de renda, uma como pessoa física e outra como comerciante. Isso significa que a própria lei reconhece que há um patrimônio do comerciante individual diverso do patrimônio particular da pessoa física que exerce o comércio. Por outro lado, se o comerciante individual vende um imóvel que está contabilizado como fazendo parte do seu acervo comercial, não necessita da outorga uxória, indispensável nas transações sobre imóveis de pessoas casadas". MARTINS, F. *Op.cit.*, p. 335. Neste sentido o novo Código Civil brasileiro onde, qualquer que seja o regime de bens, o empresário (a) casado (a) não depende da outorga conjugal para vender imóveis do patrimônio da empresa. ÉBOLI, Evandro. Presidente sanciona hoje o novo Código Civil. **O Globo**. Rio de Janeiro, 10 jan. 2002, p. 11.

[71] MARTINS, F. *Op.cit.*, p. 315.

Já quanto à importante questão da desconsideração da personalidade jurídica[72], apresentou um dispositivo[73] muito restrito e tímido no artigo 50, em nada se aproximando dos profundos estudos do professor de Heidelberg Rolf Serick. Vale lembrar que há disposição muito mais agressiva no Código de Defesa do Consumidor, por seu artigo 28 e na cópia que lhe fez o artigo 18 da Lei da Concorrência brasileira, disposições que em momento algum justificam a lacuna deixada no Código Civil.

Waldirio BULGARELLI entende ser ele merecedor de crítica também pelo fato de a falência civil não ter sido instituída e tampouco unificada[74], no sentido de poder ser decretado o mesmo instituto para a pessoa civil. Ou, não sendo possível esta hipótese máxima, ao menos tivesse regulado a falência comercial do menor de idade que exerce atos de comércio mesmo sem registro legal.

Também entende o renomado autor, em críticas mais veementes, que o regime da empresa não deveria estar incluído no Projeto[75], e agora tampouco no Código, e sim constituir uma Lei Geral para as Sociedades, ou um Código de sociedades, idéia que tem amparo na Emenda de número 562, a ela tendo se referido. Desta forma, a unificação se daria somente no âmbito das obrigações, que na verdade é matéria comum, e traz a vantagem da coordenação sistemática, permitindo um ajustamento melhor à parte geral[76].

Lembra ainda BULGARELLI que havia uma Emenda de número 304, do então deputado Tancredo Neves, propondo a retirada do direito das obrigações para compor um código próprio[77].

Por outro lado, no documento há uma total falta de atenção ao consumidor, para o qual nenhum dispositivo está expressamente ditado, assim podendo tê-lo feito com uma diretriz mais definida nos casos dos vícios redibitórios e da responsabilidade civil[78]. Parece até não ser um Código voltado para uma sociedade industrial em que a empresa detém o poder e impera o consumismo[79]!

---

[72] Sobre o assunto ver os trabalhos de GOMES, Yaná Christina Eubank. **A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade dos sócios, gerentes e administradores de empresas nas sociedades comerciais, em face do Código de Proteção e Defesa do Consumidor**, de GIARETA, Gerci. **Teoria da Despersonalização da Pessoa Jurídica**, de PINHO, Luciano Fialho de. **A desconsideração da personalidade jurídica e a proteção do consumidor no Código de Defesa do consumidor**, de LIMA, Osmar Brina Corrêa. **A teoria da desconsideração da personalidade jurídica descomplicada**, e de HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica: a experiência portuguesa**.

[73] Sobre a inclusão deste no Código ver MAC-DONALD, N. da C. C. *Op.cit.*, p. 158.

[74] BULGARELLI, W. **Contratos mercantis**, p. 51.

[75] BULGARELLI, W. **Tratado de direito empresarial**, p. 191.

[76] *Idem*, p. 199.

[77] *Idem*, p. 192-193.

[78] *Idem*, p. 208-209.

[79] *Idem*, p. 206.

Da mesma forma deixou de estabelecer a função social da empresa, que se pode pensar valer somente para as anônimas, pois lá a lei assim se refere[80].

Não bastasse o que já foi referido, o Código manteve em documentos apartados a legislação do anonimato, isto é, o regime das sociedades anônimas, parcialmente influenciada pela legislação alemã de 1967[81], bem como a legislação das limitadas, entre outras. Ocorre que o documento referido apenas fixa linhas gerais, e a regulamentação específica é remetida às leis especiais, segundo disposição expressa do artigo 1089, do novo Código Civil.

Entre os autores que não consideram esta a melhor solução técnica de normatização de um assunto, encontra-se Norberto MAC-DONALD[82]. Também, a decisão governamental de excluir estas matérias do Código, segundo COMPARATO, veio tornar ainda menos defensável a manutenção dessa disciplina da atividade negocial num mesmo documento[83]. Tal deveu-se ao fato de esse tipo societário (o do anonimato) ainda estar em aperfeiçoamento, como comprovavam as tentativas de alteração da sua lei no Brasil.

Ainda, por fim, outros pontos criticáveis são o fato de o Código não ter se referido às cooperativas, o que prova que a idéia de um Código de Sociedades não é tão descabida, não ter reproduzido, nem em regra geral, como fez com a reorganização das empresas, o regramento da falência, da propriedade industrial, da concorrência, do registro público das atividades empresariais e afins, do transporte marítimo e do transporte aeronáutico.

Ao contrário, optou por manter outros tratamentos flagrantemente desnecessários, como a regulamentação de sociedades em desuso. Por quê continuar a tratar delas?

A manutenção do trato de algumas matérias em documentos apartados[84] e a própria existência revivida destas leis (como a da sociedade anônima, que sofre remissões[85] pelo Código, e a da sociedade por quotas de responsabilidade limitada) que tratam das questões marginalizadas pelo Código faz pensar que a idéia da microssistematização está bem viva e fará com que o Código, nem bem vigente, precise ser revisto, conforme previsão de BULGARELLI[86].

---

[80] *Idem*, p. 207.
[81] REALE, M. **Questões de direito privado**, p. 86.
[82] MAC-DONALD, N. da C. C. *Idem*, p. 155.
[83] COMPARATO, F. K. *Idem*, p. 177.
[84] A exclusão do regulamento das sociedades por ações do âmbito do Código Civil modificou a anterior orientação do Anteprojeto e conservou a atualmente em vigor, segundo MAC-DONALD. MAC-DONALD, N. da C. C. *Op. cit.*, p. 158.
[85] Em especial a do artigo 1.089 sobre a regulação da sociedade anônima, a qual é cometida à lei especial. *Idem*, p. 141-142.
[86] BULGARELLI, W. *Op. cit.*, p. 272.

Em conclusão parcial, após ter sido retratado o surgimento do novo Código Civil brasileiro, documento que unificou as obrigações civis e comerciais e trouxe incluso um Livro destinado à Empresa, na segunda parte foram trazidas algumas considerações sobre a inclusão do direito da empresa em um regramento civil, bem como uma série de alterações conceituais com ela promovidas.

Como se viu, especialmente pelas veementes defesas de doutrinadores pátrios, tal sistematização não conseguiu tornar o direito negocial um mero ramo do direito civil, já que ele manteve sua autonomia própria.

Outra questão a qual se ateve este estudo foi repetir uma série de críticas a determinados aspectos materiais por terem ou não sido tratados pelo Código, como por exemplo a doutrina do *disregard*, que o foi, mas de forma tímida, a não regulamentação da sociedade unipessoal e, principalmente, por ter o Código optado por um sistema de previsão geral, mantendo em vigor leis específicas esparsas.

Mas o que interessa para o seguimento deste estudo é que o novo Código Civil tratou dos processos de fusão, incorporação e outras formas de reorganização societária, o que será visto a seguir. Contudo, tal referência se deu em linhas gerais, pois a regulamentação específica segue sendo determinada pela lei das sociedades anônimas, onde até agora a matéria estava unicamente tratada.

PARTE 2

CONCENTRAÇÕES E DESCONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS

Antes de serem indicadas nessa parte as formas e fases de compenetração de empresas, imperioso se faz estudar o fenômeno concentracionista e sua relação com a disciplina da concorrência e com o interesse dos consumidores, pois os seus efeitos no mercado são comuns, independentemente da forma escolhida pela empresa.

Diversos são os elementos ponderados por elas no momento da manifestação do interesse concentracionista, sendo que os principais são a diminuição de custos e a viabilização de novos mercados.

A questão que umbilicalmente deverá ser referida é a da disciplina da concorrência, já que esta é profundamente alterada com a concentração de empresas. No Brasil tal controle está afeto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão que recebe as denúncias sobre empresas que pratiquem condutas típicas que limitem a concorrência. Vale lembrar, como será visto a seguir, que existem condutas que podem ser aprovadas mesmo que sejam anticoncorrenciais, especialmente se estiverem em conformidade com o interesse dos consumidores.

Então, inicialmente serão configuradas características dos processos de reorganizações de empresas e posteriormente as formas e fases específicas de manifestação deste fenômeno admitidas pelo novo Código Civil brasileiro.

A. Fenômeno concentracionista e concorrência

O surgimento do que será considerado um fenômeno concentracionista não é recente. Pelo contrário, tem origem muito remota, lá na Antigüidade, mas cujos reflexos se manifestaram mais modernamente na Revolução Industrial.

A manifestação atual deste fenômeno é devida à internacionalização das economias nacionais, materialmente integradas pela revolução nos transportes e nas comunicações[87], e se processa no fato das empresas serem forçadas a realizar ajustes e formar alianças de concentração para ampliar a economia de escala e a sinergia, com vistas a uma melhor sobrevivência e enfrentamento dos novos tempos competitivos[88].

Mas não somente estes elementos movimentam o fenômeno. Também a conquista de novos mercados, especialmente se motivada por benefícios fiscais[89], é verificada.

A concentração de empresas também permite a elas racionalizar a produção e a administração do negócio, mais facilmente adotar os progressos tecnológicos e desenvolver cabedais, reorganizar as estruturas, evitar a concorrência e acessar investimentos de grande vulto[90]. Não fosse o bastante, ainda pode desencadear uma transferência de tecnologia, a viabilização de novos mercados, facilidades tributárias e fiscais, um mais eficiente controle de matérias-primas, um mais racionalizado uso de mão-de-obra e a divisão de riscos e de lucros entre coligadas.

A empresa, ao assim agir, busca um ambiente que acredita possa vir a ser-lhe favorável, por garantir eficiência alocativa e produtiva, preços mais baixos, produtos mais abundantes[91] e outras alternativas válidas, tal como a de internacionalizar a produção.

---

[87] MAGALHÃES, José Carlos de; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. **A concentração de empresas e a competência do CADE**, p. 30.

[88] *Idem*, p. 31, CARVALHO, Patrícia. **Joint Venture: um olhar voltado para o futuro**, p. 165 e SQUASSONI, Christian Max Finardi. **O direito de continuar sócio de S/A face às reorganizações societárias**, p. 140

[89] Sobre o assunto ver o recurso especial número 242.721/SC, segundo o qual a "transformação em qualquer de suas facetas das sociedades não é fato gerador de ICMS".

[90] VAZ, Isabel. **Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas**, p. 226 e LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Incorporação de companhia controlada**, p. 88.

[91] LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito da concorrência e direito do consumidor**, p. 87..

Sem dúvida, dois dos principais fatores motivadores são a necessidade de redução de custos e a melhoria de qualidade para competir. O atingimento deste nível desejado tem como conseqüência a ampliação dos lucros, a criação de empresas mais competitivas, mais capitalização e qualidade, além de apresentar um equilíbrio do balanço de pagamentos e uma estrutura logística consolidada, tudo num propósito que pode ser o de fugir à absorção pelo capital estrangeiro.

Em verdade, este fenômeno é fundado em haver uma consciência que a empresa só poderá sobreviver no longo prazo efetuando uma reorganização societária, seja através da entrada de novo sócio nacional ou estrangeiro, fusão ou aliança estratégica[92].

Segundo o pensamento empresarial, tais práticas são os resultados das inevitáveis exigências ligadas às conjunturas do mercado e à necessidade de coordenar esforços para satisfazer a demanda dos altos investimentos requeridos pelo progresso tecnológico[93].

Então, assim como outros países, o Brasil tem registrado um número crescente de metamorfoseamentos, fusões e aquisições de empresas realizadas com o objetivo primordial de incrementar a competitividade local ou internacional, diante do fortalecimento de concorrentes em ambas as esferas, sobretudo no exterior, segundo MAGALHÃES e SAMPAIO[94].

Não suficientemente satisfeitas com os objetivos acima declinados, como a mera intenção de crescer, a concentração de empresas passou a assumir variados motivos. Neste sentido inúmeras leis concederam estímulos como isenção de imposto de renda sobre a reavaliação do imobilizado e a não incidência de impostos sobre o aumento de capital. Devido a isso algumas empresas encontraram nos benefícios fiscais os principais atrativos para a reorganização.

Para as futuras manifestações do fenômeno já se pensa numa atividade empresarial concentrada em disputa entre blocos econômicos, como a ocorrida com a fusão da empresa americana Boeing com a McDonald Douglas, ato que foi contestado pela União Européia, o que vem modificar o quadro atual, no qual prevalece o enfoque de defesa da concorrência no mercado nacional e interno[95].

As concentrações de empresas recebem uma classificação doutrinária[96]. Elas podem se classificadas em horizontais, quando se verificam entre agentes econômicos situados na mesma fase do processo produtivo (luta contra as concorrentes diretas), verticais, quando se

---

[92] CARVALHO, P. *Op. cit.*, p. 163.
[93] REALE, M. *Op. cit.*, p. 85.
[94] MAGALHÃES, J. C. de; SAMPAIO, O. C. de A. *Op. cit.*, p. 39.
[95] *Idem*, p. 41.
[96] VAZ, I. *Op. cit.*, p. 227-228.

operam entre agentes situados em diferentes etapas do processo, desde que não sejam concorrentes entre si, e conglomerados[97], situados em uma categoria residual, reunindo as concentrações que não se enquadram nem na primeira categoria nem na segunda. Há autores que se referem ainda às concentrações diagonais ou de natureza fiscal, assunto que não será explorado.

Isto posto, há uma questão diretamente relacionada com a concentração de empresas que é a da disciplina da concorrência[98].

Os Estados Unidos da América são um país que, ao contrário do Brasil, sempre preservaram a livre iniciativa e a concorrência como valores fundamentais da nação[99]. Já aqui, fatores recentes como a abertura das fronteiras e a conseqüente admissão das importações em geral (imposta até pelo sucesso da Rodada Uruguai do GATT) e o abandono da prática das substituições de importações, bem como a estabilização monetária, a privatização das empresas estatais, a globalização e o fim da vida útil da geração dos primeiros empresários brasileiros[100] deram novos contornos à legislação antimonopólio[101].

Então em momento oportuno[102] a Constituição Federal de 1988 optou pela livre iniciativa e pela não-intervenção do Estado na economia, princípios que estão estabelecidos no artigo 170 e seguintes, onde também se encontram os incisos referentes à defesa do consumidor, à função social da propriedade, defesa da concorrência e ao meio ambiente, em igualdade hierárquica.

Esta proximidade entre defesa do consumidor e da concorrência já era notada em 1951 com a definição dos crimes contra a economia popular, cujo documento pode ser entendido como um diploma de defesa do consumidor ou da concorrência da época[103]. E a atual lei da concorrência mantém esta aproximação ao incluir no artigo 1° o propósito de defesa do consumidor.

Esta relação pode ser melhor entendida com a lembrança de que a prática de um só ato pode configurar violação ao Código de Defesa do Consumidor, concorrência desleal e incidência do Código de Propriedade Industrial, além de configurar abuso de poder econômico.

---

[97] FONSECA, José Júlio Borges da. **Disciplina da concorrência nas operações de concentração empresarial**, p. 30.

[98] Sobre os órgãos responsáveis pela tutela deste direito no Brasil ver o trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito de KERN, por nós orientado. KERN, Adriana Sílvia Klein. **Direito da Concorrência no Brasil: evolução normativa e órgãos responsáveis pela sua tutela.**

[99] MAGALHÃES, J. C. de; SAMPAIO, O. C. de A. *Op. cit.*, p. 30.

[100] CARVALHO, P. *Op. cit.*, p. 162.

[101] MAGALHÃES, J. C. de; SAMPAIO, O. C. de A. *Op. cit.*, p. 31.

[102] Segundo MAGALHÃES e SAMPAIO, "os longos anos de prática intervencionista deixaram marcas profundas que a Nação resolveu apagar (...)". *Idem*, p. 32.

[103] LOPES, J. R. de L. *Op. cit.*, p. 80.

Neste sentido, a Lei 8.884/94, tendo reiterado os princípios constitucionais no seu artigo 1°, veio ainda regular o controle de atos e contratos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultem na dominação de mercados relevantes de bens ou de serviços, como visualizado no artigo 54. Esta limitação é geralmente advinda como conseqüência das reorganizações empresariais.

Adentrando um pouco mais na legislação brasileira de concorrência acima mencionada, observa-se que ela versa sobre a defesa da concorrência, e não pelo estímulo a ela[104]. Assim, esta lei não acolheu a teoria da concorrência potencial[105], aplicada para estimular e não para defender a concorrência, pois em última análise ela pretende que a empresa interessada em participar de um mercado novo o faça individualmente, por si própria, ou mediante a constituição de uma subsidiária, com o que acirrará a concorrência local, segundo MAGALHÃES e SAMPAIO[106]. Assim prevê que uma fusão somente seja condenada quando ela não aumentar a concorrência, quando não provocar o estresse da concorrência, o que faz a fusão como estímulo e necessidade de aumento da concorrência valorada positivamente ser uma busca constante nos ordenamentos que a adotam.

Portanto, no Brasil, não havendo limitação à concorrência existente, ou ainda que tal ocorra, estando preenchidos os pressupostos do artigo 54 (essencialidade para a economia e não prejuízo ao consumidor final), a reorganização é aprovada, mesmo que a concorrência no mercado não venha a ser aumentada.

Caso o Brasil adotasse essa teoria, o *caput* do artigo 54 deveria dizer que "serão submetidos à apreciação do CADE os atos que não impliquem em aumento substancial da concorrência", e não como hoje é disciplinado, devendo serem autorizados mesmo aqueles que possam limitar a concorrência. Por não ser como acima declinado, o CADE se limita a sua previsão constitucional de não aplicar teorias destinadas a impulsionar a concorrência[107].

Como exemplo de condutas típicas que limitam a concorrência, tem-se a venda casada, a cartelização, o açambarcamento de mercadorias, a fixação de preços de revenda, a retenção de bens de produção ou de consumo, a criação de dificuldades às empresas concorrentes e a imposição de preços excessivos[108], entre outras menos sensíveis.

---

[104] MAGALHÃES, J. C. de; SAMPAIO, O. C. de A. *Op. cit.*, p. 42.

[105] Nem a teoria alemã da criação ou fortalecimento de posição dominante no mercado, que gira em torno do conceito de criação de posição dominante ou seu reforço. FONSECA, J. J. B. da. *Op. cit.*, p. 33-34.

[106] MAGALHÃES, J. C. de; SAMPAIO, O. C. de A. *Op. cit.*, p. 43.

[107] O fato de o CADE não insistir na aplicação de teorias destinadas a impulsionar a concorrência prejudica a livre iniciativa. *Idem*, p. 44.

[108] VAZ, I. *Op. cit.*, p. 221.

Então a atuação do CADE, uma espécie semelhante ao Bundeskartellamt alemão[109], é subordinada à lei, qualificando-se seus atos como atos vinculados da Administração, e por tal não dispondo o administrador de ampla liberdade de decisão, segundo MAGALHÃES e SAMPAIO[110]. Esta atuação pode ser de caráter preventivo, examinando os atos de concentração capazes de alterar significativamente o equilíbrio das forças de mercado, nele provocando distorções, ou repressivo, cuja ação ocorre após a ocorrência de um ato ou conduta julgados lesivos à concorrência e aos direitos do consumidor[111].

O controle promovido pela instituição visa manter desconcentradas as estruturas de mercado, de modo a reduzir a autonomia excessiva de alguns participantes, incrementar a concorrência, a competição, a melhoria da qualidade dos produtos e serviços e beneficiar, com a redução de custos, o consumidor final. Assim os atos somente serão aprovados se ficar demonstrado que a transação acarreta benefícios para o consumidor maiores do que as eventuais restrições à concorrência[112].

Vale lembrar que a reorganização pode decorrer de uma necessidade de o país fortalecer suas empresas, necessidade que precisa ser equilibrada com a de defesa da concorrência e do consumidor. Segundo esta argumentação, duas empresas, ao reunirem seus patrimônios, seus esforços, suas tecnologias, podem auferir ganhos de escala maiores que se operassem de forma isolada[113].

Não há dúvida que a concentração de empresas acarreta o fortalecimento da economia de uma nação, mas não se pode descurar os direitos do cidadão enquanto consumidor ou usuário de bens e serviços[114]. Por outro lado, os interesses do Estado não podem sobrepor-se aos direitos dos consumidores e ao direito de acesso ao consumo[115]. Então estes limites são de análises por demais estreitas. Pode haver a situação que, mesmo sendo lesionado, o valor maior a ser pesado é o ato de disponibilizar o produto no mercado consumidor.

Antigamente se pensava que a fusão era um "ilícito em si", isto é, fusão como sendo sempre um ilícito[116]. Hoje já se observa que há hipóteses onde o consumidor é mais beneficiado, mesmo que haja a retirada de um agente do mercado, reduzindo desta maneira suas possibilidades de escolha. Nos Estados Unidos da América esse procedimento permissivo é a regra da razão (*Rule os reason*, de 1911), segundo a qual passaram a ser condenadas apenas as restrições desarrazoadas à concorrência[117].

---

[109] FONSECA, J. J. B. da. *Op. cit.*, p. 30.
[110] MAGALHÃES, J. C. de; SAMPAIO, O. C. de A. *Op. cit.*, p. 34.
[111] VAZ, I. *Op. cit.*, p. 220.
[112] *Idem*, p. 222.
[113] *Idem*, *ibidem*.
[114] *Idem*, p. 224.
[115] *Idem*, p. 230.
[116] *Idem*, p. 222.
[117] *Idem*, p. 223.

Dentre outras situações conhecidas como condutas anticoncorrenciais autorizadas, encontra-se o fortalecimento da indústria nacional, o que justifica uma fusão, o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade, o desenvolvimento tecnológico ou econômico, as práticas fundadas em motivo preponderante para a economia nacional e os benefícios eqüitativos entre empresas e consumidores finais[118], como redução dos preços e aumento da eficiência. Vale lembrar que muitos desses elementos são os mesmos buscados pelas empresas quando tomam a decisão de se submeterem a processos de reorganização.

Sobretudo, as eventuais concentrações serão aprovadas especialmente se estiverem em conformidade com o interesse do consumidor. Ocorre que o processo de privatização, parte de uma diretriz aceita pelo Brasil, que tinha como objetivo a inserção da econômica nacional em um mercado mundializado, promoveu uma abertura da economia brasileira[119] aos investimentos estrangeiros no país, com privilégios, créditos e facilidades jamais outorgadas aos empresários nacionais. Assim, os interesses do consumidor agora não estão apenas em face dos produtores nacionais, mas em face de gigantescos conglomerados estrangeiros também[120].

Qualquer reorganização de empresas, ato ou contrato se torna suscetível de, em tese, afetar os interesses do consumidor, pois toda fusão ou incorporação acarreta a supressão de um ou mais agente econômico no mercado, reduzindo as oportunidades de escolha do consumidor[121]. Conforme a dimensão da operação[122], sendo ela capaz de provocar distorções nos mercados e afetar a livre formação dos preços, independentemente da forma de sua manifestação, isto é, estando ou não prevista na lei do anonimato[123], ela precisa ser levada à aprovação perante o CADE[124], conforme disciplina do artigo 54 da Lei 8.884/94. Só este procedimento constitui condição da legitimidade do ato, cuja negligência acarreta aos infratores pesadas multas e processos administrativos.

O pedido que visa a aprovação deve ser realizado no prazo de quinze dias da sua consumação, sob pena de pesadas multas.

---

[118] FONSECA, J. J. B. da. *Op. cit.*, p. 35. Sobre o fato de o interesse do consumidor justificar a concentração, ver MELEDO-BRIAND, Danièle. **A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência**, entre outros ao longo deste trabalho citados.

[119] Dramática, segundo VAZ. VAZ, I. *Op. cit.*, p. 224-225.

[120] *Idem*, p. 226.

[121] *Idem*, p. 220.

[122] Segundo LEÃES, tais fenômenos implicam "num conjunto de atos jurídicos, resolvendo-se, como diz a lei, numa operação, vale dizer, num procedimento negocial". LEÃES, L. G. P. de B. *Op. cit.*, p. 88.

[123] VAZ, I. *Op. cit.*, p. 227.

[124] Através do conhecido dever de notificar – ou em alemão - *anmeldepflicht*. FONSECA, J. J. B. da. *Op. cit.*, p. 30. Contudo, "A lei brasileira não utilizou cláusula geral semelhante à da lei alemã, preferindo a técnica francesa de submeter os atos, sob qualquer forma manifestados, à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE". *Idem*, p. 27.

O CADE não poderá impugnar atos que demonstrem sua necessidade por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum e ausência de prejuízo ao consumidor ou usuário final, independentemente de se estimulem a concorrência ou não[125].

A tarefa se torna difícil quando se almeja conciliar a efetividade da defesa do consumidor com a tendência mundial de formação e fortalecimento de megaempresas, pois com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 tanto a livre concorrência quanto a defesa do consumidor adquiriram status de princípios constitucionais a serem respeitados, pois são normas de igual valor hierárquico[126]. Impõe-se um chamado balanceamento econômico[127], uma compatibilização para a solução dos conflitos entre os princípios.

Evidenciando, vê-se que uma das primeiras preocupações das autoridades ao analisarem uma concentração de empresas consiste na busca de mecanismos capazes de salvaguardar os direitos do consumidor[128]. Também um ato pode ser aprovado pela evidência que vá beneficiar o consumidor ou lhe reserve uma parte razoável do lucro resultante, o que é, para alguns autores europeus, o objetivo final e o critério de aplicação do direito de concorrência[129].

Devido a isso, há autores que vêem o CADE também como um órgão de defesa do consumidor[130], pois a lesão de um consumidor pode ser a evidência de uma prática abusiva, cujos efeitos gerais (ou universais) sobre o mercado denotam o abuso de posição dominante[131]. LOPES, por exemplo, afirma que o consumidor é o centro do direito da concorrência, já que sua proteção permeia toda a discussão deste direito[132]. Já segundo Danièle MELEDO-BRIAND, se se considerar efetivamente que a satisfação dos consumidores é a finalidade última da atividade econômica, e o consumidor enquanto destinatário final das regras de mercado como elemento da dinâmica de mercado, poderá se concluir que o direito da concorrência serve igualmente aos interesses dos consumidores[133].

Ainda, a lesão pode ser o ponto de partida de uma investigação que pretenda verificar se determinado mercado é ou não concorrencial. Assim é que o consumidor vai obter a manutenção de um ambiente que se acredita possa vir a ser-lhe favorável, por garantir eficiência alocativa e produtiva, preços mais baixos, produtos mais abundantes e alternativas.

---

[125] MAGALHÃES, J. C. de; SAMPAIO, O. C. de A. *Op. cit.*, p. 35. Se o Brasil tivesse adotado a teoria da concorrência potencial, diferente seria este último entendimento.
[126] VAZ, I. *Op. cit.*, p. 223.
[127] MELEDO-BRIAND, D. *Op. cit.*, p. 44.
[128] VAZ, I. *Op. cit.*, p. 220 e 231.
[129] Como em MELEDO-BRIAND, D. *Op. cit.*, p. 41 e seguintes.
[130] Como em LOPES, J. R. de L. *Op. cit.*, p. 80.
[131] *Idem*, p. 82.
[132] *Idem*, p. 86.
[133] MELEDO-BRIAND, D. *Op. cit.*, p. 41.

Vale esclarecer que o interesse do consumidor individualmente considerado não é o objeto de decisão do Conselho[134], mas deve ser pleiteado perante o judiciário cível ou criminal. Isto é, em todos os casos levados àquela instância o interesse do consumidor ou o progresso econômico deve dizer respeito ao conjunto da coletividade[135].

Robert BORK, um americano considerado o mais reducionista, por sua vez, é mais explícito ao afirmar que o único parâmetro válido para autorizar a concentração é o bem-estar do consumidor[136].

Igualmente em direito comparado, no Reino Unido observa-se que a preocupação com o consumidor integra o direito da concorrência e foi reforçada pelo *The consumer Act* de 1974[137]. Já no direito francês os dois regramentos perseguem paralelamente os seus objetivos[138], havendo várias disposições legais interconectadas.

Por derradeiro, já em encaminhamentos finais deste paralelismo entre o interesse dos consumidores e a reorganização de empresas, é devida menção ao instrumento do compromisso de desempenho, que tem se constituído numa das principais garantias de defesa do consumidor[139] e da concorrência. Em verdade, é o principal mecanismo de defesa dos consumidores que pode ser acionado e funcionar de modo eficiente, disciplinado no artigo 58 da Lei 8.884/94. Há, todavia, outros mecanismos postos à disposição da sociedade como meio de defesa das prerrogativas dos usuários e consumidores de bens e serviços. Mas este exige que os benefícios decorrentes da transação sejam distribuídos eqüitativamente entre as empresas e os consumidores finais.

Dele deve constar a descrição das metas quantitativas e qualitativas a serem atingidas em prazos pré-definidos e as formas de fiscalização do seu cumprimento, cabendo ao consumidor uma parte da tarefa de acompanhar e fiscalizar se as promessas foram realizadas[140].

Outras limitações à reorganização de empresas que não a Lei da Concorrência nem o interesse do consumidor podem ser encontradas no direito do trabalho brasileiro. Lá, a responsabilidade do grupo de sociedades, enquanto unidade econômica, em face do contrato de trabalho, que é solidária[141], promove temor em empresários e é ponderada como fator negativo na análise das conveniências de se promover a reorganização.

Na parte ora encerrada foram repassados os principais fatores motivadores que levam as empresas a se submeterem a processos de fusão ou cisão, bem como os desejados resultados buscados, sejam redução de custos ou conquistas de novos clientes.

---

[134] LOPES, J. R. de L. *Op. cit.*, p. 82 e 86.
[135] MELEDO-BRIAND, D. *Op. cit.*, p. 57.
[136] Citado em FONSECA, J. J. B. da. *Op. cit.*, p. 28.
[137] MELEDO-BRIAND, D. *Op. cit.*, p. 40.
[138] *Idem, ibidem.*
[139] VAZ, I. *Op. cit.*, p. 227 e 228-230.
[140] *Idem*, p. 229-230.
[141] COUTO e SILVA, C. V. do. *Op. cit.*, p. 22.

Dentre os tipos apresentados o de concentração horizontal é o mais corriqueiramente utilizado, mormente pelo fato de que a empresa procura outra que tenha interesses, atividade e participação no mercado compatíveis com a sua, mesmo que seja concorrente direta.

Na seqüência foi dimensionado o peso do interesse do consumidor na eventual aprovação ou não de uma concentração ou desconcentração empresarial, tendo sido afirmado que, segundo autores ali indicados, o benefício ao consumidor é o objetivo final do direito da concorrência, regulador dos processos aqui analisados, cujas formas e fases de manifestação serão tratadas a seguir.

Ainda, foi visto como enfrentar a afetação que o fenômeno concentracionista promove na concorrência de mercado estabelecida ou a se estabelecer. Para tanto retratou-se a figura do instrumento do compromisso de desempenho. Este é mais um elemento que evidencia a relação interna próxima que têm o direito do consumidor com o direito da concorrência na relação de ambos com as compenetrações.

Por fim, observou-se que a responsabilidade do grupo de sociedades a ser formado com a concentração, que é solidária, exerce um certo receio nos empresários com o ímpeto concentracionista.

Em seguimento, aquela que é a parte final do trabalho indicará as formas e fases específicas de concentração e desconcentração admitidas pelo novo Código Civil brasileiro, além de aspectos atinentes a estes processos.

B. Formas e fases de compenetração

Há várias técnicas de reorganização empresarial, servindo algumas à concentração e outras à desconcentração societária, como no caso da cisão. Em todas elas cada empresa-parte abre mão de uma parcela de sua autonomia para, juntas, realizarem um empreendimento comum.

Na Europa continental, sobretudo na Itália, a fusão é gênero e a incorporação (fusão imprópria) é espécie. Assim a diferença está que na primeira a dissolução abrangerá todas as sociedades, e na segunda todas, menos uma, segundo ensina BULGARELLI, em obra densa, consistente, coerente e que esgota o assunto[142].

Mas no ordenamento pátrio são figuras distintas, perfeitamente identificáveis, por feliz iniciativa para se evitar confusões, tendo permitido o legislador, com clareza e precisão, serem usados os termos de fusão e incorporação.

---

[142] BULGARELLI, W. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**.

As associações normalmente são negociadas sob o maior sigilo, geralmente entre duas empresas, e apenas anunciadas quando elas são encerradas, momento em que se dá a assinatura de instrumentos que assegurem o cumprimento dos ajustes[143].

Em que pese essas compenetrações estejam reguladas pela Lei das Sociedades de Capital (ou, impropriamente, das Anônimas) por uma questão de *sedes materiae*, e não pelo Código Comercial, tais fenômenos são destinados a qualquer espécie de ambiente empresarial, até mesmo uma firma individual. Claro que a maior intensidade da incidência do fenômeno se dá nas anônimas, consideradas a configuração ideal da macroempresa.

Não são poucas as vezes que a própria lei do anonimato se refere expressamente à específica autorização do estatuto ou do contrato social, este instrumento típico das sociedades de pessoas, e também às reuniões entre órgãos de administração ou sócios-gerentes, o que deixa a entender que as referidas operações poderão processar-se entre sociedades do mesmo tipo ou de tipos diferentes[144].

Tendo isto sido visto, de imediato se passa a analisar algumas formas mais importantes e outras menos importantes, conforme são mais ou menos requeridas pelas empresas. Vale lembrar que este regramento nunca fez parte do ordenamento civil nem do Código Comercial brasileiro. Já o novo Código Civil disciplinou, em regras gerais, com remissões à Lei das Sociedades Anônimas, o assunto.

A primeira das formas de compenetração a ser apresentada é a transformação. Ocorre quando a sociedade passa de uma espécie a outra, como que numa metamorfose[145], independentemente de dissolução ou liquidação[146]. Tal ato depende do consentimento de todos os sócios, salvo se prevista anteriormente no contrato[147]. Neste tipo não se verifica a extinção da sociedade e nem há prejuízo ou modificação do direito dos credores[148].

Também não ocorre a sucessão de sociedades[149]. Portanto, os bens que constituem o patrimônio social não serão objeto de transmissão[150].

Sobre a transformação vale esclarecer que mero aumento ou redução do capital, retirada de herdeiros e espaçamento da duração da sociedade não importa em transformação[151].

---

[143] MAGALHÃES, J. C. de; SAMPAIO, O. C. de A. *Op. cit.*, p. 38.
[144] BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**, p. 415 e MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**, p. 81.
[145] BORBA, J. E. T. *Op. cit.*, p. 414.
[146] Artigo 1.113 do novo Código Civil.
[147] Artigo 1.114 do novo Código Civil.
[148] Artigo 1.115 do novo Código Civil.
[149] BORBA, J. E. T. *Op. cit.*, p. 414
[150] Na Lei 6.404/76 a disciplina da transformação se encontra expressa no artigo 220.
[151] MENDONÇA, J. X. C. de. *Op. cit.*, p. 76.

Se a transformação for autorizada pelo contrato social, ela é considerada pura e se confunde com a alteração contratual. Se, contudo, não for autorizada pelo contrato primordial, essa modificação é constitutiva[152] e se confunde com a criação de uma nova sociedade por contrato social também.

A segunda das mais importantes é a fusão. A fusão é a união de duas ou mais sociedades que se extinguem dando lugar à criação de uma nova, que as sucede em todos os direitos e obrigações[153]. Trata-se da forma mais radical e menos perigosa de concentração. Exige uma primeira fase de aprovação nas assembléias-gerais de cada uma das sociedades incluídas na operação, com o fito de aprovar o protocolo e nomear os peritos que avaliarão os patrimônios das outras companhias[154]. Teoricamente as sociedades não entram em liquidação, mas desaparecem em absoluto. Isso representa substancial economia financeira.

As sociedades anônimas são as que se apresentam mais adaptadas a sofrer processo de fusão, mas isso não impede que outras formas se submetam a esse processo. Não há dissolução daquelas, todavia.

A fusão pode resultar em sociedade de pessoas, na qual a responsabilidade dos sócios seja maior que nas anteriores anônimas fundidas. Isso pode ensejar direito de recesso, pelo aumento da responsabilidade social, assunto que será visto oportunamente.

A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações[155]. Os acionistas da sociedade incorporada recebem, em troca de suas antigas ações que se extinguem, ações do capital da incorporadora. Exige-se assim, simplesmente novo contrato social. Nesta operação desaparece uma ou mais sociedades, chamadas incorporadas, e permanece a sociedade incorporadora, sem qualquer alteração na sua pessoa jurídica, mas sucedendo às incorporadas em seus direitos e obrigações. Por fim, é ônus da incorporadora declarar extinta a incorporada[156].

Vale ressaltar que o artigo 264 da Lei 6.404/76 fala da incorporação e fusão de sociedades já controladas, diferenciando-se dos demais casos gerais, onde as sociedades são independentes. Isto é assim pois aqui não há duas maiorias acionárias distintas aprovando a operação, apenas o grupo acionário da controladora, que também atua na controlada, votando de igual maneira e impedindo o contraponto. Tal procedimento ocasiona o risco de a operação da controladora resvalar para um contrato consigo mesmo! Este procedimento tem norma especial na lei, exigindo critério de avaliação dos patrimônios líquidos das

---

[152] *Idem*, p. 77.

[153] Na Lei 6.404/76 a disciplina da fusão se encontra expressa no artigo 228. E no novo Código Civil no artigo 1.119.

[154] Segundo o artigo 1.120 do novo Código Civil.

[155] Na Lei 6.404/76 a disciplina da incorporação se encontra expressa no artigo 227. E no novo Código Civil no artigo 1.116.

[156] Artigo 1.118 do novo Código Civil.

sociedades participantes determinados e relação de troca de ações fixada, pois passa pelo que os alemães chamam de *Aquivalenz störung*, ou turbação da equivalência[157].

Já a cisão, diversamente dos anteriores fenômenos de aglutinação, opera por cissiparidade[158]. É uma modalidade muito utilizada por permitir que se dê um novo destino a um conjunto de bens pertencentes a uma determinada empresa em vias de recomposição acionária ou se divida uma sociedade em várias unidades autônomas.

Neste caso muito se discute a solidariedade da sociedade primitiva e das que absorvem parcelas de seu patrimônio[159]. Assim, a responsabilidade será solidária, salvo se o ato de cisão determinar o contrário. Cuidado. Essa regra é mais um instrumento de lesão aos credores que não estiverem atentos à divulgação da cisão, conforme BORBA[160], pois seus créditos passarão a ser garantidos apenas por uma parte do antigo patrimônio.

Arnoldo WALD tem um artigo específico sobre esta responsabilidade que trata de notificação, isto é, da forma pela qual a solidariedade haveria de ser resguardada, no interesse dos credores, o que é matéria relacionada ao artigo 233 da lei societária. Portanto, para que a solidariedade seja mantida, é necessário que os credores notifiquem a sociedade cindida (ou decorrente de cisão) para que se mantenha o vínculo de solidariedade entre os dois devedores ou responsáveis que substituem o responsável anterior[161], usando simples notificação, não necessitando ser a qualificada, judicial[162].

Vale atentar que nos demais casos que não se referem à cisão, que são a incorporação e a fusão, o credor tem a faculdade de pleitear judicialmente a anulação da operação.

Se a cisão for total, há a extinção da companhia cindida. Se for parcial, há a divisão do capital.

Por fim, como última característica considerada importante sobre esta forma de reorganização empresarial, Nelson ABRAÃO adverte que a cisão de sociedades empresárias só é possível quando a matriz for uma anônima, citado por Luiz Antonio Soares HENTZ[163].

---

[157] LEÃES, L. G. P. de B. *Op. cit.*, p. 93.

[158] BORBA, J. E. T. *Op. cit.*, p. 423.

[159] Sobre o assunto há oriundo do Supremo Tribunal de Justiça o agravo regimental número 22.307/RJ, de 14 de setembro de 1992, num agravo de instrumento, cuja ementa é "Fusão de empresas de ônibus, pela quitação, por uma delas, de praticamente 100 % das cotas da outra. Responsabilidade da adquirente por acidente causado no período em que perdurou a fusão. Agravo regimental não provido".

[160] BORBA, J. E. T. *Op. cit.*, p. 425.

[161] WALD, Arnoldo. **Da responsabilidade solidária na cisão e da notificação às empresas devedoras**, p. 53.

[162] *Idem*, p. 56.

[163] HENTZ, L. A. S. **Direito comercial atual: de acordo com a teoria da empresa**, p. 158.

Fugindo dos modelos clássicos, embora alguns autores a tenham como um termo-gênero de todas as formas anteriormente abordadas, vem a apresentar-se a *joint venture*, que é uma associação entre empresas em busca de canais de distribuição, importantes para a expansão dos negócios[164]. É associação para um determinado empreendimento mercantil ou industrial, por cujos investimentos se obrigam e ou de cujos resultados fruem os seus participantes, dentro do plano assentado em contrato para a formação de sociedade.

Este tipo muito comum de associação torna imprescindível haver mútua colaboração[165], pois ele não apresenta estabilidade nem permanência[166]. Visa a objetivos específicos limitados, podendo até mesmo ser criada exclusivamente para uma operação determinada[167]. Pode ser doméstica ou internacional, tendo se mostrado um atraente meio de empresas de pequeno, médio e grande se inserirem no mercado regional[168] e internacional.

Outras formas de compenetrações empresariais que muitas vezes passam desapercebidas são a subsidiária integral, a sociedade de economia mista, o firmamento de um acordo de acionista, o contrato de distribuição[169], a terceirização, as sociedades coligadas, os grupos de sociedades em geral e os consórcios de empresas.

Terceirização, por exemplo, é a transferência da gestão de parte das atividades de uma empresa para terceiros[170]. Sociedades coligadas são aquelas em que uma participa no capital da outra, com dez por cento ou mais, sem, contudo controlá-la. Já os grupos de sociedades são regulados pelo artigo 265 da Lei 6.404/76, podendo ser constituídos pela sociedade controladora e suas controladas[171]. São formados por companhias que, embora mantendo íntegras suas personalidades jurídicas e patrimônios próprios, associam-se para atuar em conjunto visando um fim comum. Tal deve ser aprovado em assembléia geral extraordinária, com quorum qualificado. Dali sai uma convenção que obriga a combinação de recursos e esforços para a realização de objetivos. A sociedade controladora comanda o grupo, exercendo o controle das sociedades filiadas.

---

[164] MORAES, Amanda Gama. **Contratos internacionais, joint ventures e tipos de joint ventures**, p. 212 e 226 e CARVALHO, P. *Op. cit.*, p. 163.
[165] REALE, M. *Op. cit.*, p. 90.
[166] BULGARELLI, W. **O direito dos grupos e a concentração de empresas**, p. 70.
[167] *Idem, ibidem.*
[168] CARVALHO, P. *Op. cit.*, p. 165.
[169] Ver para o assunto a obra FARIA, Werter R. **Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição**.
[170] Trata-se de espécie de cooperação empresarial sucedida desde os anos 70, quando começou com as áreas de recepção, segurança e limpeza. CARVALHO, P. *Op. cit.*, p. 164.
[171] REALE, M. *Op. cit.*, p. 86.

Por fim, os consórcios, que estão disciplinados nos artigos 279 a 281 da Lei 6.404/76. Constituem-se em agrupamentos de companhias com a finalidade de executar determinado empreendimento. Não têm personalidade jurídica. As empresas consorciadas estão solidariamente responsáveis por quaisquer prejuízos a consumidores causados pelo consorciado gestor[172].

Contudo, HENTZ entende diferente. Para o autor, as consorciadas respondem apenas pelas obrigações assumidas, sem presunção de solidariedade e a falência de uma não se estende às demais, continuando a existir o consórcio com as demais contratantes[173].

Sobre todas as formas anteriormente vistas, alguns as consideram um casamento[174], outros como uma aventura comum, uma parceria, uma cooperação, onde união e associação são termos que podem ser relacionados aos processos vistos. Em verdade, todas são combinações de capitais ou de técnicas para o desenvolvimento de projetos, geralmente complexos e dispendiosos, que geram efeitos jurídicos em mais de uma nação.

Uma vez indicadas as principais formas de compenetração de empresas, agora também fazendo parte do rol das disposições do novo Código Civil brasileiro, cabe tratar quais as fases[175] que as empresas devem vencer para a aprovação interna desses atos. Essas fases são o protocolo e a justificação, a assinatura propriamente dita do contrato, a oportunidade ao direito de recesso, o estabelecimento do valor do eventual reembolso e, de outra ordem, o exercício do direito de continuar sócio dos que resultam, em função das reorganizações, detentores de menos de uma ação.

Protocolo e justificação são instrumentos introduzidos pela Lei 6.404/76 que apresentam um apertadíssimo formalismo, segundo LEÃES[176], onde estão disciplinados no artigo 224. Então o processo de compenetração começa com a elaboração de um protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios-gerentes das sociedades, submetido após às assembléias ou reuniões de sócios. Este documento define as condições e bases da operação, as características das ações a serem atribuídas aos sócios das sociedades que se extinguirão e os critérios de apuração dos respectivos quantitativos, critério da avaliação dos patrimônios líquidos das sociedades envolvidas, se a preço de mercado ou mediante recurso aos valores contábeis[177], o projeto de estatuto, ou alterações estatutárias, o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades envolvidas na operação, a proporção de troca das ações e o critério utilizado para a relação de substituição[178].

---

[172] Sobre os riscos dos consórcios, em especial a solidariedade por quaisquer prejuízos a consumidores e a desconsideração sem levar em conta a confirmação da fraude ou do abuso de direito, ver ROCHA, João Luiz Coelho da. **Os consórcios de empresas e seus riscos jurídicos**, p. 86.

[173] HENTZ, L. A. S. *Op. cit.*, p. 160.

[174] CARVALHO, P. *Op. cit.*, p. 167.

[175] Segundo enumeração de LEÃES, L. G. P. de B. *Op. cit.*, p. 90-91.

[176] *Idem*, p. 88.

[177] *Idem*, p. 91.

[178] BORBA, J. E. T. *Op. cit.*, p. 419.

O protocolo não tem a natureza de pré-contrato, posto que não obriga a conclusão do negócio[179], pois é procedimento preparatório, segundo LEÃES[180]. Noutro sentido, tem-se uma posição, que é isolada, que o considera um verdadeiro contrato.

A segunda fase é a da justificação. À assembléia geral deverão ser fornecidos todos os esclarecimentos e as justificativas da operação, bem como as causas de eventuais modificações nos direitos dos acionistas preferenciais[181] e as razões para as modificações destes.

Quando a incorporação é de controlada, a avaliação é obrigatoriamente a de preço de mercado. Nos demais casos pode ser também realizada a valores contábeis[182].

A fusão e a cisão, assim como a incorporação da companhia em outra, exigem, na assembléia-geral que aprovar o protocolo ou justificação, maioria qualificada. Na incorporadora, basta maioria simples[183].

Ainda, segundo o artigo 225, a fase da justificação trata-se de um verdadeiro direito de informação do acionista.

Após a deliberação das assembléias-gerais chega-se ao ponto culminante do negócio, o contrato[184], onde os interesses se ajustam. Assim, quaisquer das formas antes vistas são baseadas em contratos, ao império dos quais devem credores e acionistas se curvarem.

Em verdade, podem ser tidos como contratos sociais típicos. Na maioria dos casos são reformas de contratos sociais ou dos estatutos típicos, como prevêem os artigos 223, 135 e 136 da Lei das Sociedades Anônimas.

Não entendendo assim, no mínimo deve ter-se, como Patrícia CARVALHO, que os acordos são pontuais, sejam de licença de marcas, de fornecimento, de maquinário, de know-how, de transferência de tecnologia, de assistência técnica, de segredo, mas todos variam conforme o caso prático[185].

Já para LEÃES, estas técnicas de reorganização não estão sujeitas a um simples contrato, mas cabe encará-las como um típico instituto societário que implica num conjunto de atos jurídicos, resolvendo-se numa operação e num procedimento negocial, como também se manifesta a lei[186].

---

[179] *Idem*, p. 420.

[180] Trata-se de documento que não se reveste de eficácia vinculativa, a não ser após a aprovação das assembléias, concluindo-se o procedimento. LEÃES, L. G. P. de B. *Op. cit.*, p. 90.

[181] BORBA, J. E. T. *Op. cit.*, p. 420.

[182] *Idem*, p. 419.

[183] *Idem*, p. 421.

[184] Atenção para o fato de que França, Itália, Alemanha e Argentina denominam o Protocolo de Contrato de Fusão.

[185] CARVALHO, P. *Op. cit.*, p. 169-170.

[186] Novamente ver LEÃES. LEÃES, L. G. P. de B. *Op. cit.*, p. 88.

As únicas referências que a doutrina traz é que os contratos devem ser precisos[187], conter cláusulas essenciais para o melhor conhecimento das partes, estabelecer direitos e obrigações, a legislação a qual estará subordinado e o prazo de vigência.

Talvez o mais tormentoso assunto chama-se direito de recesso[188]. Trata-se de incorporação italiana de 1882 ao Código Comercial para proteger os acionistas minoritários. Para Vivante, o direito de retirada age como um freio e um remédio contra o poder ilimitado das assembléias de modificar o próprio estatuto[189].

No Brasil o instituto sempre serviu como uma forma de proteção aos acionistas, proporcionando uma melhor segurança aos novos investidores do setor empresarial em expansão. Modesto Carvalhosa o define como a faculdade legal do acionista de retirar-se da companhia, mediante a reposição do valor patrimonial das ações respectivas[190].

Ele reflete a tensão permanente entre os interesses individuais dos sócios e as necessidades de desenvolvimento da empresa, por situar-se no epicentro dos conflitos. Sobretudo, é o contrapeso ao poder incontrastável do acionista controlador.

Mas a evolução do direito de recesso mostra uma curva parabólica de ascensão seguida de descenso, segundo COMPARATO[191], como será visto, em função de modificações recentes na legislação brasileira, retratadora do referido direito. Inicialmente a Lei 6.404/76 havia disciplinado inúmeras hipóteses de recesso de acionistas, a maioria nos artigos 137, 221, 236, 252 e 256. Tratou-se de extensa gama de direitos e medidas em favor dos acionistas não-controladores, destacando-se, entre eles, os chamados direitos essenciais, intangíveis, fundamentais ou interrogáveis do artigo 109, que visavam conter os atos de abuso de poder por parte dos controladores[192].

Dois eram os pressupostos para o exercício do direito: a) haver deliberação eficaz sobre uma das matérias que permitem o direito de recesso; e b) não ter ocorrido o consentimento do acionista à alteração[193]. Mas vale ressaltar que no direito brasileiro não há recesso parcial; e mesmo os ausentes à assembléia poderão se valer da prerrogativa de recesso.

---

[187] MORAES, A. G. *Op. cit.*, p. 215 e 218.

[188] Sobre o assunto, dentre a bibliografia citada, ver BULGARELLI, W. **O direito de recesso nas hipóteses de incorporação, fusão, cisão e participação em grupos de sociedades: exclusão acarretada pela Lei 7.958 de 20.12.89**, COMPARATO, F. K. **O novo direito de retirada do acionista nos casos de fusão e incorporação**, EIZIRIK, Nelson. **Notas sobre o direito de recesso na incorporação, fusão e cisão das companhias**, EIZIRIK, N. **Reforma das S.A. e direito de recesso**, LUCCA, Newton de. **O direito de recesso no direito brasileiro e na legislação comparada**, MENEZES, Paulo Lucena de. **A disciplina do direito de recesso no Projeto de Reforma da Lei das Sociedades Anônimas** e MORITZ, Renata Brandão. **As hipóteses de recesso na Lei das Sociedades Anônimas**.

[189] COMPARATO, F. K. *Op. cit.*, p. 11.

[190] Citado por LUCCA, N. de. *Op. cit.*, p. 13.

[191] COMPARATO, F. K. *Op. cit.*, p. 12.

[192] BULGARELLI, W. *Op. cit.*, p. 74 e LUCCA, N. de. *Op. cit.*, p. 8.

[193] Segundo classificação encontrada em MORITZ, R. B. *Op. cit.*, p. 56.

O efeito negativo dessa liberdade é que caso o direito de recesso seja excessivamente exercido poderá ser nocivo à companhia e prejudicar a sua funcionalidade[194]. Ao prejudicial exercício, aquele que impossibilita as compenetrações societárias, se convencionou chamar abuso da minoria.

Isto posto, em 1989 a Lei Lobão número 7.958 suprimiu do artigo 137 da lei das Sociedades Anônimas os incisos VI (incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão) e VIII (participação em grupo de sociedades) do artigo 136 e, em conseqüência, a possibilidade de direito de recesso em casos de incorporação, fusão ou cisão. Assim dispondo removeu eventuais obstáculos às compenetrações representados pelo direito de recesso. Contudo, devido a problemas de elaboração da lei e mesmo cochilo e despreparo do legislador, segundo alguns doutrinadores e algumas decisões da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), manteve este direito potestativo dos acionistas noutros cinco artigos, como no 230 e no 270, o que causou enorme confusão entre juristas e acionistas das sociedades, em conseqüência ocasionando inúmeros litígios judiciais.

A Lei Lobão, causadora de inúmeras discórdias, e que à época havia servido ao interesse de uma única companhia de grande porte desejosa de ver incorporada uma controlada sua sem que fosse eventualmente molestada pelo recesso dos minoritários, assim foi de um casuísmo vergonhoso que grassou a ordenação jurídica brasileira. Segundo LUCCA, de caráter grotescamente casuístico, triste episódio legislativo, ela se constituiu num verdadeiro estelionato legislativo e totalmente ineficaz[195].

O principal problema ocorreu porque parte da doutrina entendeu que a manutenção da possibilidade de recesso nos demais artigos da lei manteve intocada essa faculdade ao acionista. A lei suscitou as mais variadas críticas e por muito tempo, até ser revogada, havia dúvidas se ela tinha ou não suprimido o referido direito.

BULGARELLI, contudo, em longa interpretação sistemática que fez posicionar-se radicalmente diferente ao acima exposto, utilizando-se da teoria da hermenêutica ou da interpretação, entendeu que tendo a lei Lobão suprimido as hipóteses do artigo 137, todas as demais que foram esquecidas de ser suprimidas, mesmo assim estariam revogadas. Diz o autor que a lei derrogou o direito de retirada dos acionistas dissidentes, eliminando as possibilidades de abuso de posição minoritária que impediam compenetrações[196], o que era mesmo o desejo implícito.

---

[194] BULGARELLI, W. *Op. cit.*, p. 72.
[195] LUCCA, N. de. *Op. cit.*, p. 22-23.
[196] BULGARELLI, W. *Op. cit.*, p. 78-79.

Mas não obstante entendimentos como este a pendenga continuou[197]. Fato é que em 1995 a Medida Provisória número 1.179 de 3 de novembro de 1995 mostrou que se a Lei Lobão tivesse realmente restringido tal direito, não haveria porquê o Governo Federal se preocupar em novamente restringir as mesmas hipóteses de direito de recesso[198], na tentativa de evitar demandas dos minoritários nos seus processos de privatização.

Voltando um pouco no tempo, a legislação norte-americana de 1969 excetuou do direito de recesso as ações largamente negociadas no mercado, aplicando essa regra da Lei de Delaware inicialmente a noventa por cento das empresas de lá[199].

Esse exemplo serviu ao interesse do Governo brasileiro, envolvido em processo de privatização e reforma administrativa, pois com semelhante técnica impediria o uso, por parte dos acionistas minoritários de suas empresas, do direito de recesso, não sendo possível, então, eles obstaculizarem facilmente os processos de reestruturação societárias do programa de privatização. Ocorre que o exercício de tal direito entravaria a reorganização pelo fato de a empresa não ter como ressarcir todos os retirantes com base no valor patrimonial da ação, sempre muito superior ao valor econômico ou de mercado.

Então nova Lei número 9.457/97 estabeleceu algumas restrições ao direito de recesso nos casos de incorporação e fusão e eliminou a hipótese nos casos de cisão. A lei 9.457/97 reproduziu o exemplo americano e também entendeu que quando a ação for facilmente negociável no mercado não cabe direito de recesso ao seu detentor, diminuindo, assim, se não neutralizando, as hipóteses de recesso para os acionistas dissidentes. Presume-se que em tais hipóteses o acionista insatisfeito possa alienar suas ações no mercado, descabendo o direito de recesso perante a companhia, que, vale lembrar, seria exercido segundo o valor patrimonial e agora o é pelo valor de mercado.

Esta legislação, pelo artigo 6°, revogou expressamente a confusa, desastrada e malfadada[200] Lei Lobão. E também suprimiu o direito de recesso nos casos de cisão. Assim atendeu diretamente aos objetivos governamentais de reduzir os custos dos processos de privatização de concessionárias de telecomunicações e de energia, nos quais as cisões seriam utilizadas como ajustes prévios à alienação do controle das empresas. Para alguns críticos, refletiu o *tatcherismo* tropical[201] e uma política governamental neoliberal a serviço das macropolíticas do momento.

---

[197] Vale referir a ementa do recurso especial número 68.367/MG, de 10 de dezembro de 1998, que manifesta a "Subsistência do direito mesmo após a vigência da Lei 7.958/89 que, modificando o disposto no artigo 137 da Lei 6.404/76, absteve-se, entretanto, de alterar o contido no artigo 230, 'caput' da mesma Lei que também regulava o direito de retirada". Ver ainda as correntes neste e noutro sentido em MORITZ, R. B. *Op. cit.*, p. 68 e seguintes, em EIZIRIK, N. *Op. cit.*, p. 75 e em LUCCA, N. de. *Op. cit.*, p. 24-25.

[198] Conforme observou MORITZ, R. B. *Op. cit.*, p. 72.

[199] COMPARATO, F. K. *Op. cit.*, p. 12 e LUCCA, N. de. *Op. cit.*, p. 20.

[200] Críticas feitas em LUCCA. *Idem*, p. 22-27.

[201] *Idem*, p. 30.

Em ideal final, objetivou a Lei eliminar a indústria do recesso, isto é, aquele procedimento eticamente condenável, formada por acionistas que compravam ações com o específico objetivo de exercer o direito de recesso pelo valor patrimonial das ações, com relação a decisões empresariais já divulgadas pela administração das companhias.

Conceitualmente, a indústria do recesso pode ser tida como a operação de aquisição de ações de empresas que manifestaram desejo de se reorganizarem socialmente, realizadas com a única finalidade de dissentir de deliberações sociais e receber o reembolso das ações pelo valor patrimonial líquido, sempre mais alto que o de mercado[202].

Fica claro o desejo de se reduzir o exercício desse direito de recesso, pois muitas vezes o minoritário prejudica a realização de operações a serem feitas pela companhia, discordando e querendo se retirar dela. Isso não seria problema se essa retirada não representasse uma perda patrimonial grande para a sociedade, exigindo que a companhia desistisse da operação e retrocedesse em sua decisão sob pena de sucumbir.

A argumentação de que os minoritários muitas vezes abusam desta proteção legal, prejudicando operações que beneficiariam a sociedade, não é de todo exagerada e pode ocorrer de fato, como quer MORITZ[203]. Então, agora, somente terá direito de recesso nos casos de incorporação, fusão e participação de grupo de sociedades, o titular de ações que não sejam facilmente negociáveis no mercado aberto de capitais, isto é, daqueles tipos de ações que não apresentem a liquidez do IBOVESPA, daquelas espécies ou classes prejudicadas, e o titular das que não sejam emitidas por companhias nas quais mais da metade do total das ações emitidas encontrem-se em circulação no mercado, isto é, quando a companhia não apresente expressivo índice de dispersão de suas ações no mercado[204].

A lei 9.457/97 também não fez mais do que explicitar um direito já existente, ao acrescentar um parágrafo 3° ao artigo 223 da Lei 6.404/76, estabelecendo que nas incorporações, fusões e cisões que envolvam companhias abertas, as sucessoras também deverão ser companhias abertas[205]. O objetivo da norma é o de assegurar aos acionistas minoritários a manutenção das mesmas condições mais favoráveis de liquidez das ações (de companhias abertas) das quais eram titulares antes da operação[206]. Do contrário há uma nova hipótese de direito de recesso, mesmo para o caso de cisão, conforme o parágrafo 4° do referido artigo.

---

[202] Segundo o recurso especial número 197.329/SP, "Não merece esta proteção o simples propósito de auferir lucros injustificados como se verifica com a aquisição das ações após a convocação da assembléia que objetiva introduzir as modificações estatutárias de que pode resultar o direito de retirada". Ver também EIZIRIK, N. *Op. cit.*, p. 81.

[203] MORITZ, R. B. *Op. cit.*, p. 75.

[204] EIZIRIK, N. *Op. cit.*, p. 76.

[205] BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**, p. 417.

[206] EIZIRIK, N. *Op. cit.*, p. 128.

Já acionistas de companhia incorporadora não têm direito de recesso, pois não há que se supor que a incorporação de uma empresa vá lhes trazer prejuízo, conforme MORITZ, entre outros, que pensam que os acionistas não são prejudicados em seus interesses, pois tais operações representam um aumento no patrimônio da empresa que absorve a parcela da sociedade cindida, não havendo prejuízo para a receptora[207].

Vale ressaltar que o artigo 264 fala da incorporação e fusão de sociedades já controladas, diferenciando-se dos demais casos gerais, onde as sociedades são independentes. Aqui não há duas maiorias acionárias distintas aprovando a operação, apenas o grupo acionário da controladora, que também atua na controlada, como já estudado. Segundo MORITZ, o direito de retirada será permitido aos acionistas da controlada discordantes da operação quando as relações de substituição das ações dos acionistas controladores forem menos vantajosas que as resultantes da avaliação do patrimônio líquido das duas sociedades, a preço de mercado. Portanto, a lei só permite o exercício do direito de recesso aos acionistas da controlada. Aliás, o raciocínio aqui é o mesmo utilizado nas incorporações de sociedades independentes, onde não se permite o direito de retirada aos acionistas das incorporadoras porque a operação resulta em aumento do capital da companhia e, portanto, benefícios para todos. Não há prejuízo para a sociedade controladora e para seus acionistas nesta operação, portanto não há que se falar em direito de retirada[208] para eles, assevera a autora[209].

Após esta longa e conturbada evolução do direito de recesso no Brasil restam ser tratados o valor do reembolso e o inusitado exercício do direito de continuar sócio. Aquele assunto está presente no artigo 45 de Lei das Anônimas. Ali diz que reembolso é a operação pela qual a companhia paga aos acionistas dissidentes de deliberação da assembléia-geral o valor de suas ações. Este valor é baseado em laudo de avaliação consistente, emitido por três peritos ou por empresa especializada, necessariamente independentes da companhia, no prazo de 30 dias a contar da data da publicação da ata da assembléia-geral. Também estabeleceu critérios para o reembolso do acionista dissidente[210].

---

[207] MORITZ, R. B. *Op. cit.*, p. 61.

[208] Ver, sobre tudo isso, o recurso extraordinário número 104.895/RS, de 17 de junho de 1986, segundo o qual a lei não exige a mudança de objeto da empresa para o direito de recesso, bastando que o interesse dos minoritários seja prejudicado. Ainda, o recurso especial número 31.515/SP, de 25 de março de 1996, segundo o qual mera criação de novo tipo de ações não gera direito de recesso, necessitando haver prejuízo ao sócio dissidente.

[209] MORITZ, R. B. *Op. cit.*, p. 65.

[210] Ver o recurso especial número 51.655/RS, de 3 de dezembro de 1996, sobre o dissidente não ser obrigado a aceitar a oferta da maioria.

Por fim, SQUASSONI observa o direito dos acionistas de continuarem sócios de sociedades em função das reorganizações. Segundo o autor, certas companhias têm um número bastante elevado de acionistas minoritários detendo, cada um, uma participação muito pequena no capital social. Neste caso, pode ocorrer que certos acionistas resultem na condição de detentores de menos de uma ação. Vale lembrar que esta, bem como o voto assemblear, são indivisíveis. Mesmo assim, para o autor, tal fato não dá ao acionista o direito de inviabilizar a operação, pois a plena restituição lhe é assegurada e sua retirada não constitui dano patrimonial[211].

Ainda, a lei 6.404/76 não estabelece entre os direitos essenciais do acionista o direito de continuar sócio, e por tal não pode ser invocado para fins de anular a decisão de uma assembléia-geral que delibera por uma reestruturação societária onde fique garantido o seu direito à restituição, com a empresa recomprando as frações para cancelamento.

Por fazerem parte do rol das disposições do novo Código Civil brasileiro, no tópico que finda foram indicadas as principais formas de compenetração de empresas e as particularidades de cada uma delas. Igualmente, viu-se as fases que as empresas devem cumprir para tal objetivo, e foi retratada a grande conturbação da questão do direito de recesso que costuma criar problemas àquele propósito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho observou-se a relevância e primazia mundial dos estudos do jurista Augusto Teixeira de Freitas quanto à unificação das obrigações civis e comerciais em um único documento de direito privado, o que já era sua idéia em 1854. Mas o Código Comercial brasileiro surgiu antes, regulando matéria civil e mesmo invadindo esta esfera. Um Código Civil, por sua vez, sem a mesma sorte, ao Brasil veio em 1916, e mesmo assim não consagrou a idéia de unificação das obrigações, ainda que ante aos exemplos de outros países.

Um documento como este agora é realidade, tendo transcendido a unificação das obrigações, assim consagrando outras anteriores tentativas. Incluiu uma parte do direito empresarial imediatamente após àquela, de denominação direito empresarial, em substituição a de direito comercial. Esta nova parte incluída determinou uma nova orientação ao fenômeno da reorganização de empresas sediadas em território nacional. Assim, tal se encontra agora no novo Código Civil brasileiro, que por sua vez traz remissões a outras leis especiais sobre a matéria. Muitos outros assuntos foram tratados, como questões relativas ao registro, nome, prepostos e exigibilidade e dispensa de escrituração, e muitos conceitos redefinidos, em especial o de empresa, à luz da teoria da empresa, pelo Código adotada.

---

[211] SQUASSONI, C. M. F. *Op. cit.*, p. 144.

Vale afirmar que ou o novo Código deveria trazer toda a legislação esparsa para dentro de si ou nada. Trazendo toda, corria o risco de igualar-se ao de cinco milheiros de Teixeira de Freitas, inviabilizando-se. Trazendo nada, mantinha integralmente a disciplina dos assuntos nas leis esparsas especiais e afastava a discussão sobre a autonomia do direito comercial. Poderia ainda ter reunido apenas os assuntos não tratados por nenhuma lei, especialmente os que seguem inexistindo, como a questão da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, hipótese considerada a melhor.

Com a unificação, a distinção perderá muito da sua importância. Mas é mantida a autonomia do direito comercial, mesmo didática e científica, perante o direito civil, em que pese o desaparecimento da parte mais notável daquele, a disciplina das obrigações e dos contratos comerciais. Não há, todavia, o risco de torná-lo direito comum como o de sucessões e o das coisas.

O trabalho ainda revelou pensamentos contrários e a favor das unificações, ao dizer que nem todos os doutrinadores brasileiros tinham a visão da unificação como promissora. Para estes, o regime jurídico dos contratos aparentemente não pode ser unitário, os contratos apresentam-se mal regulados e o Código deixou de regular fortemente a questão da desconsideração da personalidade jurídica, os novos contratos, a limitação da responsabilidade do empresário individual e as sociedades unipessoais, mantendo a possibilidade de existirem modelos fictícios de contratos de sociedades por quotas de responsabilidade limitada apenas para o enquadramento legal, entre outros tópicos.

Mas o ponto crucial foi que o Código tratou dos processos de fusão, incorporação e outras formas de reorganização societária, mesmo que isso tenha ocorrido em linhas gerais.

Assim, o fenômeno concentracionista se justifica em buscar diminuição de custos, viabilizar novos mercados, benefícios fiscais, racionalizar a produção e a administração do negócio, mais facilmente adotar os progressos tecnológicos e desenvolver cabedais, reorganizar as estruturas, evitar a concorrência e acessar investimentos de grande vulto, desencadear uma transferência de tecnologia, facilidades tributárias, um mais eficiente controle de matérias-primas, um mais racionalizado uso de mão-de-obra e a divisão de riscos e de lucros entre coligadas, entre uma centena de motivos.

Ocorre que a demanda dos processos nas empresas e a conseqüente possibilidade do aumento dos comportamentos lesivos ao direito até justificaria uma reavaliação da legislação existente sobre o fenômeno. Então a disciplina da concorrência, reguladora dos processos, é profundamente afetada com a concentração de empresas.

Após viu-se, atentamente, que o interesse do consumidor justifica a concentração de empresas, fazendo aprovar mesmo condutas anticoncorrenciais como a eliminação de um fornecedor. Neste caso, os atos somente serão aprovados se ficar demonstrado que a transação acarreta benefícios para o consumidor maiores do que as eventuais restrições à concorrência. E mais, que para autores europeus o benefício ao consumidor e a reserva a ele de uma parte do lucro resultante é o objetivo final e o critério de aplicação do direito da concorrência.

Por fim, foram estudadas formas de concentração e desconcentração, que são transformação, fusão, incorporação e cisão, esta se operando por cissiparidade, tendo sido observada a questão da responsabilidade, que é solidária, salvo havendo notificação, entre outras como *joint venture*, grupos de sociedades e consórcios, bem como suas características específicas, em especial a incorporação e fusão de sociedades já controladas, pois neste caso não há duas maiorias acionárias se contrapondo.

Já durante o estudo das fases a serem cumpridas pelas empresas, que são o protocolo e a justificação, a assinatura do contrato, o estabelecimento do valor do eventual reembolso e o exercício do direito de continuar sócio dos que resultam detentores de menos de uma ação, foi dada atenção especial ao oferecimento do direito de recesso. Aí foi visto que a Lei Lobão foi causadora de inúmeras discórdias, por ter sido confusa, desastrada e malfadada e que à época havia servido ao interesse de uma única companhia de grande porte desejosa de ver incorporada uma controlada sua sem que fosse molestada pelo recesso dos minoritários; e que atualmente somente terá direito de recesso nos casos de incorporação, fusão e participação de grupo de sociedades, o titular de ações que não sejam facilmente negociáveis no mercado aberto de capitais e o titular das que não sejam emitidas por companhias nas quais mais da metade do total das ações emitidas encontrem-se em circulação no mercado.

Mormente, este trabalho tentou com singeleza homenagear a figura de Teixeira de Freitas, exatamente quando o direito contemporâneo passa a admitir princípios pregados há 150 anos, cuja obra foi levada para a Argentina, com Vélez Sarsfield, jurista que do Esboço dele tomou 1.200 artigos, bem como para outras plagas.

Também personalidades de renome não mediram elogios a este jurista. Segundo Pontes de Miranda, Teixeira de Freitas produziu uma obra ampla, erudita e fiel[212], organizada e de técnica codificadora, que se adotada na época unificaria o direito privado na América Latina. Segundo Cândido Mendes ele era o Cujácio brasileiro[213]. Para Túlio Ascarelli foi o fundador do movimento da unificação, precedendo em muitos anos a Vivante[214]. De acordo com Reale, foi homem que produziu um ensinamento genial. Nesse sentido encontram-se mais as manifestações de Haroldo Valladão, René David, Luis Varela e Luis de Gasperi e Dr. Narvaja, que o consideram o Savigny americano[215].

Assim, neste momento em que os direitos privados brasileiros, em determinados aspectos são unificados, sua obra deve ser exaltada. Teixeira de Freitas não estava adiantado, o mundo é que levou um século para vivenciar sua inteligência privilegiada[216]. Esses adjetivos todos poderiam ser acrescentados ao fato de se tratar de um venerável, majestoso, altivo, sublime e augusto jurista, Augusto Teixeira de Freitas!

---

[212] Citado em KARAM, M. *Op. cit.*, p. 98.
[213] Citado em KARAM. *Idem*, p. 99.
[214] Citado em KARAM. *Idem*, p. 102.
[215] Todos citados em DEL'OLMO, F. de S. *Op. cit.*, p. 243.
[216] *Idem*, p. 246.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Jair Sidnei Freitas de. *Responsabilidade do Comerciante Individual*. Santo Ângelo: Monografia de Graduação em Direito (IESA), 2000. 50 p.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998. 488 p.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; COSTA e SILVA, Regina Margarida. *A vida de Teixeira de Freitas e Elementos Centrais de seu Pensamento*. Porto Alegre: Curso de Pós-graduação em Direito (UFRGS). Trabalho de Mestrado, 1994.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1984. 637 p.

_____. *Fusões, incorporações e cisões de sociedades*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. 287 p.

_____. O direito de recesso nas hipóteses de incorporação, fusão, cisão e participação em grupos de sociedades: exclusão acarretada pela Lei 7.958 de 20.12.89. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 33, v. 95, jul./set. 1994. p. 71-79.

_____. *O direito dos grupos e a concentração de empresas*. São Paulo: Universitária de Direito, 1975. 162 p.

_____. *Tratado de direito empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995. 285 p.

CARVALHO, Patrícia. Joint Venture: um olhar voltado para o futuro. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, abr./jun. 2001. p. 162-172.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 485 p. v. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. Atualidades. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 14, v. 17, 1975. p. 173-179.

_____. O novo direito de retirada do acionista nos casos de fusão e incorporação. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, a. 38, v. 116, out./dez. 1999. p. 11-16.

COUTO e SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de empresa no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 75, v. 613, nov. 1986. p. 21-31.

DEL´OLMO, Florisbal de Souza. Augusto Teixeira de Freitas: o protojurista do Mercosul. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio (Coord.). *Mercosul, Alça e Integração Euro-Latino-Americana*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 239-247. v. 1.

ÉBOLI, Evandro. Presidente sanciona hoje o novo Código Civil. *O Globo*. Rio de Janeiro, 10 jan. 2002, p. 11.

EIZIRIK, Nelson. Notas sobre o direito de recesso na incorporação, fusão e cisão das companhias. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, a. 37, v. 113, jan./mar. 1999. p. 124-129.

_____. Reforma das S.A. e direito de recesso. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, a. 36, v. 111, jul./set. 1998. p. 74-85.

FARIA, Werter R. *Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. 144 p.

FONSECA, José Júlio Borges da. Disciplina da concorrência nas operações de concentração empresarial. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 35, v. 102, abr./jun. 1996. p. 26-37.

GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique. Sociedad unipersonal o empresa unipersonal. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín: Editorial, n. 97, 1996. p. 221-243.

GIARETA, Gerci. Teoria da Despersonalização da Pessoa Jurídica. *Revista de Direito Civil*, n. 48, abr/jun 1989. p. 7 a 22.

GOMES, Yaná Christina Eubank. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade dos sócios, gerentes e administradores de empresas nas sociedades comerciais, em face do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *In*: UNIVERSIDADE de Cuiabá. *Estudos de direito comercial*. Cuiabá: Edunic, 1997. p. 89 a 91.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 562 p.

GRAEFF JÚNIOR, Cristiano. *Compêndio elementar das sociedades comerciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 323 p.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito comercial atual: de acordo com a teoria da empresa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 177 p.

_____. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica: a experiência portuguesa. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 35, v. 101, jan./mar. 1996. p. 109-113.

KARAM, Munir. Teixeira de Freitas e o processo de codificação do Direito Civil Brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29. p. 95-112.

KERN, Adriana Sílvia Klein. *Direito da Concorrência no Brasil: evolução normativa e órgãos responsáveis pela sua tutela*. Canoas: Monografia de Graduação em Direito (ULBRA), 2001. 58 p.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Incorporação de companhia controlada. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 33, v. 94, abr./jun. 1994. p. 87-96.

LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de Obligaciones*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1995. v. 3.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica descomplicada*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte: Del Rey, n. 6, 1999. p. 225-229.

_____. *Incorporação de empresas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. 77 p.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da concorrência e direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 34, abr./jun. 2000. p. 79-87.

LUCCA, Newton de. O direito de recesso no direito brasileiro e na legislação comparada. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, a. 37, v. 114, abr./jun. 1999. p. 7-33.

MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. O projeto de Código Civil e o Direito Comercial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Síntese, v. 16, 1999. p. 139-160.

MADRID PARRA, Agustín. Transformación, fusión y escisión de las sociedades mercantiles. *In*: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. (Coord.). *Derecho mercantil*. Barcelona: Ariel. p. 516-528.

MAGALHÃES, José Carlos de; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. A concentração de empresas e a competência do CADE. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, a. 37, v. 113, jan./mar. 1999. p. 30-44.

MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Síntese, v. 13/14, 1997. p. 71-97.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 668 p.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 542 p.

_____. *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 384 p.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um 'sistema em construção': as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Síntese, v. 15, 1998. p. 129-154.

MELEDO-BRIAND, Danièle. A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, jul./set. 2000. p. 39-59.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2001. 540 p. v. 2. t. 2.

MENEZES, Paulo Lucena de. A disciplina do direito de recesso no Projeto de Reforma da Lei das Sociedades Anônimas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Síntese, v. 13/14, 1997. p. 235-244.

MORAES, Amanda Gama. Contratos internacionais, joint ventures e tipos de joint ventures. *Revista da Faculdade de Direito de Olinda*. Olinda: Associação de Ensino Superior de Olinda, n.4, v. 3, 1999. p. 211-233.

MORITZ, Renata Brandão. As hipóteses de recesso na Lei das Sociedades Anônimas. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 35, v. 101, jan./mar. 1996. p. 56-75.

OLIVEIRA, Juarez de; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Orgs.). *Brasil: Novo código civil.* São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. 431 p.

PINHO, Luciano Fialho de. *A desconsideração da personalidade jurídica e a proteção do consumidor no Código de Defesa do consumidor.* Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte: Del Rey, n. 4, 1997. p. 77-101.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência.* São Paulo: Saraiva, 2001. 196 p.

REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 276 p.

_____. *Questões de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 1997. 193 p.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial.* 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 440 p. v. 1.

ROCHA, João Luiz Coelho da. Os consórcios de empresas e seus riscos jurídicos. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro.* São Paulo: Malheiros, a. 37, v. 115, jul./set. 1999. p. 83-87.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal.* São Paulo: Malheiros, 1995. 242 p.

SILVA, Luiz Antonio Guerra da. Contemporaneidade do Código Comercial imperial: breves considerações. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro.* São Paulo: Malheiros, a. 37, v. 115, jul./set. 1999. p. 120-123.

SQUASSONI, Christian Max Finardi. O direito de continuar sócio de S/A face às reorganizações societárias. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro.* São Paulo: Malheiros, a. 37, v. 114, abr./jun. 1999. p. 140-145.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência.* Rio de Janeiro: Forense, 1993. 681 p.

_____. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. *Revista de Direito do Consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 9, n. 35, jul./set. 2000. p. 219-231.

VENTURA, Raúl. *Fusão, cisão, transformação de sociedades: comentário ao Código das sociedades comerciais.* Coimbra: Almedina, 1990. 645 p.

VIVANTE, César. *La unidad del Derecho Privado en materia de obligaciones.* Madrid: Victoriano Suárez, 1925. 105 p.

WALD, Arnoldo. Da responsabilidade solidária na cisão e da notificação às empresas devedoras. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro.* São Paulo: Malheiros, a. 36, v. 111, jul./set. 1998. p. 52-56.

BOLIVIA

1 - 2000 – DEL'OLMO, Florisbal de Souza. A Naturalização nos Estados Hispano-Americanos do Mercosul. In: *IX Encuentro Internacional de Derecho de América do Sur. Los Procesos de Integracíon en el Nuevo Milénio*. La Paz: Universidad Católica Boliviana, 2000, p. 157-161. (Dr. candidate PPGDIR./UFRGS).

2 - 2000 – JAEGER JUNIOR, Augusto. Mercosul e a liberdade de concorrência. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; NOGALES DE SANTIVÁÑEZ, Emma. (Orgs.) *IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur: los procesos de integración en el nuevo milenio*. La Paz: Universidad Católica Boliviana, 2000. p. 17-24. (Dr. candidate PPGDIR./UFRGS). (***waiting confirmation***)

A Naturalização nos Estados Hispano-Americanos do Mercosul

Florisbal de Souza Del'Olmo[1]

É objetivo do presente trabalho tecer considerações sobre o instituto da naturalização nos Estados de fala espanhola do Mercado Comum do Sul, Mercosul, quais sejam, a Argentina, o Paraguai e o Uruguai.

1. Considerações iniciais

Entende-se *naturalização* como o ato pelo qual o estrangeiro ou o anacional (indivíduo não-detentor da prerrogativa fundamental da nacionalidade por qualquer Estado, conhecido também por apátrida) se investe juridicamente da condição de nacional do país que adota. No caso do estrangeiro implica rotineiramente a renúncia de sua nacionalidade de origem. Trata-se de nacionalidade derivada, uma vez que adquirida após o nascimento.

O termo *naturalização* está consagrado. Tem, em verdade, o significado de *nacionalização*, palavra que melhor identificaria o procedimento que designa, conforme observam *VALLADÃO*[2] e *BOGGIANO*[3], mas que não costuma ser utilizada com relação a seres humanos, pessoas naturais, pessoas físicas, empregando-se, isto sim, para pessoas jurídicas.

---

[1] O autor é Mestre em Direito (Relações Internacionais) pela UFSC/URI. É professor de Direito Internacional Privado e Direito Internacional Público, na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI, campus de Santo Ângelo, RS, e do Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo, IESA, na mesma cidade. Escreveu Direito Internacional Privado – Abordagens Fundamentais, Legislação, Jurisprudência, em 1999, e O Mercosul e a Nacionalidade: Estudo à Luz do direito Internacional (no prelo), ambos pela Editora Forense, do Rio de Janeiro.

[2] VALLADÃO, Haroldo. Direito internacional privado, p. 287.

[3] BOGGIANO, Antonio. La doble nacionalidad en derecho internacional privado, p. 60-66. Convém acentuar que esse autor emprega o termo nacionalização (nacionalización, no original) em sua obra, ao invés de naturalização.

LA PRADELLE já lembrou que, enquanto a nacionalidade originária depende de vontade do Estado, a naturalização "depende da vontade do homem: a primeira é uma nacionalidade de atribuição, a segunda uma nacionalidade de eleição"[4].

Essa vontade do indivíduo é tão ponderável que caracteriza o ocaso da *aligeância*, também denominada *vassalagem* ou *subordinação perpétua*, pela qual o homem só podia adquirir uma nova nacionalidade se o seu Estado de origem o permitisse, segundo constata *ARAÚJO*[5].

Pode-se adiantar que a tendência atual é concederem-se ao naturalizado todos os direitos e obrigações atribuídos ao nacional originário do Estado, sem discriminação. Lamenta *ACCIOLY* existirem, contudo, legislações que "negam aos naturalizados certos privilégios de que gozam os nacionais de origem. Assim, em muitos países, não se lhes reconhecem todos os direitos políticos ou não se lhes permite o exercício de certas funções públicas"[6].

Ao abordar-se, sucintamente, a naturalização no ordenamento jurídico dos três Estados hispano-americanos do Mercosul, verifica-se que o instituto está presente em apenas dois deles, já que o ordenamento jurídico uruguaio não o recepciona.

2. Argentina

O artigo 20, em sua última parte, da vigente Constituição, de 1° de maio de 1853, concede a naturalização a quem complete dois anos consecutivos de residência na Argentina. Textualmente: "Obtêm a naturalização residindo dois anos contínuos na Nação; mas a autoridade pode diminuir este prazo em favor de quem o solicite, alegando e provando serviços à República".

Em um único artigo da norma jurídica ordinária encontra-se a essência da legislação argentina sobre a nacionalidade derivada. Trata-se do artigo 2°, da repristinada Lei n° 346, de 8 de outubro de 1869, pelo qual são argentinos naturalizados: "Art. 2° – 1° – Os estrangeiros maiores de dezoito anos, que residam na República dois anos consecutivos e manifestem perante os juízes federais da seção sua vontade de sê-lo. 2° – Os estrangeiros que comprovem perante ditos juízes haver prestado, qualquer que seja o tempo de sua residência, algum dos seguintes serviços: 1) ter desempenhado com dignidade trabalho em favor da Nação ou das províncias, dentro ou fora da República; 2) ter servido no exército ou na marinha, ou haver participado

[4] AKZIN, MM. B. et al. La nacionalité dans la science sociale et dans le droit contemporain, p. 209. Tradução do original pelo autor.
[5] ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. Curso de direito internacional público, p 70.
[6] ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Manual de direito internacional público, p. 325.

de uma ação de guerra em defesa da Nação; 3) ter estabelecido no país uma nova indústria ou introduzido uma invenção útil; 4) ser empresário ou construtor de ferrovias em qualquer das províncias; 5) estar tomando parte nas colônias agrícolas estabelecidas ou que venham a estabelecer-se em territórios nacionais ou nos das províncias, contanto que possuam nelas alguma propriedade imóvel; 6) habitar ou povoar territórios nacionais nas linhas atuais de fronteira ou fora delas; 7) ter casado com mulher argentina em qualquer das províncias; 8) exercer nelas o magistério em qualquer dos ramos da educação ou da cultura"[7].

Como se observa, ao contrário da maioria dos ordenamentos jurídicos, o argentino considera a naturalização um *direito*, reconhecido ao estrangeiro que resida no país por dois anos consecutivos, conforme a expressa dicção do artigo mencionado da Lei nº 346, de 8 de outubro de 1869, o qual disciplina o dispositivo da Carta Magna sobre o instituto. Essa, em seu artigo 20, parte final, permite, ainda, a diminuição desse prazo, pela autoridade competente, em favor de quem haja prestado determinados serviços ao Estado.

E esses serviços estão identificados no texto legal ordinário, antes mencionado. Não se trata de uma prerrogativa outorgável ao alvedrio da autoridade concedente, mas de um direito invocável pelo estrangeiro que preencha os requisitos legais.

Assim, são oportunas as palavras de *SABSAY*, para quem "a aquisição da nacionalidade argentina está regulada como um direito para o estrangeiro que habita o país e não como uma obrigação"[8]. O requerente, adimplidos os pressupostos legais, fará jus ao *status* de argentino, mediante o instituto da naturalização.

Enfatizando as colocações feitas, observa-se que o texto constitucional afirma "obtêm a naturalização", de forma clara, não autorizando a imposição, pela autoridade, de quaisquer condicionantes, além dos pressupostos legais mencionados.

Uma particularidade – da mais alta importância neste breve estudo – do ordenamento jurídico argentino é o fato de a naturalização ser concedida pelo *Poder Judiciário*. Isso porque, como se observa nas legislações da maioria expressiva dos demais países, a concessão da naturalização é prerrogativa do Poder Executivo.

O artigo 5º do Decreto nº 3.213, de 28 de setembro de 1984, que regulamenta a Lei nº 23.059, de 6 de abril de 1984, estabelece, em sua primeira parte, que "o estrangeiro que deseje naturalizar-se argentino deverá apresentar-se perante o juiz federal competente em seu domicílio"[9].

Após prescrever a documentação regulamentar a ser apresentada pelo candidato à

---

[7] ZAVALÍA, Ricardo de. Constitución de la nación argentina, p. 297-298.
[8] SABSAY, Daniel Alberto e ONAINDIA, José Miguel. La Contitución de los argentinos, p. 73.
[9] Constitución de la Nación Argentina – Editorial Universidad, p. 170.

naturalização, a Constituição argentina, ainda no artigo 5°, e também no artigo 6°, esse último em sua parte final, estabelece: "Com seu adimplemento, os juízes despacharão, outorgando ou denegando o pedido, considerados os elementos de juízo constantes dos autos, no prazo de 90 dias".

3. Uruguai

A República Oriental do Uruguai, ao contrário dos outros ordenamentos jurídicos em estudo, não alberga a naturalização, constituindo-se em marcante exceção, quando considerado o conjunto dos Estados que formam a sociedade internacional.

Instituto com certa semelhança à naturalização é o oferecido ao estrangeiro com residência, negócio ou propriedade no Uruguai: o da *cidadania legal*. Isso poderia levar o pesquisador menos percuciente a pensar tratar-se de naturalização. É que o Estado Oriental é bastante peculiar nesse tema.

JIMENEZ DE ARECHAGA, após recordar a subordinação da qualidade de cidadão à condição de nacional na quase unanimidade dos ordenamentos jurídicos do mundo, afirma: "Este é o conceito dominante em quase todos os países, do qual se afasta em vários aspectos o nosso regime constitucional na matéria, que é nesse problema de uma heterodoxia singular. Em nosso país se pode ser cidadão sem ser nacional. O cidadão legal, que em outros países se chama naturalizado, tem o direito de cidadania, pode votar e ser eleito, mas não é nacional do país. Ou seja, é um cidadão, sem ser nacional. A aquisição da cidadania só confere direitos políticos, mas não atribui a qualidade de nacional. O estrangeiro cidadanizado continua sendo estrangeiro"[10].

4. Paraguai

A Constituição da República do Paraguai, de 20 de junho de 1992, prescreve, em seu artigo 147, os casos de naturalização. O estrangeiro interessado em adquirir a nacionalidade paraguaia deverá preencher os seguintes requisitos: "maioridade, residência mínima de três anos no território paraguaio, exercício regular de alguma profissão, arte, ocupação, aptidão ou perícia, e boa conduta definida em lei"[11].

---

[10] JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo et al. Derecho internacional público, p. 16.
[11] LA NUEVA Constitución Nacional, p. 27.

Para requerer a naturalização na República do Paraguai o estrangeiro deverá comprovar o atendimento cumulativo de diversos requisitos.

O primeiro requisito é a maioridade. Não esclarece o constituinte se essa maioridade é pela legislação paraguaia ou pela do país do adventício. Entende-se que deva ser a lei paraguaia, sendo necessário, então, que o estrangeiro tenha completado dezoito anos, idade preconizada no estatuto maior paraguaio (artigo 151, inciso 1°), para o pleno exercício da cidadania.

Deverá o candidato à naturalização comprovar estar residindo no Paraguai há três anos. O termo vernáculo empregado pelo constituinte foi *radicación*. Ora, essa palavra – ou sua correspondente em português, *radicação* – significa *ação ou efeito de radicar*. E radicar é *estar em determinado lugar*[12]. Em português é definida também como *fixar definitivamente residência*[13]. De qualquer modo, o que se está procurando demonstrar é que a intenção do legislador maior paraguaio é exigir a *residência* do candidato à naturalização no Paraguai e não o simples domicílio do mesmo. Por conseguinte, basta a residência no território paraguaio pelo tempo prescrito, três anos, para o estrangeiro satisfazer o requisito do inciso 2° do artigo 147 da Constituição paraguaia.

Outra exigência é o exercício regular, no país, de uma profissão, arte ou perícia em alguma atividade laboral. Ou seja, o constituinte não admitia que o estrangeiro viesse a tornar-se paraguaio sem aptidão para prover sua própria manutenção e a de seus dependentes. Há necessidade de que ele aufira, por seus próprios meios, trabalho ou ocupação profissional, rendimentos mínimos capazes de não expô-lo a buscar de terceiros ou da caridade pública a própria sobrevivência e a de seus familiares.

Finalmente, requer-se boa conduta do naturalizando, deixando a lei máxima ao legislador comum a tarefa de definir o que seja *boa conduta*, pois a referida expressão é de imprecisão absoluta. Contudo, por certo, serão admitidas como aptas, e isso se comprova normalmente através de certidão ou atestado de qualquer autoridade administrativa, as pessoas que possuam os requisitos mínimos de convivência social, não preenchendo esses pressupostos aqueles indivíduos notoriamente portadores de atributos negativos penais, como delinqüentes comuns, traficantes, entre outros.

---

[12] DICCIONARIO de la lengua española, p. 784.

[13] MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa, p. 1762.

5. Considerações finais

Como se depreende, o instituto da naturalização se encontra regulado de maneira distinta nos três Estados hispano-americanos do Mercosul. Não há, contudo, como se observa do estudo, manifesta indisposição jurídica em relação ao estrangeiro, mesmo que assim se considere também aquele oriundo do bloco econômico, o futuro cidadão comunitário. A possibilidade de aproximação entre as legislações da espécie é não só viável como conveniente.

Residem na regulamentação constitucional da naturalização discrepâncias legislativas entre os três países do bloco regional do Cone Sul, cada um deles com normas peculiares. O caso mais radical se encontra no ordenamento jurídico do Uruguai, que não acoberta o instituto da naturalização, com o que o estrangeiro jamais se verá investido da nacionalidade uruguaia.

No sentido oposto, com largo espaço para a naturalização, está a legislação argentina, segundo a qual a concessão é prerrogativa do Poder Judiciário, tendo o estrangeiro a postulação da nacionalidade como um direito, sem ficar na dependência ou ao alvedrio do Executivo, como soe acontecer em quase todos os ordenamentos jurídicos. O período de residência na Argentina é de apenas dois anos, tempo que pode ainda ser diminuído mediante cumprimento de outros pressupostos, como o casamento com mulher de nacionalidade argentina, o estabelecimento de alguma indústria no país ou o exercício do magistério em qualquer área da educação.

O Paraguai exige três anos de residência para o estrangeiro requerer a nacionalidade mediante naturalização, além de outros pressupostos, não diferentes, em tese, dos requisitos inseridos na legislação dos demais países e comuns no Direito Internacional. A dicção do texto constitucional guarani estabelece que os estrangeiros poderão obter a nacionalidade, com o que se entende que é uma prerrogativa da autoridade paraguaia concedê-la, não caracterizando um direito, como ocorre na legislação argentina.

A naturalização se apresenta como um instituto de grande importância nas relações internacionais nestes tempos de globalização. À proporção que mais pessoas se deslocam de sua pátria para outros países e aí se engajam em um projeto de vida e se integram na cultura e nos hábitos locais, a incorporação delas aos nacionais se torna cada vez mais desejável. Com muito mais razão isso se compreende quando se trata de um bloco econômico futuroso como o Mercosul.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 537 p.

AKZIN, Mm. B., ANCEL, M. et al. *La nacionalité dans la science social et dans le droit contemporain.* Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933. 349 p.

AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito internacional privado.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 342 p.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 364 p.

BOGGIANO, Antonio. *La doble nacionalidad en derecho internacional privado.* Buenos Aires: Depalma, 1973. 150 p.

CONSTITUCIÓN de la Nación Argentina. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1985. 257p.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito internacional privado: abordagens fundamentais, legislação, jurisprudência.* Rio de Janeiro: Forense, 1999. 259 p.

DICCIONARIO de la lengua española. Madri: Espasa Calpe, 1995. 1021 p.

JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo, VIGNALI, Heber Arbuet e RIPOLL, Roberto Puceiro. *Derecho internacional público.* v. I – IV. 2. ed. Montevidéu: Fundação de Cultura Universitária, 1996.

LA NUEVA Constitución Nacional. Assunção: Noticias El Diario rpc, 1992. 58 p.

MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998. 2259 p.

SABSAY, Daniel Alberto e ONAINDIA, José Miguel. *La constitución de los argentinos.* 4.ed. Buenos Aires: Errepar, 1998. 445 p.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado.* 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. v. I. 526 p.

ZAVALÍA, Ricardo de. *Constitución de la Nación Argentina.* Buenos Aires: Zavalía S. A., 1998. 519 p.

COLOMBIA

2002- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Livre apreciação da prova: perspectivas batuais. In: *Prueba - Homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*. Colombia: Universidad Libre, 2002, p. 599-618.

Livre apreciação da prova: perspectivas atuais

C. A. Alvaro de Oliveira

Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo

1. Certamente, não constitui objeto deste ensaio a reconstituição do fio histórico do problema da livre apreciação da prova, mas de qualquer modo impõe-se ressaltado que, bem ou mal, apesar das naturais marchas e contramarchas, a linha mestra de desenvolvimento da relação do juiz com a prova, e principalmente dos poderes deste na sua avaliação, manifesta-se no sentido de liberá-lo cada vez mais de cadeias de ordem meramente formal [1].

Aliás, se bem atentarmos à lição da história, constatar-se-á que as grandes mudanças do processo sempre ocorreram no terreno da prova. Verifique-se, por exemplo, a passagem do sistema da prova legal para o da persuasão racional, a permissão para que o juiz participasse da produção da prova, até então entregue a funcionários, judiciais ou não, a quebra do total monopólio das partes no requerimento da produção dos meios de prova, mediante a concessão de poderes instrutórios ao órgão judicial [2]. Já o mesmo não se passa, sintomaticamente, com a apreciação da questão de direito, em que quase sempre vigorou o princípio *iura novit curia*.

---

[1] Também pensa assim Hernando Devis Echandía, Teoria General de la Prueba Judicial, tomo I, Buenos Aires, Zavalia, 1988, nº 21, p. 78.

[2] Assim dispõe, quanto ao ponto, o art. 130 do Código de Processo Civil brasileiro vigente (Lei 5.969, de 11.1.73): "Caberá ao juiz, de ofício, ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias." Daqui em diante, indicar-se-á no texto o Código de Processo Civil brasileiro por CPC.

Outro aspecto importante da tendência hodierna dominante é a racionalização do sistema mediante prevalência da verdade empírica extraída dos fatos da causa por meio da lógica e de critérios científicos[3], portanto em nível qualitativo diverso daquele ocorrido na passagem dos ordálios, para a chamada prova "legal". Concepção essa, como se sabe, fundada basicamente nas investigações de Jeremias Bentham e da escola utilitarista inglesa, identificados com a história da lógica indutiva e dos desenvolvimentos científicos (princípio da "*total evidence*").

Todavia, pode se colocar no tablado das discussões se esse modo de ver o problema, fortemente influenciado pelo conceito de legalidade herdado do iluminismo, não teria emprestado maior prevalência ao momento "técnico-jurídico" em detrimento do aspecto "lógico", conduzindo a uma postura técnica e formalista e inclusive burocrática na investigação do fato. Concepção essa em aberto contraste com a postura crítica, característica do processo de formação do juízo nas experiências processuais ligadas à prova testemunhal, na estrada da tradição tópico-retórica, que vigorou na aplicação do direito desde o século XII até o século XVIII [4].

No decorrer do presente ensaio, dentro dos limites do tema, procurarei determinar, em que medida o juiz brasileiro mostra-se realmente livre para apreciar o material fático colhido no processo e que influência vem exercendo nesse mister o impacto do vertiginoso avanço da tecnologia na produção da prova, de par com o crescente aumento da carga de trabalho do magistrado, problema de caráter mundial e não só brasileiro.

2. No artigo 131 do CPC, faculta-se ao juiz apreciar livremente a prova, desde que indique na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento [5]. Fica-lhe proibido, contudo, exercer esse poder sobre fatos e circunstâncias não constantes dos autos.

Quase na mesma linha se orienta o microssistema dos Juizados Especiais, pois o art. 5° da Lei 9.099, de 26.9.1995, faculta ao juiz dirigir o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. Na sentença, o juiz não só fará referência, no essencial, aos informes trazidos nos depoimentos (art. 36, 2ª. parte), como também mencionará os elementos de convicção, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório (art. 38).

---

[3] Ver, a respeito, com amplo desenvolvimento dessas idéias, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Do Formalismo no processo civil, São Paulo, Saraiva, 1997, passim.

[4] Nesse sentido a crítica aguda e percuciente de Alessandro Giuliani,
Il concetto di prova (contributo alla logica giuridica), Milano, Giuffrè, 1945, p. 245 e ss.

[5] Art. 131: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."

Não se pode deixar de reconhecer, nesse contexto, que o índice de democratização do processo revela-se bem maior em confronto com o antigo sistema da prova legal, pois o pronunciamento sobre o fato passa a ser mais compreensível para o cidadão comum, interagindo dialeticamente com a apreciação que deve ter a cidadania do proceder de seus juízes.

Pense-se que, no sistema anterior, a aferição da prova deveria ser realizada mediante sutis distinções, com emprego de princípios preestabelecidos, em detrimento da observação concreta dos fatos. Já no sistema atual o importante é a motivação fornecida pelo juiz para explicar a escolha realizada, motivação essa que deve constar da própria sentença.

O problema é que no espírito dos operadores do direito, nomeadamente em decorrência de fatores de ordem cultural, permanecem resquícios da prova tarifada, como se a confissão, a perícia ou a prova documental prevalecessem sempre sobre os demais tipos de prova.

Todavia, bem entendido o sistema da persuasão racional, não se pode conceber regra de natureza probatória *a priori* nem de caráter geral. Tudo há de depender do exame *in concreto* do caso e do contexto específico dos elementos constantes dos autos, material sobre o qual haverá o órgão judicial de exercer com o maior cuidado o seu exame crítico e extrair a verdade provável e possível [6].

Em tal perspectiva, compreende-se facilmente que a confissão judicial, embora faça prova contra o confitente, consoante o disposto no art. 350, 1ª. parte, do CPC [7], não afasta o juiz do dever de sopesar o alcance desse elemento no contexto probatório e atribuir-lhe o valor que lhe for mais adequado, de modo nenhum implicando presunção absoluta da veracidade dos fatos[8]. O mesmo sucede em relação à confissão extrajudicial, regulada no art. 353 do CPC.

A idéia de que se trataria de uma prova legal, a vincular o juiz a seu resultado, impedindo-o de decidir de outro modo[9], ignora por inteiro não só o verdadeiro alcance do art. 131 do CPC, mas principalmente o sistema do Código e inclusive o próprio sistema da

---

[6] Para mim, a busca da verdade material no processo constitui um verdadeiro mito, porque a finalidade principal do processo não é estabelecê-la mas fazer justiça, embora certamente seja conveniente e desejável um pronunciamento judicial o mais aproximado da realidade.

[7] Art. 350, I: "A confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes."

[8] Assim julgou, com inteiro acerto, a 4 a. Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp 54.809-MG, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo, j. 8.5.06, un., DJU de 10.6.1996, p. 20.335).

[9] Preleciona desse modo João Carlos Pestana de Aguiar, Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo, RT, 1974, vol. IV, p. 125-126, lição adotada em acórdão da 2a. Turma do Supremo Tribunal Federal (RE 82.001, rel. Ministro Cordeiro Guerra, j. 20.6.1975, v.u.., Revista Forense, 254 (abril/maio/junho de 1976):238-239.

persuasão racional. Aliás, em regra de extraordinária abertura, o art. 332 do CPC estabelece que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no estatuto processual, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Até a presunção *iuris et de iure* não afasta conclusão dessa ordem, pois dispensa a prova a respeito do que se presume. O mesmo se passa com a ficção, pois essa não existe como prova nem é prova. Deve-se ter bem presente que os conceitos de presunção legal e de ficção jurídica não passam de expedientes de técnica legislativa[10], dizendo respeito ao tema da prova e não à sua estimação[11].

Mostra-se indispensável, por outro lado, para que tudo não redunde em puro arbítrio, contenha-se a atividade do órgão judicial no horizonte de uma racionalidade lógica e de conformidade com as leis naturais e a experiência comum[12]. A tanto, aliás, colima a importante disposição contida no art. 335 do Código de Processo Civil [13].

Não me parece aceitável a objeção de que ou essas regras lógicas foram recolhidas pela norma jurídica e impostas ao juiz, caso em que se teria um sistema de prova tarifada, ou não têm caráter imperativo e então, como é natural, o órgão judicial ficaria com a liberdade de segui-las ou não.[14] O raciocínio desconhece cuidar-se de exigência intrínseca a qualquer valoração humana, impossível de ser afastada pela só circunstância de não constar de regra de lei, mormente porque, enquanto fenômeno do pensamento, a lógica não é regulada por leis formais ou jurídicas. Daí o acerto do entendimento doutrinário que visualiza a observância

---

[10] Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1974, t. IV, p. 236.

[11] Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, cit., t. II, p. 384.

[12] Assim, por exemplo, não poderá o magistrado desconhecer exame de sangue excludente de alegada paternidade (cientificamente apontando a resultado com 100% de certeza), para, com base no princípio da livre apreciação da prova, emprestar maior valor ao conjunto probatório e acolher o pedido de reconhecimento forçado da relação paternal. O poder do juiz não chega a ponto de revogar as leis da ciência ou da natureza!

[13] Art. 335: "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 de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial . A respeito do ponto, continua mantendo atualidade a clássica monografia de Friederich Stein, Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1893, Aalen, Scientia Verlag, 1987, passim. Ver, ainda, na literatura jurídica brasileira, José Carlos Barbosa Moreira, Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, Revista Forense, 261 (janeiro/fevereiro/março de 1978):13-19, e Elício de Cresci Sobrinho, O juiz e as máximas da experiência, Revista Forense, 296 (outubro/novembro/dezembro de 1986):430-436.

[14] Externa esse ceticismo Jaime Guasp, Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso, Barcelona, Bosch, 1943, p. 95.

das leis do raciocínio, da ciência ou da natureza não como um *limite* à apreciação da prova, mas como algo que lhe é imanente [15].

Aspecto interessante e atual da apreciação da prova diz respeito à crescente interferência da ciência na investigação dos fatos[16], a colocar com freqüência o juiz diante de complexas informações técnicas e científicas, capazes de serem apreendidas em toda sua extensão com facilidade apenas por pessoas dotadas de altos conhecimentos especializados ou de raras habilidades[17].

Não há dúvida, nessa perspectiva, de que a confiança, até certo ponto indispensável, na informação científica impenetrável ou de difícil acesso, aumenta a tensão entre a liberdade para apreciar a prova e o processo cognitivo normal, pondo em xeque o próprio princípio da livre apreciação da prova.

Semelhante dificuldade coloca no tablado das discussões o temor de que o órgão judicial esteja, em alguma medida, transferindo o seu poder de julgar a estranhos sem legitimação política[18]. Exemplo paradigmático desse tipo de estorvo é a função exercida pelo perito, em que esse perigo passa a se potencializar de maneira singular.

Interessante observar, contudo, que nos sistemas ligados ao *common law* essa conseqüência tende a ser minimizada, em virtude de neles ser a prova produzida exclusivamente pelas partes, verificando-se além disso exacerbado contraditório entre as testemunhas técnicas postas em confronto, valendo ressaltar a inexistência de perito de confiança do órgão judicial.

O mesmo não se passa nos sistemas afeiçoados ao *civil law*, em que se constata a olhos vistos a crescente supervalorização do trabalho do perito oficial nomeado pelo diretor do processo, reduzindo de modo correlato, com intensidade cada vez maior, a importância dos laudos apresentados pelos assistentes técnicos das partes. Essa conseqüência, ademais, torna-se ainda mais grave pelo notável incremento verificado no número de demandas, a tornar mais rarefeito o exame das conclusões da perícia pelo juiz.

---

[15] Como bem pondera Gerhard Walter, La libre apreciación de la prueba (investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convincimiento judicial), trad. Tomás Banzhaf, Bogotá, Temis, 1985, § 14, 2, p. 355.

[16] Exemplo frisante constitui, como sabido, o exame de DNA, empregado especialmente na ação de reconhecimento forçado da paternidade, acima mencionado.

[17] A questão é suscitada, especialmente da ótica do common law, por Mirjan R. Damaska, Evidence Law Adrift, New Haven & London, Yale University Press, 1997, p. 150-151, passim, que sublinha, en passant, as dificuldades de harmonização dos métodos europeu-continentais na investigação dos fatos com a cientificização da prova.

[18] Observação de Damaska, ob. cit., p. 151.

De outro lado, a reforma introduzida no instituto da perícia, pela Lei nº 8.455, de 24.8.1992, só veio a estimular esses inconvenientes, na medida em que reduziu consideravelmente o papel até então desempenhado pelos assistentes técnicos, que, de verdadeiros auxiliares do juízo, passaram à condição de simples informantes e pareceristas pagos pelas partes. Basta atentar na nova redação do § 2º, 2ª. parte, do art. 422, — a dispensar os assistentes técnicos de prestarem compromisso de cumprir conscienciosamente o encargo que lhes for cometido—, do art. 423, — a determinar que os assistentes técnicos não podem mais ser recusados por impedimento ou suspeição—, do art. 424, *caput*, a não mais prever a possibilidade de substituição do assistente técnico pelo juiz —, e ainda na revogação dos arts. 430 e 431, que impunham prévia conferência entre o perito e os assistentes técnicos e a elaboração de laudo em separado somente em caso de divergência. O argumento de que, nos termos do art. 436 do CPC [19], o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, não se mostra relevante nesse contexto porque é sabido que a aplicação dessa diretiva revela-se praticamente desconhecida na prática do foro e só encontra realmente respaldo em casos em que seria a rigor desnecessária a prova pericial, bastando a prova do fato para a formação da convicção judicial[20]. Demais disso, a regra invocada tende a ceder notavelmente diante dos casos de alta complexidade científica ou técnica, nos quais obviamente mais dependente se torna o órgão judicial de assessoria especializada.

A nova realidade aqui retratada está a determinar reflexão mais acurada sobre o *modus operandi* da perícia no sistema jurídico brasileiro. As razões invocadas e a prática do foro demonstram que, no presente estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, seria de todo conveniente desfrutasse o perito da confiança não só do órgão judicial mas também dos litigantes. Dentro dessas coordenadas, tudo aconselha — nomeadamente nos parâmetros de uma desejável e inafastável visão cooperativa do processo — a prévia audição das partes a respeito da escolha do *expert*, possibilitando-lhes até sugerir quem deva realizar a diligência[21]. Com essa providência — que pode ser adotada inclusive sem lei expressa a respeito — em muito ganharia a busca da verdade dentro do processo, mormente nas espécies de alta

---

[19] Art. 436: "O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos."

[20] Sintomático, a respeito, o acórdão unânime da 1a. Turma do Supremo Tribunal Federal (RE 84.473-GO, rel. Ministro Cunha Peixoto, 24.9.1976, RTJ, 85 (julho/agosto/setembro de 1978):190-197), hipótese em que a rejeição do laudo pericial não determinou por si só a realização de nova perícia, porquanto suficiente para a formação da convicção do órgão judicial o exame dos documentos que formavam a cadeia dominial.

[21] Cabe mencionar, com essa louvável orientação, o art. 568, 2, do CPC português: "As partes são ouvidas sobre a nomeação do perito, podendo sugerir quem deve realizar a diligência; havendo acordo das partes sobre a identidade do perito a designar, deve o juiz nomeá-lo, salvo se fundadamente tiver razões para pôr em causa a sua idoneidade ou competência."

complexidade técnica ou científica, possibilitando-se o exercício da livre apreciação da prova com legitimação externa mais acurada do Poder em face da sociedade civil.

3. As considerações até aqui desenvolvidas, trazem à liça o problema da responsabilização do juiz e do controle de sua desejável liberdade, elementos esses correlativos ao exercício da cidadania processual das partes, que de modo nenhum podem ser esquecidos quando se aborda o tema da livre apreciação da prova.

Do ponto de vista externo ao juízo valorativo, a primeira observação a ser realizada é que, conquanto inadmissível qualquer retrocesso no sentido de tarifar a apreciação do fato pelo juiz [22], impõe-se preservar — como salvaguarda para melhor estabelecimento da verdade e conseqüente anteparo contra o abuso da liberdade judicial a respeito — o controle da sociedade imbuída de valores democráticos, por meio dos princípios, garantias e técnicas formadores do próprio processo.

Visam eles, por um lado, a facilitar o trabalho judicial, elastecendo ao mesmo tempo a colaboração das partes. A título de exemplo, podem ser mencionados a imediatidade no debate e na recepção da prova oral, o contraditório e a presença dos interessados na produção das provas[23].

Outros princípios e garantias têm outra função por servirem como anteparo ao arbítrio judicial, restringindo o caráter "pessoal" da decisão, dessa forma contribuindo para melhor objetividade por parte do julgador. Nesse domínio, podem ser apontados o dever de motivar a sentença, o atendimento às formalidades estabelecidas em lei para a realização da

---

[22] Parece ter sido esta a intenção de Ennio Amodio, Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, XVI(1973):310-339. Preocupado com a "degeneração" da prática judicial penal italiana, propõe uma "riscoperta" das regras probatórias legais como instrumentos destinados a limitar em sentido negativo os poderes do juiz também no plano valorativo (rev. cit., p. 336). A sugestão mereceu imediato repúdio de Cappelletti, Ritorno al sistema della prova legale?, rev. cit., XVII(1974):139-141, combatendo as generalizações perigosas e o formalismo dessa posição, com resposta de Amodio, Prove legali, legalità probatoria e politica processuale, rev. cit., XVII(1974):373-376.

[23] Chiovenda, Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova), in Saggi di Diritto Processuale Civile, vol. II, Roma, 1931, Foro Italiano, p. 197-225, esp. p. 225, destaca com agudeza que a liberdade de convencimento do juiz quer o ar e a luz da audiência, corrompendo-se e morrendo nos labirintos do processo escrito. Para Cappelletti, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapare delle parti nel processo civile), 2. ed., Milano, Giuffrè, 1974, vol. I, p. 130 e ss., 139, 164, mostra-se indissociável a interdependência recíproca entre imediação, oralidade e livre apreciação da prova, residindo o sentido maior da imediação exatamente na livre valoração da prova, porque à prova legal não interessa o modo como é realizada. Assim também Walter, Libre apreciación de la prueba, cit., § 15, p. 363 e ss.

prova, a publicidade do procedimento, a possibilidade de recursos em geral e o princípio do duplo grau de jurisdição [24].

Não deve ser olvidado, no entanto, o risco de não ser de todo afastada a onipotência judicial com o emprego dessas técnicas e até mesmo respeitando-se os princípios e garantias antes mencionados. O problema revela-se muito mais complexo e mostra-se bem possível que, mesmo com uma autêntica proclamação de princípios, o órgão judicial ao justificar determinada visão dos fatos lance mão de critérios vagos e indefinidos, empregando fórmulas puramente retóricas, despidas de conteúdo, aludindo por exemplo à "verdade material", "prova moral", "certeza moral", "prudente apreciação", "íntima convicção". Essas e outras expressões similares representam autênticos sinônimos de arbítrio, subjetivismo e manipulação semântica, por não assegurarem nenhuma racionalidade na valorização da prova, implicar falsa motivação da decisão e ainda impedir o controle da atividade judicial por parte da sociedade, do jurisdicionado e da instância superior [25].

Essa forma de motivar a decisão fática da causa, constitui na verdade uma tentativa de se reduzir a atividade cognoscitiva do juiz a um fenômeno de pura consciência, que se exauriria no plano íntimo e imperscrutável da mera subjetividade [26]. Se o reconhecimento da inafastável liberdade da decisão, — na medida em que eticamente empenhado e assim expressão da responsabilidade do indivíduo — foi o fruto mais precioso do novo sistema da *intime conviction*, esse mesmo elemento oferece também aspectos negativos, exatamente porque pode levar a se considerar o momento da valoração da prova como um fenômeno misterioso e indizível, não sujeito a análise e controle, impenetrável por conseqüência a qualquer tipo de investigação [27].

---

[24] Observa agudamente Walter, Libre apreciación de la prueba, cit., p. 94-95, terem sempre existido esses princípios e garantias quando a apreciação da prova não estava regrada, desaparecendo tão logo entrava a reinar a teoria das provas legais. Segundo Michele Taruffo, La prova dei fatti giuridici (nozioni generali), in Trattado di diritto civile e commerciale, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, Giuffrè, 1992, vol. 3, t. 2, sez. 1, p. 376-377, o dever de motivação, dentro dessa concepção racional do convencimento do juiz, assume exato e preciso significado, de modo a que possa ser controlado externamente o órgão judicial e compelido assim a justificar suas escolhas no juízo de fato com argumentos racionais. Sobre o significado da publicidade para a livre apreciação da prova, conforme ainda Walter, Libre apreciación de la prueba, cit., p. 380-385.

[25] Assim também Taruffo, La prova dei fatti giuridici, cit., p. 370-371. Interessante a observação de Devis Echandia, ao defender a adoção do sistema de livre apreciação da prova, ob. cit., tomo I, 27, p. 106-107: "No existen, en nuestra opinión, más posibilidades de arbitrariedad ni mayor incertidumbre con el sistema de la libre apreciación, correctamente entendido y aplicado, que con el de la tarifa legal. Si el juez es ignorante, tampoco aplicará correctamente la valoración indicada en la tarifa legal, y si quiere obrar con parcialidad o mala fe, encontrará fácilmente la manera de hacerlo, dándole una motivación caprichosa y arbitraria a la sentencia, con ambos sistemas. Esto lo prueba la experiencia de siglos. Podrían contarse por millares, en cada país, las personas que han sufrido la mala justicia y el atropello judicial, o que se han beneficiado de la indulgencia ilícita de los jueces penales, durante la vigencia del sistema de la tarifa legal."

[26] Bem elucida Devis Echandía, ob. cit., tomo I, nº 27, p. 109: "la libre apreciación no es libertad para la arbitrariedad, ni para tener em cuenta conocimientos personales que no se desduzcan del material probatorio aportado al proceso, ni para eximirse de motivar las decisiones y someterlas a la revisión de jueces superiores."

[27] Massimo Nobili, Il principio del libero convincimento del giudice, Milano, Giuffrè, 1974, p. 7-8.

Razões dessa natureza encontram eco também no ambiente brasileiro, guardando perfeita adequação aos tempos atuais, de modo a justificar plenamente a necessidade de um controle também endógeno, incidente sobre o próprio raciocínio desenvolvido pelo órgão judicial no apreciar tanto a prova quanto os elementos de fato relevantes para a decisão.

Não se cuida aqui de encarar a questão com preconceitos de caráter iluminístico, mas de adaptar o discurso aos valores fundamentais da sociedade hodierna, interessada de uma forma ou de outra em domesticar o poder.

Dentro dessa orientação, deve ser excluída em primeiro lugar na apreciação fática do órgão judicial qualquer valoração de eqüidade ou de conveniência em relação à tutela dos interesses opostos. Certamente, para melhor formar sua convicção, deve o juiz até de ofício ordenar a realização de determinadas provas (art. 130 do CPC), mas, se apesar de tudo a dúvida permanece, não lhe será lícito considerar provados os fatos só porque lhe pareça justo acolher o pedido inicial. Em hipótese assim extrema, em vista do veto ao *non liquet*, o único recurso que lhe cabe é recorrer a juízos de verossimilhança, fundados na experiência geral[28], regras essas concernentes ao ônus da prova, a determinar em certa medida um retorno à formalização na apreciação da prova evitando, todavia, o perigo maior do puro arbítrio judicial.

Por outro ângulo visual, não sendo meramente subjetiva a livre apreciação da prova, deve ainda o órgão judicial — a exemplo do julgamento exclusivamente de direito — respeitar as expectativas do ambiente a que se dirige e no qual a decisão há de se mostrar convincente ou pelo menos aceitável. De tal sorte, também no plano dos fatos, constituirá aspiração da atividade judicial obter consenso o mais generalizado possível da sociedade em que inserida, no horizonte de uma decisão "razoável", na medida em que conformada às expectativas sociais [29].

Por fim, mostra-se importante ressaltar a intimação conexidade da maior liberdade do juiz na livre apreciação da prova com a própria valorização do magistrado de seus julgamentos pela sociedade civil. Essa constatação conduz a uma insuprimível dialética entre lei e juiz, incapaz no fundo de ser resolvida em termos meramente abstratos e cuja solução só pode ser encaminhada levando-se em conta concretos parâmetros históricos, sociais e econômicos.

---

[28] Alessandro Raselli, Studi sul potere discrezionale del giudice civile, Milano, Giuffrè, 1975, p. 233-234.
[29] Cf. acentua Salvatore Patti, Libero convincimento e valutazione delle prove, Rivista di Diritto Processuale Civile, 40 (1985):481-519, esp. p. 518.

De tal sorte, o legalismo pode constituir um freio contra o despotismo ou degenerar em autoritarismo do Estado; a ampla liberdade do juiz no exame da prova ou conduz a uma decisão o mais próximo possível da verdade ou redunda num arbítrio exasperado e incontrolável, chancelador de uma imagem equivocada e falsa[30].

A problemática, portanto, é influenciada ao fim e ao cabo pela justa e exata ponderação de que qualquer simplificação processual no domínio das formas, a maior ou menor liberdade do juiz, "não é possível senão na proporção da confiança que, num determinado momento, o ordenamento judiciário inspira nos cidadãos" [31]. Confiança que só será adquirida, contudo, verificando-se compreensão mútua entre a cidadania e a magistratura, eficiência e competência desta no exercício de suas altas funções, de modo que possa adquirir legitimação externa perante a sociedade civil. Dificuldades dessa ordem são ainda mais delicadas numa época como a nossa, de difusão informática, de grande progresso tecnológico na divulgação dos fatos e de globalização da economia, em que a mídia desempenha relevantíssimo papel na formação da opinião pública, e o Poder Judiciário além de ter pouco acesso aos meios de comunicação nem sempre tem demonstrado saber como lidar com algo que em certo sentido refoge a sua habitual reserva e discrição.

---

[30] Ver a respeito as considerações de Massimo Nobili, Il principio del libero convincimento del giudice, cit., p. 452-455, passim.

[31] Giuseppe Chiovenda, Principii di diritto processuale civile, 4. ed., Napoli, Jovene, 1928, § 43, II, p. 664.

FRANCE

1 - 2002 – JACOB DE FRADERA, Véra Maria. *Réflexions sur l'Apport du Droit Comparé à l'Élaboration du Droit Communautaire*, 2002. Dr. Thesis, Université de Paris I, mention très honorable et les felicitations du jury. (***waiting confirmation***)

2 -2003 – JACOB DE FRADERA, Véra Maria. La responsabilité. In: *Aspects Nouveaux, Travaux de l'Association Henri Capitant. Journées Panaméennes*, tome L/ 1999, p. 217-220. Paris: LGDJ, 2003, p. 217-220.

3 – 2003 - JACOB DE FRADERA, Véra Maria. Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen. The Role of Comparative Law in the Emergence of European Law. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 2, 2003, p. 484-486.

La responsabilité

Véra Jacob de Fradera

Docteur en Droit, Université Paris II
Professeur à l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul[1]

Introduction

Comme nous le savons tous, la responsabilité du médecin est de nature contractuelle, fondée sur la faute.

Pour ce qui est de la nature de l'obligation du médecin , la majeure partie de la doctrine admet la distinction entre obligations de *moyens* et de *résultat* , découverte par M. Demogue, répandue partout grâce aux écrits de MM. Henri Mazeaud et André Tunc [2].

La doctrine et la jurisprudence brésiliennes ont subi, après l' Indépendence du Portugal, une forte influence de la doctrine française dans tous les domaines du droit. Cette attirance pour la littérature juridique française s 'explique par la connaissance de la langue française par les milieux cultivés et scientifiques de la societé brésilienne et par une présence de la France dans toutes les manifestations culturelles du pays, comme par exemple, la mode, la musique, l'art en général.

---

[1] Capítulo de livro intitulado La responsabilité, Aspects Nouveaux, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées panaméennes, tome L/1999, p. 217 / 220. Ed. LGDJ, ISBN: 2-275-02286-4, 2003, Paris.

[2] M.Henri Mazeaud, «Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles, obligations déterminées et obligations générales de prudence et diligence », in RTDciv. 1936, p.1 et s. n.50; TUNC , André ,« La distinction des obligations de réseultat et des obligations de diligence », JC 45, éd. G, I , 449.

Le droit civil brésilien est un amalgame d'influences très variées (Les Ordonnances du Portugal, le Droit Canon, le Droit Romain , les Pandectes) mais, dans le domaine de la responsabilité civile, c'est l'influence française qui est la plus remarquable et le législateur brésilien a même reproduit dans le Code Civil , l'article 1382 du Code Napoléon.

Ainsi, la doctrine et la jurisprudence brésiliennes sont d'accord pour qualifier l'obligation contractuelle du médecin comme une obligation de moyens, c'est-à-dire que le médecin doit déployer tous ses efforts pour guérir le malade, mais il n'est pas obligé d'obtenir la guérison, car on reconnait que plusieurs facteurs interviennent ; par ailleurs, il y a toujours des maladies dont l'origine est inconnue ou pour lesquelles une thérapie capable de les maîtriser n'a pas encore été trouvée. Il existe toujours un aléa dans ce contrat.

En conséquence, le médecin n' est responsable civilement que s'il a manqué à ses devoirs professionnels envers le malade: c'est-à-dire qu' il n'a pas employé toute sa diligence et ses connaisances, tous ses efforts, pour le guérir.

Mais c'est au patient de prouver que le médecin a manqué à ses obligations.

Par ailleurs, l 'obligation du médecin peut être de résultat, ou déterminée, quand le débiteur (le médecin) doit atteindre un résultat. C'est par exemple, le cas du médecin radiologue, du biochimiste et du chirurgien plasticien.

En ce qui concerne la charge de la preuve, dans ce cas, c'est le médecin qui doit prouver que l'inexécution est dûe à une cause qui lui est étrangère.

L'obligation du médecin, dans certaines spécialités médicales, comme la chirurgie esthétique, est considérée depuis longtemps, comme de résultat.

Aujourd'hui la doctrine et la jurisprudence commencent cependant à admettre quelques dérogations à cette règle. Pour ce qui est de ce domaine, le droit brésilien présente quelques particularités.

Nous allons donc, dans un premier temps, nous occuper de la position dominante dans la doctrine et la jurisprudence brésiliennes pour ce qui est de la nature de l'obligation du médecin plasticien, quand la chirurgie est purement esthétique;

Ensuite, notre étude portera sur quelques particularités de la responsabilité civile du chirurgien plasticien en droit brésilien.

I. L'obligation du chirurgien plasticien est une obligation de résultat, quand la chirurgie revêt un caractère purement esthétique

Sous l'influence de la doctrine française qui, pendant longtemps, a considéré l'obligation du chirurgien plasticien comme une obligation de résultat, la doctrine majoritaire, ainsi que les tribunaux brésiliens, ont adopté ce même critère.

En effet, la personne qui va chez le chirurgien plasticien pour se faire opérer de son nez qu' elle trouve trop grand ou qui veut enlever quelques rides autour de ses yeux, n'est pas malade, c'est seulement un être sain qui désire avoir une apparence plus jeune ou prétend corriger un de ses traits. Dans ce cas, le médecin a, selon cette conception du problème, une obligation de **résultat**, il doit obtenir le résultat qu'il a promis à son client. Le cas échéant, il est responsable civilement. C'est au médecin de prouver que si le résultat n'a pas été atteint à cause d'une autre raison, la force majeure, par exemple.

La doctrine brésilienne dominante adopte cette qualification en ce qui concerne la chirurgie purement esthétique . Dans ce sens , on peut citer MM. Aguiar Dias [3], Caio Mário da Silva Pereira [4] et Genival Velloso França [5].

Tous ces auteurs remarquent que les Tribunaux sont très sévères avec les médecins plasticiens et qu'ils rendent plus lourdes leurs obligations. Un exemple: l'obligation d'informer porte sur tous les risques, les plus courants mais aussi les risques exceptionnels.

M. Velloso França, dans son livre *Direito Médico,* écrit ainsi que la chirurgie purement esthétique devrait être écartée des domaines de la Médecine, parce que cette spécialité n'a pas des objectifs curatifs, et elle vise des buts souvent inaccessibles, par exemple, rajeunir de 30 ans une personne agée de 80!

Les arrêts sont très nombreux, et tous les tribunaux nationaux jugent pareillement les cas de responsabilité civile du médecin plasticien: le Supérieur Tribunal de Justice (STJ) à Brasília et les Tribunaux des États membres de la Fédération.

Cependant, la doctrine et la jurisprudence brésiliennes classifient comme **de résultat l'obligation du chirurgien quand la chirurgie est purement esthétique et de moyens quand la chirurgie plastique est réparatrice.**

Dans le même sens, M. Miguel KFOURI NETO [6] auteur d'une monographie sur la Responsabilité Civile du Médecin adopte la thèse selon laquelle il faut distinguer entre Chirurgie Esthétique *stricto sensu* , c'est-à dire celle dont les buts sont purement esthétiques, et la Chirurgie Esthétique réparatrice. Dans le premier cas, l'obligation du chirurgien est de résultat, dans le second, de moyens Tous les Tribunaux sont d'accord sur cette distinction.

Nous allons à présent préciser qu'il existe cependant une partie de la doctrine brésilienne et quelques décisions des tribunaux, qui considèrent, en matière de chirurgie esthétique, l'obligation du médecin plasticien n'est qu'une obligation de moyens.

---

[3] Aguiar Dias, Da Responsabilidade civil, v. I , Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1979 p. 303 .
[4] Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993, p.168 ets.
[5] Genival , Velloso França, Direito Médico, Fundo Editorial BYK-Procienx, 1994, p.142.
[6] Miguel Kfouri Neto, Responsabilidade Civil do Médico, 3a. ed. Ed. RT , 1998 , p. 166 ets .

II. L'obligation du chirurgien plasticien doit être considérée comme une obligation de moyens selon quelques juristes brésiliens, même quand la chirurgie revêt un caractère purement esthétique

Quelques auteurs de la doctrine brésilienne considèrent cependant l'obligation du chirurgien esthétique comme de **moyens,** car, selon ces auteurs il faudrait prendre en compte l'ensemble des qualités de chaque patient, par exemple, son âge, sa peau, le fait qu'il fume encore ou ait fumé, etc. Pour ces juristes, il s'agit du même aléa que celui qui est inhérent aux autres spécialités médicales. Ce courant doctrinal, malgré l'importance des auteurs qui l' adoptent, n'a pas encore reçu la consécration des juges et des tribunaux.

Parmi les auteurs qui essaient de diffuser cette idée , on peut citer le Ministre du Supérieur Tribunal Fédéral, M. Ruy Rosado de Aguiar [7], pour qui, en dépit de ce que la doctrine et la jurisprudence majoritaires qualifient de résultat l' obligation du chirurgien plasticien, *la vérité appartient à ceux qui attribuent au médecin plasticien une obligation de moyens.* Les auteurs qui adoptent cette conception ont subi l'influence française.

Cette vision est assez récente parmi nous, et elle remonte à la publication d'un arrêt de la 1ère. Chambre Civile de la Cour de Cassation[8], commenté par François Chabas, et à un article de doctrine, dont l'auteur Luis Andorno de l'Université de Rosário, Republique argentine[9], est fortement influencé par les juristes français.

M. Chabas affirme dans son commentaire que « *toute intervention sur le corps humain est aléatoire , les réactions du corps étant imprévisibles. Nul ne peut prévoir par exemple comment se fera une cicatrisation ... À tel point que nous pensons que serait* ipso facto *en faute le plasticien qui promettrait un résultat , parce qu'il ne pourrait ne pas être conscient du caratère falacieux de son engagement.*»

Depuis cet arrêt, on observe un changement, pour l'heure encore assez timide, dans la jurisprudence brésilienne rendue en matière de responsabilité du chirugien plasticien.

Deux exemples jurisprudentiels de cette nouvelle tendance peuvent à cet égard être mentionnés:

- Tribunal de Justice de l'Etat du Paraná, recours n° 34 834 -1, Juge: Abrahão Miguel, 20.6.1995: rendu en matiére de chirurgie esthétique, cette decision qualifie l'obligation de moyens, décidant que c'est à la victime de prouver la faute du chirurgien;

---

[7] Ruy Rosado de Aguiar, «Responsabilidade Civil do Médico», in Revista dos Tribunais - 718, agosto 1995, p.33 ets.

[8] Responsabilité civile - médecin . Chirurgien esthétique. a) obligation de moyens. Prothèses Mamaires. Résultats aléatoires. Faute (non). b) Obligation d'information. Manquement. Preuve. Charge. Patient: JCP n 1993, n° 25.

[9] Luis Andorno, « La responsabilidad civil médica » in Revista da AJURIS, 59, p.224, Porto Alegre, Brasil.

- Tribunal de Justice de l'Etat du Rio Grande do Sul: appel n° 597 083 948, 18.9.19975 ème Chambre Civile.

Un des juges[10] a indiqué aux membres de la Chambre que l'obligation du chirurgien plasticien, même s'il s'agit d'une chirurgie purement esthétique, était de moyens, non de résultat. Dans cette Chambre, il a été le seul a avoir cette conception.

Conclusion

Il apparaît à la lumière de cet exposé que l'influence de la doctrine et de la jurisprudence françaises sont toujours remarquables dans le domaine de la responsabilité civile au Brésil.

[10] M. Alfredo Guilherme Englert.

Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen

Véra Jacob de Fradera

L'Institut suisse de droit comparé nous offre dans le cadre de ses publications un ouvrage qui nous attire dès la première vue par son intitulé et par la renommée de ses collaborateurs, tous des comparatistes très actifs dans plusieurs domaines de ce champ du droit, soit au milieu universitaire, celui de l'administration bruxellois ou dans les activités propres à la magistrature.

L'ouvrage est le résultat d'un important colloque réalisé à Lausanne du 14 au 15 avril 2000, sous les auspices de l'Institut suisse de droit comparé, dont le thème central a été une réflexion sur la signification de la méthode comparatiste dans différents domaines, et à différents stades de la genèse du droit et dans son application. Les organisateurs de ce colloque voudraient développer des études sur l'étendue de la contribution du droit comparé dans l'élaboration du droit communautaire. Selon les mots de M. Pierre Widmer , dans l' avant-propos de l'ouvrage, celle-ci laisse le lecteur *découvrir cette perspective dans toute sa richesse, mais aussi dans son opacité parfois mystérieuse à travers les contributions réunies dans le présent volume*[1].

[1] P. 08 de l'avant-propos.

L'ouvrage contient six contributions dans plusieurs domaines du droit : le Droit de la consommation (Bernd STAUDER), Droit des societés (Ulrich IMMENGA) , Proprieté intelectuelle (André FRANÇON), Protection de la personnalité (Alain BRUN), la perspective du juge de la Cour de Justice des Communautés Européennes (Vassili CHRISTIANOS), Droits de l 'homme (Paul MAHONEY). La synthèse est présentée par Bernard DUTOIT.

Dans le but de montrer l'influence du droit comparé dans plusieurs secteurs du droit communautaire, l'ouvrage a précisé *le cheminement de la démarche comparative*[2] à trois niveaux : d'abord, celui du législateur européen, ensuite celui de la Cour de justice des Communautés européennes et en troisième lieu, celui de la Cour européenne des droits de l'Homme.

En ce qui concerne le législateur européen, un des domaines où il a souffert une importante influence du droit comparé est, sans doute, le droit de la consommation, notamment pour l'élaboration des nombreuses directives, dont le but est la protection des consommateurs et la promotion de leurs intérêts. Les directives constituent une remarquable création du droit communautaire, et elles visent le rapprochement des législations nationales des pays membres de l'Union européenne dans nombres secteurs du droit privé. Le législateur européen s'est rendu compte du besoin qu'avaient les consommateurs de l'Union européenne de disposer d'un socle minimal commun de règles de droit, capables de renforcer leur confiance dans les rapports avec les commerçants et les prestataires de service. Le but de ces règles est celui de permettre aux consommateurs une meilleur insertion dans le marché commun. Dans ce sens, on peut nommer comme exemple la Directive 93/13/CE du Conseil du 5 avril 1993, relative aux clauses abusives figurant dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, la Directive 97/7/CE du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 1997, sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance entre consommateur et fournisseur, la Directive 1999/44/CE du Parlement Européen et du Conseil du 25 mai 1999, qui porte sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation et beaucoup d'autres. Par ailleurs, comme a souligné M. Bernd **STAUDER** dans son excellent rapport[3], les Directives visent également des problèmes nouveaux, conséquence du développement économique et social (*time-share*, vente par Internet, *e-commerce*). C'est ce même auteur qui affirme que le recours à la méthode comparative devrait être une condition indispensable à l'elaboration des normes harmonisées. Malheureusement, la méthode comparative n'est pas mentionnée dans les considérants, les sources nationales de leur inspiration ne sont jamais évoquées par les législateurs communautaires. Pour accomplir l'obligation en droit primaire, de recourir à la méthode comparative, le législateur communautaire a choisi la méthode fonctionnelle. Selon cette

[2] Voir à propos la synthèse de colloque par M. Bernard DUTOIT.
[3] In « L'exemple du droit de la consommation » , p. 11.

méthode, face à un problème donné, le législateur communautaire récense l'état des législations nationales et met en évidence les convergences et les divergences existantes. L'auteur remarque que l'évaluation de la nécessité d'agir par la voie de l'harmonisation et du champ de l'intervention législative est fonction de la compétence des autorités communautaires, donc de l'impact de ces divergences sur le fonctionnement du marché intérieur et sur la protection des consommateurs, et du principe de la subsidiarité. Si la nature du sujet exige l'harmonisation, l'approche fonctionnelle imposerait le choix de la meilleure solution. Comment atteindre la meilleure solution? D'abord, le législateur communautaire peut avoir recours aux solutions nationales, dont il a fait le recensement. On peut rappeler ici plusieurs exemples, dont celui de la Directive 97/7/CE, où le 17ème. considérant affirme que les principes établis par les articles 8 et 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, fondent la reconnaissance au consommateur d'un droit à la protection de la vie privée, notamment en ce qui concerne la tranquillité à l'égard de certaines techniques de communication particulièrement envahissantes. En conséquence, il y a lieu de préciser les limites spécifiques à l'usage de pareilles techniques. Parmi les points les plus importants du texte de cette Directive qui montrent ses sources comparatistes, il convient de signaler le droit à l'information, base de toutes les affaires liées à la consommation, et qui doit être le point de départ de tout achat. Si ce droit à l'information est fondamental dans n'importe quel achat, il l'est davantage quand il s'agit de contrats à distance. Inspiré par le droit allemand, qui impose aux contractants un comportement loyal et de bonne foi (les usages de commerce), les rédacteurs de cette Directive 97/7 ont imposé aux fournisseurs un devoir de fournir, en temps utile, des informations préalables avant la conclusion de tout contrat à distance. L'information a pour but de rendre le consentement de l'acquéreur plus éclairé et, en conséquence, d'assurer l'équilibre contractuel, ainsi que l'égalité entre les parties.

En outre, le législateur communautaire peut trouver une solution inspirée des droits nationaux, mais qui les dépasse. Dans ce cas là, la solution devient originale, autonome.

GERMANY

1 - 2000- WEHNER, Ulrich, EU und Mercosur - Auf dem Weg zur Freihandelszone? (União Européia e Mercosul: No caminho de uma zona de livre comércio ?"). *Recht der Internationalen Wirtschaft*, ano 2000, p. 370 a 376. (DAAD/CAPES, permanent lector, PPGDir./UFRGS, Germany). (***waiting confirmation***)

2 - 2001 – HECK, Luís Afonso. Die Normenkontrolle im brasilianischen Verfassungsrecht. In: GEIS, Max-Emanuel; LORENZ, Dieter (Org.). *Staat-Kirche-Verwaltung: Festschrift für Hartmut Maurer zum 70.* Geburstag. Vol. 1. München, 2001, p. 111-126.

3- 2002 – ÁVILA, Humberto Bergmann. *Materiell verfassungsrechtliche Beschraenkungen der Besteuerungsgewalt*. Baden Baden: Nomos-Verlag-Gesellsachft, 2002, 398p. (***waiting confirmation***)

4 - 2002 – LIMA MARQUES, Claudia. Gleichheit zwischen Kindern im aktuelle brasilianischen Recht- Postmodernes Recht? *Rechtsentwicklungen in Portugal, Brasilien und Macau.* Erik Jayme and Christian Schindler (Hrsg), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002, p. 65-98. (***waiting confirmation***)

5 - 2002 – MICHELON JUNIOR, Claudio Fortunato. The Justification of Authority and the Insulation of Formal Reasons. *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie (ARSP).* Vol. 88, n. 1. Bielefeld, 2002, p. 51-73.

6 - 2003 – LIMA MARQUES, Claudia. Das neue brasilianische Zivilgesetzbuch von 2002: Bemerkungen zum neuen Unternehmensrecht (Direito de Empresa) und der Quellendialog mit dem Verbraucherschutzgesetzbuch von 1990. In: *Das Recht der lusophonen Länder II.* Erik Jayme and Christhoph Benicke (Hrsg), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, DLJV Erlangen, 21 pg.

Die Normenkontrolle im brasilianischen Verfassungsrecht

Prof. Dr. Luís Afonso Heck

Lutherische Universität Brasiliens
Bundesuniversität Rio Grande do Sul

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung

II. Begriffliche Darstellung

III. Die Entwicklung der Normenkontrolle in Brasilien

IV. Die einzelnen Verfahren der Normenkontrolle

1. Die Direktklage der Verfassungswidrigkeit und die deklaratorische Klage der Verfassungsmäßigkeit

2. Die Verfassungswidrigkeit der Unterlassung

3. Die "Beweisführung der Nichterfüllung"

4. Die "Nachträgliche Kontrolle

5. Die eingreifende Repräsentation

6. Die einstweilige Verfassung

Die Normenkontrolle im brasilianischen Verfassungsrecht*

---

*Ich danke Frau Dr. jur. Harriet Christiane Zitscher, Schwerin, für die Unterstützung zur Fragen der deutschen Rechtssprache.

I. EINLEITUNG

Am 5 Oktober 1988 ist die brasilianische Bundesverfassung (BV) in Kraft getreten. Im Bereich der Normenkontrolle ist der Einfluß des europäischen Verfassungsrechts wieder sichtbar. Nach Art. 102, caput, BV hat das oberste Bundesgericht als Aufgabe der hauptsächliche Hüter der Verfassung zu sein bekommen. Im Art. 103, caput, BV ist das Antragsrecht für die Direktklage der Verfassungswidrigkeit, d. h., die abstrakte Normenkontrolle erweitert worden. Die Direktklage der Verfassungswidrigkeit ist im Art. 102, I, a, BV geregelt. Das Bundesgericht ist auch gemäß Art. 103, § 2, BV zuständig für die Entscheidung über eine Unterlassung des Gesetzgebers oder der Verwaltung. Mit dem Verfassungsänderungsgesetz N. 3 von 17.3.1993 ist die Klage auf Erklärung der Verfassungsmäßigkeit gemäß Art. 102, I, a, BV und eine besondere erleichterte Beweisführung für die Nichterfüllung einer grundlegenden Vorschrift, die sich aus der Verfassung ergibt, gemäß Art. 102, § 1, BV eingeführt worden.

Es gibt noch eine andere Möglichkeit der Normenkontrolle in der BV, die allerdings, wie auch die Direktklage der Verfassungswidrigkeit, schon in den vorherigen Bundesverfassungen vorgesehen war. Sie ist das außerordentliche Rechtsmittel der sogenannter Kontrolle durch Einrede und findet sich im Art. 102, III, b, BV. Sie entspricht einer konkreten nachträgliche Normenkontrole. Außerdem können auch die Repräsentation des Generalstaatsanwalts im Fall der Bundesintervention (Art. 36, III, BV), die individuelle einstweilige Verfügung zum Schutz eines unbestreitbar bestehenden Rechts, d. h., das Recht muß nicht bewiesen werden, und die kollektive einstweilige Verfügung (Art. 102, I, d, BV) zur Normenkontrolle führen.

Geschichtlich betrachtet sind wenigstens drei Einflüsse im Feld der Normenkontolle und der Erhaltung der Verfassung im weiteren Sinn erkennbar. Zuerst kommen die Vorstellungen des europäischen Verfassungsrechts in Betracht, dann die des amerikanischen und zuletz wieder des europäischen, jetzt aber aus dem Blickwinkel des deutschen Rechts und nicht aus dem des französischen. Ehe die einzelne Verfahren näher betrachtet werden (dazu IV), sollen einige Grundbegriffe dargestellt (dazu II) und die historische Entwicklung der Normenkontrolle beschrieben werden (dazu III).

II. BEGRIFFLICHE DARSTELLUNG

Im Laufe der Zeit sind verschiedene Mittel eingesetzt worden, um die Kontrolle des Verfassungsmäßigkeit auszuüben. Ein Weg ist, die Veröffentlichung verfassungswidriger Gesetze zu verhindern. Das ist der Fall bei der sogenannten präventiven Kontrolle. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, verfassungswidrige Gesetze für nichtig zu erklären oder unangewendet zu lassen. Hier wird von nachträglicher Kontrolle gesprochen.

Die präventive Kontrolle kann durch ein politisches oder gerichtliches Organ geschehen. Die erste Form findet sich in der französischen Verfassung vom Jahr VIII, nach der der Senat zuständig war für die vorherige Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von

Gesetzesvorlagen. Die zweite Form ist in die österreichische Verfassung durch die Änderung von 1925 eingeführt worden. Danach konnte das Bundesverfassungsgericht sich nach den Antrag der Bundesregierung oder eines Landesregierung über die verfassungsrechtliche Zuständigkeit im Hinblick auf bestimmte Gesetzgebungsbefugnisse ausprechen.

Heute scheint die nachträgliche Kontrolle überwiegend den Vorzug gefunden zu haben. Dafür lassen sich einige Gründe anführen: (1) die Unabhängigkeit des kontrollierenden Organs - damit ist auch der Gewaltenteilung gedient - ; (2) die Möglichkeit ausreichender rechtlicher und sachlicher Erörterungen im gerichtlichen Verfahren und (3) die Chance der Entwicklung und Aktualisierung des Verfassungsrechts.

Es gibt zwei verschieden Arten von nachträglicher Kontrolle. Die eine geschieht durch eine direkte Klage, die andere durch Einrede. Für die Klage, die auf das höchste ordentliche Gericht oder auf ein Verfassungsgericht übertragen werden kann, ist die österreichische Verfassung von 1920 ein Beispiel und für die Einrede die Entscheidung Marbury v. Madison des Supreme Court USA im Jahre 1803.

Die direkte Klage ist dadurch kennzeichnet, daß für sie kein Rechtsverhältnis als Grundlage erforderlich ist da es um die Prüfung der Gültigkeit einer Rechtsnorm geht. Das Verfahren der direkten Klage ist ihrem Wesen nach ein objektives Verfahren, sie dient nur der Prüfung von Rechtsnornem nicht aber dem Schutz der Rechtsstellung des Antragstellers. Durch die direkte Klage kann und soll die Verfassung normativ bestätigt werden.

Der andere Typ der nachträglichen Kontrolle ist die Einrede. Hiernach kann im Laufe eines richterlichen Verfahrens eine Prozeßpartei geltend machen, daß das Gesetz, auf das die andere Partei ihren Anspruch stützt, verfassungswidrig ist. Trifft das zu, dann hat der Richter das Gesetz im dargelegten Fall nicht anzuwenden. Die Einrede erfüllt somit eine Abwehrfunktion.

III. DIE ENTWICKLUNG DER NORMENKONTROLLE IN BRASILIEN

Erst am Ende des 19. Jahrunderts beginnt die Normenkontrolle in Brasilien.[1] Die am 25 Marz 1824 in Kraft tretende Reichsverfassung (RV) hatte keine Vorschriften über die Prüfung der Gültigkeit von Rechtsnormen durch die Gerichte. Nach Art. 15, N. IX,

[1]Zu der Entwicklung der Normenkontrolle in Brasilien sind zu nennen: Barbi, Celso Agrícola, Evolução do contrôle da constitucionalidade das leis no Brasil, Revista de Direito Público, 1968 (34 ff.); Buzaid, Alfredo, Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, Revista Forense, 1958, (14 ff.); Moreira Alves, José Carlos, As garantias do cidadão na justiça, 1993, S. 1 ff.; Mendes, Gilmar Ferreira, O controle de constitucionalidade, 1990, S. 169 ff.; Bittencourt, C. A. Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, 1949, S. 27 ff.

RV[2] war es Aufgabe der Generalversammlung die Verfassung zu hüten. Dieser Art. fand seine Ergänzung im Art. 173 RV.[3] Die Generalversammlung war nach Art. 15, N. VIII, RV auch zuständig für die Interpretation der Gesetze.[4] Außerdem war auch im Art. 98 RV der poder moderador vorgesehen worden.[5] In diesem Zusammenhang lassen sich Vorstellungen erkennen, die hauptsächlich aus dem französischen Recht stammen (pouvoir modérateur).[6] Es ist noch zu bemerken, daß die Reichverfassung nur zum Teil starr war, d.h., nicht durch einfache Gesetze abgeändert werden durfte; und zwar nur, soweit es die Grenzen und Aufgaben der Staatsgewalten und die politischen und individuellen Rechte des Bürgers betraf. Alles andere konnte durch die ordentliche Gesetzgebung geändert werden.[7]

Mit der Proklamation der Republik am 15 November 1889 haben Reich und Reichsverfassung ihr Ende gefunden. Das Vorbild der Bundesverfassung von 24 Februar 1891 war das amerikanische Recht, und damit hat auch die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze durch die Gerichte Aufnahme gefunden, und zwar in Gestalt des Einrede.[8]

Durch die soeben genannte Bundesverfassung wurde es Aufgabe des obersten Bundesgerichts, die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Akten der Staatsgewalt nachzuprüfen.[9] Die sogenannte vorläufige Verfassung von 22 Juni 1890 hatte indessen eine

---

[2]Art. 15, IX: "Die Hütung der Verfassung zu bewahren und das Allegemeine Wohl der Nation zu fördern."
[3]Art. 173: "Die Generalversammung hat am Anfang seiner Sitzungen im Interesse der Gerechtigkeit zu prüfen, ob die politische Verfassung des Staates genau eingehalten worden ist."
[4]Art. 15, VIII: "Gesetze machen, interpretieren, außer Kraft setzen und aufheben." Die Aufgabe der Interpretation ist 1856 auf die Regierung übertragen worden. S. dazu Nabuco, Joaquim, Um estadista do império, Bd. 1, 5. Aufl., 1997, S. 256 ff. Die Interpretation durch den Richter war damit jedoch nicht ganz ausgeschlossen. Dazu Pimenta Bueno, José Antonio, Direito publico brazileiro e analyse da constituição do império, 1857, S. 77 ff.
[5]Art. 98: "Der mäßigende Macht ist der Schlüssel aller politischen Organisation und ist ausschließlich an den Kaiser delegiert als höchster Chef der Nation und seine erste Vertreter, um unablässig die Aufrechterhaltung der Unabhängigkeit, Gleichgewicht und Harmonie der Gewalten zu bewahren." Dazu Leal, Hamilton, História das instituições políticas do Brasil, 1994, S. 207 ff. Eine eingehende Darstellung bei Pimenta Bueno (Fn. 4) S. 204 ff. 6Vgl. mit Leal, Aurelino, História constitucional do Brazil, 1994, S. 156 f.
[7]Art. 178 RV: "Es ist nur Verfassung, was die Grenzen und entsprechende Aufgaben der Staatsgewalten und die politischen und individuellen Rechte des Bürgers betrifft. Alles was nicht Verfassung ist, kann ohne die erwähnten Formalitäten durch die ordentliche Gesetzgebung geändert werden."
[8]Diese Tatsache ist leicht erkennbar nur mit einem kurzem Überblick über die Kommentierung Barbosas der Verfassung von 1891 in diesem Punkt. Auch in diesem Bereich waren die Kenntnisse des amerikanischen Verfassungsrechts und der amerikanischen Verfassungslehre sowie der Rechtsprechung und die Arbeit Barbosas entscheidend. S. Barbosa, Ruy , Commentarios á constituição federal brasileira, Band IV, 1933, S. 67 ff.
[9]Art. 59, § 1, BV: "Von den letztinstanzlicher Urteilen der Justiz der Länder gibt es ein Rechtsmittel zum obersten Bundesgericht: a) wenn die Gültigkeit oder die Anwendung von internationalen Verträge und Bundesgesetze in Frage gestellt wird und die Entscheidung des Gerichts dagegen ist; b) wenn die Gültigkeit von Gesetzen oder von Akten der Landesregierungen angesichts der Verfassung oder der Bundesgesetze bestritten wird und die Entscheidung des Gerichts vom Land diese angefochten Akte oder diese Gesetze für Gültig hält." Eine ähnliche Regelung findet sich auch in Art. 9, einziger Paragraph, Buchstabe a und b des Dekrets N. 848 von 11 Oktober 1890, der die Bundesjustiz einrichtete.

entsprechende Formulierung schon gefaßt in Art. 58, § 1, Buchstabe a und b. Danach traf das Dekret N. 848 eine wichtige entsprechende Regelung in seinem Art. 3: "Bei der Hütung und Anwendung der Verfassung und der Nationalgesetze greift die Bundesjustiz nur im Sonderfall und nur durch Veranlassung der Partei eines Rechtsstreits ein." Diese Vorschrift gewährleistete damit eindeutig die Kontrolle durch Einrede. Das vollständige Bundesjustizgesetz N. 221 von 20 November 1894 traf dann noch eine grundlegende Regelung in Art. 10, § 10: "Die Richter und Gerichte sollen die Gültigeit der Gesetze und Verordnungen beurteilen und entsprechend die offenkundig verfassungswidrigen Gesetze und die offenkundig mit den Gesetze oder der Verfassung unvereinbarenVerordnungen nicht anwenden."

Das Verfassungsänderungsgesetz von 3 September 1926 hat in dieser Sache wesentlich nichts verändert, sondern nur die ursprüngliche Formulierung anders gefaßt.[10]

Im Jahr 1934 bekam Brasilien eine andere Verfassung, die durch die Revolution 1930 veranlaßt worden ist. Sie wurde am 16 Juli veröffentlicht. Diese Verfassung hat die nachträgliche Kontrolle weiter entwickelt. Der Inhalt der Buchstaben b und c von Art. 76, N. III, BV entsprach zunächst dem von Buchstabe a und b von Art. 60, § 1, BV 1891 in der Fassung von 1926. Nur die Ausdrucksweise wurde geändert. Der Inhalt des N. III von Art. 76, BV stimmte auch überein mit dem des § 1, Art. 60, BV 1891 in der Fassung von 1926, obwohl dem Wort Rechtsmittel auf Verfassungsebene das Adjektiv "außerordentliche"[11] zugefügen worden ist. Dies ist bis heute so geblieben.

Es sind jedoch insgesamt drei materiell-rechtliche Änderungen mit der Verfassung von 1934 eingeführt worden. Die erste findet sich in Art. 179 BV: "Nur mit absoluter Mehrheit der Stimmen der Gesamtheit ihrer Richter können die Gerichte die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder Aktes der Staatsgewalt deklarieren." Diese Regelung war auch schon im Vorentwurf der Verfassung vorgesehen worden, allerdings mit einer 2/3 Mehrheit der Richter nur des obersten Gerichts (Art. 57, § 1, BV). Damit wurde ein Schutz gegen den Konservativismus und die schwankenden Mehrheiten gesucht auf Grund der Ergebnisse aus der Rechtsprechung des USA - amerikanischen Supreme Court.[12]

---

[10] Art. 60, § 1, BV: "Von den letztinstanzlichen Urteilen der Justiz der Länder gibt es ein Rechtmittel zum obersten Bundesgericht: a) wenn das in Kraft sein oder die Gültigkeit der Bundesgesetze angesichts der Verfassung in Frage gestellt wird und die Entscheidung des Gerichts ihre Anwendung ablehnt; b) wenn die Gültigkeit von den Gesetze oder Akten der Regierungen der Länder angesichts der Verfassung oder der Bundesgesetze bestritten wird und die Entscheidung des Gerichts diese angefochtenen Akte oder diese Gesetze für Gültig hält."

[11] Dieses Adjektiv findet sich schon in Art. 24 des Gesetzes N. 221.

[12] S. dazu Mangabeira, João, Em torno da constituição, 1934, S. 112 ff., besonders 115.

Die zweite Änderung, die mit der BV von 1934 eingeführt worden ist, betrifft die Mitwirkung des Bundessenats[13] bei der nachträglichen Kontrolle. Ihm oblag nach Art. 91, N. IV, BV "Die Vollstreckung des ganz oder teilweise außer Kraft setzen von jedem Gesetz oder Akt, Beschluß oder jeder Verordnung, die durch die Rechtsprechende Gewalt für verfassungswidrig erklärt worden sind". Mann könnte ja meinen, daß mit der Bezeichnung "Rechsprechende Gewalt" nicht nur die Gerichte sondern auch der einzelne Richter gemeint wäre, der die Verfassungswidrigkeit erklären dürfte. In der Tat war das aber nicht gemeint. Die Bundesverfassung 1891, wie schon oben dargestellt wurde, hatte das amerikanische Modell der Kontrolle durch Einrede aufgenommen und damit war auch die Vorstellung vom im Rechtskreis des Common Law verwurzelten Präzedenzfall inbegriffen. Eine einheitliche Rechtsprechung hat sich während der Existenz der Reichverfassung 1891 jedoch nicht entwickelt, denn es fehlte an einer Übereistimmung zwischen den Entscheidungen des obersten Bundesgerichts und denen anderer Richter im Bereich der Normenkontrolle. Aus diesen Gründe kommt die Mitwirkung des Bundessenats nur nach der endgültigen Entscheidung des obersten Gerichts über die Verfassungswidrigkeit in Betracht.

Die dritte Änderung im Jahre 1934 bestand in der eingreifenden Repräsentation des Generalstaatsanwalts. Nach Art. 7, caput, BV oblag es ausschließlich den Ländern, ihre Verfassung und die Gesetze, durch welchen sie sich regieren müssen, unter Beachtung bestimmter Prinzipien zu erlassen (I).[14]

---

[13] Die Mitglieder des Bundessenats, anders als in Deutschland, werden unmittelbar durch den Bürger gewahlt. Nur in der BV 1937 wurden sie teils durch die Landesparlamente gewählt, teils durch den Bundespräsidenten ernannt (Art. 50, einziger Paragraph und caput). Die unmittelbare Wahl durch den Bürger ist mit dem Verfassungsgesetz N. 9, von 28 Februar 1945 hergestellt worden. Im Jahre 1946 trat eine neue Bundesverfassung in Kraft. c) Zeitweiligkeit der Wahlämter, die auf dieselbe Zeit der entsprechenden Bundesstellen beschränkt ist, und das Verbot der Wiederwahl von Gouverneuren und Bürgermeister für die unmittelbar folgende Periode; d) Autonomie der Gemeinden; e) Garantie der lokalen rechtsprechenden Gewalt und der Staatsanwaltsschaft; f) Rechenschaftsbericht der Verwaltung; g) Möglichkeit der Verfassungsreform und Zuständigkeit der gesetzgebenden Gewalt diese durchzuführen; h) Vertretung der Berufe."

[14] Art. 7 caput: "Es obliegt ausschließlich den Ländern: N. I) Die Verfassung und Gesetze zu erlassen, aufgrund derer sie sich regieren müssen unter Beachtung folgender Prinzipien: a) republikanische repräsentative Form; b) Unabhängigkeit und Koordinierung der Staatsgewalten; c) Zeitweiligkeit der Wahlämter, die auf dieselbe Zeit der entsprechenden Bundesstellen beschränkt ist, und das Verbot der Wiederwahl von Gouverneuren und Bürgermeister für die unmittelbar folgende Periode; d) Autonomie der Gemeinden; e) Garantie der lokalen rechtsprechenden Gewalt und der Staatsanwaltsschaft; f) Rechenschaftsbericht der Verwaltung; g) Möglichkeit der Verfassungsreform und Zuständigkeit der gesetzgebenden Gewalt diese durchzuführen; h) Vertretung der Berufe."

Der Bund durfte nach Art.12, caput, BV[15] nicht in die eigentümlichen Angelegenheiten den Länder eingreifen, außer um die Befolgung der in Art. 7, N. I, Buchstabe a bis h spezifizierten Verfassungsprinzipien sicher zu stellen (V).[16] In diesem Fall mußte die Intervention durch Bundesgesetz dekretiert werden (VII, § 1).[17] Sollte der in N. V angeführte Sachverhalt vorliegen, dann konnte die Intervention nur durchgeführt werden, nachdem das obersten Bundesgericht auf Antrag des Generalstaatsanwalts das gemäß VII, § 1 erlassene Gesetz zur Kenntnis genommen und seine Verfassungsmäßigkeit erklärt hat (VII, § 2).[18]

Außerdem ist 1934 die einstweilige Verfügung im Kapitel der individuellen Rechte und Garantien (Titel III, Kapitel II) eingeführt worden. Nach Art. 113, N. 33, BV 1934 war die Regelung so formuliert: "Die einstweilige Verfügung ist zulässig zum Schutz eines eindeutig besiehenden und unbestreitbaren Rechts das bedroht oder verletzt wird durch offensichtlich verfassungswidrigen oder gesetzwidrigen Akt einer Behörde. Das Verfahren wird dasselbige des habeas corpus sein und die beteiligte Person des öffentlichen Rechts ist immer anzuhören. Die Verfügung beeinträchtigt nicht die petitorischen einschlägigen Klagen."

Die Bundesverfassung 1934 hat eine kurze Existenz gehabt. Am 10 November 1937 trat eine neue Bundesverfassung in Kraft, die die Normenkontrolle eingeschränkte. Die Regelung der nachträglichen Kontrolle durch Einrede wurde in Art. 111, N. III, Buchstabe b und c, BV geregelt, wörtlich wiederholt der Bundesverfassung 1934 Art. 76, N. III, Buchstabe b und c. Die Regelung aus Art. 179 der Verfassung 1934 wurde in Art. 96, caput, BV, 1937 übernommen; die Bezeichnung "Akt der Staatsgewalt" ist aber durch den "Akt des Bundespräsidenten" ersetzt worden. In diesem Zusammenhang gab es eine Änderung im einzigen Paragraphen des Art. 96, BV. Die Mitwirkung des Bundessenats der in der BV 1937 als Bundesrat bezeichnet worden ist, entfällt und an ihre Stelle tritt das Parlament und der Bundespräsident. Falls ein Gesetz als verfassungswidrig erklärt werden sollte, das nach Ansicht des Bundespräsidenten erforderlich für das Gemeinwohl des Volks, die Förderung oder Schutz des Nationalinteresses von höher Bedeutung ist, kann der Bundespräsident es wieder dem Parlament zum prüfen vorlegen. Wenn dieses das Gesetz bestätigt durch 2/3

---

[15]Art. 12, caput: "Der Bund wird nicht in eigentümlichen Angelegenheiten den Länder intervenieren, außer:"
[16]Art. 12, V: "für die Befolgung der in Art. 7, N. I, Buchstabe a bis h spezifizierten Verfassungsprinzipien und um den Vollzug der Bundesgesetze zu sichern."
[17]Art. 12, VII, § 1: "Im Fall des N. VI sowie für die Sicherung der Befolgung der Verfassungsprinzipien (Art. 7, N. I) wird die Intervention durch Bundesgesetz bestimmt, das ihren Umfang und Dauer bestimmt, die durch ein neues Gesetz verlängert werden kann. Der Bundestag kann denjenigen wählen, der die Intervention durchführt, oder den Bundespräsidenten ermächtigen ihn zu benennen."
[18]Art. 17, VII, § 2: "Wenn der erste Fall des N. V vorkommt, kann die Intervention nur durchgeführt werden, nachdem das oberste Gericht das dekretierende Gesetz auf Antrag des Generalstaatsanwalts zur Kenntnis genommen und seine Verfassungsmäßigkeit erklärt hat."

der Stimmen jeder Kammer, dann bleibt die Entscheidung des Gerichts ohne Wirkung.[19] Das Verfassungsgesetz N. 18 von 11 Dezember 1945 hat diesen Paragraphen aufgehoben.[20] Die einstweilige Verfügung ist nicht weitergeführ worden.

Die Bundesverfassung von 18 September 1946 brachte wieder eine Erweiterung der Normenkontrolle. Die nachträgliche Kontrolle wurde in Art. 101, caput, III, Buchstabe b und c, BV niedergelegt.[21] Die in Art. 179 BV 1934 niedergelegte Regelung war jetzt in Art. 200 BV übernommen worden: "Nur durch die Stimmen der absoluten Mehrheit ihrer Mitglieder können die Gerichte die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen oder Akten der Staatsgewalt erklären." In Art. 64 BV fand sich nunmehr die Norm, die die BV 1934 im Art. 91, IV, eingeführt hatte: "Es obliegt dem Bundessenat die Vollstreckung des ganz oder teilweise außer Kraft setzen eines Gesetzes oder Dekrets, das durch endgültige Entscheidung des obersten Bundesgerichts für verfassungswidrig deklariert wurde." In diesem Punkt bestand Zweifel darüber, ob der Bundessenat auch Landes- und Gemeindegesetze außer Kraft setzen könnte oder nur Bundesgesetze. Sie ist in dem Sinn gelöst worden, daß die Zuständigkeit des Bundessenats sich nicht nur auf die Bundesgesetze beschränkt. Der Bundesenats hat die Lösung auch angenommen. Über die Frage, ob der Bundessenat verpflichtet ist, das entsprechende Gesetz außer Kraft zu setzen, gab es während des Bestehens der BV 1946 keine Übereinstimmung in der Literatur.[22]

---

[19]Art. 96, einziger Paragraph: "Für den Fall, daß ein Gesetz für verfassungswidrig deklariert wird, das nach Ansicht des Bundespräsidenten für das Gemeinwohl des Volks, die Förderung oder den Schutz des Nationalinteresses von hoher Bedeutung ist, kann der Bundespräsident es wieder dem Parlament vorlegen, um zu prüfen; wenn es das Gesetz bestätigt durch 2/3 der Stimmen in je einer Kammer bleibt die Entscheidung des Gerichts ohne Wirkung."

[20]Die Intervention der Bundesregierung in den Länder mittels der Ernennung einen Person, die eingreift, durch den Bundespräsidenten war in Art. 9 BV geregelt. Dabei wurde aber die gerichtliche Kontrolle ausgeschaltet. Die Representätion des Generalstaatsanwalts wurde abgeschaft und zuständig für die Dekretierung zur Sicherung der Verfassungsprinzipien war der Bundestag. Die Verfassungsprinzipien waren nach Art. 9, Buchstabe e die folgenden: 1. republikanische und repräsentative Form der Regierung; 2. Präsidi alregierung; 3. Die in der Verfassung gesicherten Rechte und Garantien; 4. Sicherung des Vollzugs von Bundesgesetzen und -urteilen. Das Verfassungsgesetz N. 9 von 23 Februar 1945 hat diesen Art. neu formuliert, aber inhaltlich nichts geändert.

[21]Art. 101 caput: "Dem obersten Bundesgericht obliegt: N. III: "Auf Einlegung des außerordentliches Rechtmittels die in einziger oder letzter Instanz durch andere Gerichte oder Richter entschieden Fälle zu beurteilen: b) wenn die Gültigkeit eines Bundesgesetzes angesichts der Verfassung in Frage gestellt wird und die beklagte Entscheidung die Anwendung des angefochtenen Gesetzes ablehnt; c) wenn die Gültigkeit von Gesetz oder Akt der lokalen Regierung angesichts dieser Verfassung oder eines Bundesgesetzes bestritten wird und die beklagte Entscheidung das Gesetz oder der Akt als Gültig beurteilt." Eine eingehende Darstellung über das außerordentliche Rechtsmittel bei Silva, José Afonso da, Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro, 1963.

[22] Dazu Barbi (Fn. 1) S. 39, Fn. 5 mit Angabe der divergierenden Meinungen. Diese Frage ist bis heute noch nicht einstimmig beantwortet worden. S. darüber Ferreira, Pinto, Comentários à constituição brasileira, Bd. 2, 1990, S. 619 auch mit Information über die abweichenden Auffassungen; Moreira Alves (Fn. 1) S. 5 c) Zeitweiligkeit der Wahlämter, deren Dauer auf die entsprechenden Bundestellen beschränkt ist; d) Das Verbot der Wiederwahl von Gouverneuren und Bürgermeister für die unmittelbar folgende Periode; e) Gemeinde Autonomie; f) Rechenschaftsbericht der Verwaltung; g)Garantie des rechtsprechenden Gewalt."

Was die eingreifende Repräsentation des Generalstaatsanwalts betrifft laßt sich folgendes feststellen: die Liste der Verfassungsprinzipien, zu deren Sicherung die Bundesregierung in einem Land intervenieren darf, war fast dieselbige des Art. 7, I, Buchstabe a bis h, BV 1934 und wurde 1946 im Art. 7, VII, Buchstabe a bis g fixiert.[23]

Nach Art. 8 BV mußte die Intervention auch im Fall N. VII, Art. 7, BV, durch Bundesgesetz dekretiert werden. Und in einzigen Paragraphen des Art. 8 BV 1946 wurde vorgeschrieben: "Falls gemäß N. VII ein Akt der Staatsgewalt für verfassungswidrig gehalten wird, legt der Generalstaatsanwalt ihn dem obersten Bundesgericht vor, um ihn zu überprüfen und wenn es seine Verfassungswidrigkeit feststellt wird die Intervention dekretiert."[24] Im Zusammenhang damit galt Art. 13, BV: "In den Fällen des Art. 7, N. VII, unter Beachtung des in Art. 8 einziger Paragraph Vorgeschriebenen wird der Nationalkongreß sich auf das außer Kraft setzen des Vollzugs des Aktes, dessen Verfassungswidrigkeit behauptet wird, beschränken, wenn diese Maßnahme für die Wiederherstellung der Normalität im Land ausreicht."

Die einstweilige Verfügung ist auch wieder im Art. 141, § 24 unter dem Kapitel der individuellen Rechte und Garantien (Titel IV, Kapitel II) eingeführt worden.

Das Verfassungsänderungsgesetz N. 16, von 6 Dezember 1965 brachte eine materiellrechtliche Änderung mit sich. Durch ihren Art. 2 ist der Buchstabe k des Art. 101, N. I, BV 1946 geändert worden und das bedeutete die Einführung der Direktklage der Verfassungswidrigkeit im brasilianischen Verfassungsrecht. Danach lautete der Buchstabe k, Art. 101, I, BV[25] so: "Die Repräsentation gegen Verfassungswidrigkeit eines Bundes- bzw. Landesgesetzes oder eines Aktes normativer Natur eingeleitet vom Generalstaatsanwalt."

Am 24 Januar 1967 wurde eine neue Bundesverfassung veröffentlicht, die am 15 März in Kraft trat. Die nachträgliche Kontrolle war nunmehr in Art. 114, III, Buchstabe b und c BV fixiert.[26] Die Regelung des Art. 179, BV 1934 wurde in Art. 111, BV 1967 in der

---

[23]Art. 7, caput: "Die Bundesregierung wird nicht in den Länder intervenieren, außer für:N. VII: "die Befolgung folgenden Prinzipien zu sichern: a) republikanische und repräsentative Form; b) Unabhängigkeit und Harmonie der Staatsgewalten; c) Zeitweiligkeit der Wahlämter, deren Dauer auf die entsprechenden Bundestellen beschränkt ist; d) Das Verbot der Wiederwahl von Gouverneuren und Bürgermeister für die unmittelbar folgende Periode; e) Gemeinde Autonomie; f) Rechenschaftsbericht der Verwaltung; g)Garantie des rechtsprechenden Gewalt."

[24]Die eingreifende Repräsentation des Generalstaatsanwalts ist zuerst durch das Gesetz N. 2.271 von 22 Juli 1954 geregelt worden. S. dazu weiteres unten IV., 5.

[25]Art. 101, caput: "Dem obersten Bundesgericht obliegt: N. I: In erster Instanz das Verfahren durchzuführen und zu entscheiden über:"

[26] Art. 114, caput: "Dem obersten Bundesgericht obliegt: N. III: Auf Einlegung außenordentliches Rechtsmittels die in einzelner oder letzter Instanz durch andere Gerichte oder Richter entschieden Fälle zu beurteilen, wenn die angefochtene Entscheidung: b) die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder eines internationalen Vertrages deklariert; c) Ein gesetz oder einen Akt der lokalen Regierung, dessen Geltung angesichts der Verfassung oder eines Bundesgesetzes bestritten wird, als Gültig beurteilt." Der Institutionalisierungsakt N. 6 von 1 Februar 1969 hat die Richter von N. III ausgeschlossen.

Fassung von Art. 200, BV 1946 übernommen. In Art. 45, IV, BV 1967 fand sich die Vorschrift, die zuerst in Art. 91, IV, BV 1934 vorgesehen war, auch in der Fassung des Art. 64, BV 1946.

Die Liste der Verfassungsprinzipien auf die sich die eingreifende Repräsentation des Generalstaatsanwalts bezieht, war in Art. 10, VII, Buchstabe a bis g BV festgesetzt. Sie entsprach buchstäblich der Liste der BV 1946. Die Zuständigkeit des Nationalkongresses im Art. 13, BV 1946 aber wurde dem Bundespräsidenten übertragen (Art. 11, § 2 BV).[27] Die eingreifende Repräsentation des Generalstaatsanwalts wurde in Art. 11, § 1, Buchstabe c BV fixiert.[28]

Im Art. 150, § 21, BV war die einstweilige Verfügung wieder im Kapitel der individuellen Rechte und Garantien (Titel II, Kapitel IV) geregelt.

Die Direktklage der Verfasssungswidrigkeit wurde in Art. 114, I, Buchstabe l BV aufgenommen.[29]

Das Verfassungsänderungsgesetz N. 1 von 17 Oktober 1969 schuf praktisch eine andere Verfassung dar. Die nachträgliche Kontrolle war in Art. 119, III, Buchstabe b und c vorgesehen. Allerdings wurde hier buchstäblich die entsprechende Regelung des Art. 114, III, Buchstabe b und c, BV 1967 in der Fassung vom Institutionaliserungsakt N. 6 übernommen. In Art. 116 wurde die Vorschrift des Art. 179, BV 1934 mit einer kleinen Änderung niedergelegt: "Nur durch absolute Mehrheit ihrer Mitglieder können die Gerichte die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder normativen Aktes der Staatsgewalt erklären."[30] Die zuerst in Art. 91, IV, BV 1934 vorgeschriebene Regelung fand sich im Art. 42, VII, in der Fassung des Art. 45, IV, BV 1967.

Die Liste der Verfassungsprinzipien, deren Verletzung die Intervention im Land erlaubt, war in Art. 10, VII, Buschstabe a bis g niedergelegt. Sie entsprach buchstäblich der

---

[27]Art. 11, § 2: "In den Fällen der Punkte VI und VII des Art. 10 wird das Dekret des Bundespräsidenten sich auf das außer Kraft setzen des Vollzugs des angefochtenen Aktes beschränken, wenn diese Maßnahme Wirksamkeit haben wird."

[28]Art. 11, § 1: "Die Dekretierung der Intervention hängt ab von: c) Dem Stattgeben der Repräsentation des Generalstaatsanwalts durch das oberste Bundesgericht in den Fällen des Punkts VII sowie des Punkts VI, beide des Art. 10, wenn es sich um den Vollzug von Bundesgesetzen handelt."

[29]Art. 114, caput: "Dem obersten Bundesgericht obliegt: N. I: In erster Instanz das Verfahren durchzuführen und zu entscheiden über: l) Die Repräsentation des Generalstaatsanwalts wegen Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder eines normativen Aktes, des Bundes oder eines Landes."

[30]Der Art. 116 ist durch das Verfassungsänderungsgesetz N. 7, von 13 April 1977 geändert worden. Seit lautete er: "Nur durch absolute Mehrheit ihrer Mitglieder oder der Mitglieder des entsprechenden speziellen Organs (Art. 144, V) können die Gerichte die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder eines normativen Aktes der Staatsgewalt deklarieren."

Liste des Art. 7, VII, Buchstabe a bis g, BV 1946. Nur der Inhalt des Buchstabens d ist weggefallen und ein anderer in Buchstabe g eingeführt worden.[31] Die Regel im Art. 11 § 2 ist so geblieben wie die des Art. 11, § 2, BV 1967. Auch die eingreifende Repräsentation des Generalstaatsanwalts, die in Art. 11, § 1, Buchstabe c geregelt war, blieb so wie in Art. 11, § 1, Buchstabe c, BV 1967.

Die einstweilige Verfügung wurde im Art. 153, § 21 im Kapitel der individuellen Rechte und Garantien (Titel II, Kapitel IV) beibehalten.

Art. 119, I, Buchstabe l sah die Direktklage der Verfassungswidrigeit mit einer anderen Formulierung vor.[32]

IV. DIE EINZELNEN VERFAHREN DER NORMENKONTROLLE

1. Die Direktklage der Verfassungswidrigkeit und die deklaratorische Klage der Verfassungsmäßigkeit

Nach Art. 102, caput, BV 1988 obliegt es hauptsächlich dem obersten Bundesgericht Hüter der Verfassung zu sein.[33] Außerdem sind seine Aufgaben in drei Stufen ausgestaltet: in N. I ist die erstinstanzliche, in N. II die ordentliche Rechtsmittel- und in N. III die außerordentliche Rechtsmittelzuständigkeit vorgesehen. Die Direktklage der Verfassungswidrigkeit sowie die die deklaratorische Klage der Verfassungsmäßigkeit finden sich in N: I, Buchstabe a BV.[34]

---

[31]Art. 10, VII, g): "Das Verbot für den Landesabgeordneten einen Akt durchzuführen oder eine Stelle, Funktion oder Anstellung auszuüben, die in den Punkten I und II des Art. 34 erwähnt sind; ausgenommen ist die Funktion des Staatssekretär."

[32]Art. 119, caput: "Dem obersten Bundesgericht obliegt: N. I: In erster Instanz das Verfahren durchzuführen und zu entscheiden über: l) Die Repräsentation des Generalstaatsanwalts wegen Verfassungswidrigkeit oder wegen der Interpretation eines Gesetzes oder eines normativen Aktes, des Bundes oder eines Landes."

[33]Art. 102, caput : "Dem obersten Bundesgericht oblieg es hauptsächlich Hüter der Verfassung zu sein und es steht ihm zu:"

[34]Art. 102, I: "In erster Instanz das Verfahren durchzuführen und zu entscheiden über: a) Die Direktklage der Verfassungswidrigkeit eines Bundes- oder Landesgesetzes oder eines normativen Aktes und die deklaratorische Klage der Verfassungsmäßigkeit eines Bundesgesetzes oder eines normativen Aktes." Die Einführung der deklatorische Klage der Verfassungsmäßigeit hat keine allgemeine Anerkennung gefunden. Eine Dartellung darüber findet sich in *Martins*, Ives Gandra da Silva/*Mendes*, Gilmar Ferreira (Herg.), Ação declaratória de constitucionalidade, 1994. a) Die Direktklage der Verfassungswidrigkeit eines Bundes- oder Landesgesetzes oder eines normativen Aktes und die deklaratorische Klage der Verfassungsmäßigkeit eines Bundesgesetzes oder eines normativen Aktes." Die Einführung der deklatorische Klage der Verfassungsmäßigeit hat keine allgemeine Anerkennung gefunden. Eine Dartellung darüber findet sich in Martins, Ives Gandra da Silva/Mendes, Gilmar Ferreira (Herg.), Ação declaratória de constitucionalidade, 1994.

Beide Klagen sind durch das Gesetz Nummer 9.868 von 10 November 1999 neu geregelt worden.

Das Antragsrecht der Direktklage der Verfassungswidrigkeit ist durch die BV 1988 ausgedehnt worden. Vorher stand es nur dem Generalstaatsanwalt zu.[35] Nach Art. 2 des Gesetzes, der den neuen Art. 103 BV wiedergibt, haben jetzt das Antragsrecht der Direktklage der Verfassungswidrigkeit:

I. Der Bundespräsident;

II. Der Vorsitz des Bundessenats;

III. Der Vorsitz des Bundestags;

IV. Der Vorsitz eines Lantags oder der Vorsitz der Gesetzgebungskammer des Bundesbezirks;

V. Der Gouverneur eines Landes oder der Gouverneur des Bundesbezirks;

VI. Der Generalstaatsanwalt;

VII. Der Bundesrat des brasilianischen Anwaltskammer;

VIII. Jede politische Partei mit Vertretung im Nationalkongreß;

IX. Gewerkschaftsvervand oder Berufsgenossenschaft von nationaler Verbreitung.

Für die deklaratorische Klage der Verfassungsmäßigkeit ist das Antragsrecht beschränkter als für die Direktklage. Nach Art. 13 des Gesetzes, der dem Art. 103, § 4 BV 1988 entspricht, sind zum Antrag berechtigt:

I. Der Bundespräsident;

II. Der Vorsitz des Bundestags;

III. Der Vorsitz des Bundessenats;

IV. Der Generalstaatsanwalt.

Der Antrag der Diretklage muß nach Art. 3 des Gesetzes folgendes angeben:

I. Die Vorschrift des angefochtenen Gesetzes oder normativen Aktes und die rechtlichen Gründe des Antrags im Bezug auf jede einzelne Anfechtung;[36]

---

[35]S. oben Fn 25.

[36]Das oberste Bundesgericht ist der Meinung, daß mit der Direktklage vorkonstitutionelles Recht nicht angefochtet werden kann. Wenn es mit der BV 1988 in Widerspruch steht, dann wir das Problem durch die Regeln des intertemporalen Rechts gelöst. S. dazu Mendes (Fn. 1) S. 263 f.; Moreira Alves (Fn. 1) S. 13 mit Angabe der Rechtsprechung.

II. Den Antrag mit seinen Spezifizierungen.

Der Inhalt der deklaratorische Klage der Verfassungsmäßigeit ist nach Art. 14 des Gesetzes wie folgt vorgeschrieben:

I. Die Vorschrift des in Frage stehenden Gesetzes oder normativen Aktes und die rechtlichen Gründe des Antrags;

II. Der Antrag mit seinen Spezifizierungen;

III. Die Darlegung zum Vorhandensein einer bedeutenden juristischen Auseinandersetzung über die Anwendung der Vorschrift, die Gegenstand der deklaratorischen Klage ist.

Die Regelungen für die Entscheidungsfindung sind in Art. 22 ff. des Gesetzes niedergelegt. Kommt das Gericht gemäß nach Art. 24 zur Verfassungsmäßigkeit , dann beurteilt es die Direktklage als unzulässig oder eine eventuelll deklaratorische Klage als zulässig; kommt das Gericht hingegen zur Verfassungswidrigkeit, dann beurteilt es die Direktklage als zulässig oder eine eventuell deklaratorische Klage als unzulässig. Die Bindung der Entscheidung ist im einzigen Paragraphen des Art. 28 fixiert: "Die Erklärung der Verfassungsmässigkeit oder der Verfassungswidrigkeit einschließlich der verfassungskonformen Auslegung und die teilweise Erklärung des Verfassungswidrigkeit ohne Reduktion des Texts hat Wirksamkeit gegen alle und Bindungswirkung im Bezug auf die Organe der Rechtsprechenden Gewalt und die Bundes-, Landes- und Gemeindeverwaltungen."

Es bleibt noch die Frage der ex tunc oder ex nunc Wirkung im Blick auf die Direktklage der Verfassungswidrigkeit. Die Verfassung und das regelnde Gesetz, anders als der § 31, Abs. 2, BVerfGG sagen nichts darüber, ob die Entscheidung des obersten Bundesgerichts die Nichtigkeit der angefochtenen Norm zum Ergebnis hat. Das brasilianische Gericht ist der Meinung, daß im Fall der Direktklage der Verfassungswidrikkeit die Entscheidung deklaratorisch ist und somit ex tunc wirkt.[37] Das regelnde Gesetz hat jedoch dieses Verständnis geändert. Nach Art. 27 des Gesetzes kann das oberste Bundesgericht, wenn es die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder normativen Aktes deklariert, die Wirkungen dieser Deklaration einschränken oder entscheiden, daß diese nur Wirksamkeit bekommt ab ihrer Rechstkraft oder ab einem anderen Zeitpunkt, den es festlegen kann.[38]

---

[37]S. zuletzt ação declaratória de constitucionalidade n. 1-1 - Distrito Federal, besonders S.194 f.

[38]Art. 27: "Wenn es die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder eines normativen Aktes erklärt kann das oberste Bundesgericht in Hinblick auf Gründe der Rechtssicherheit oder außergewöhnlicher sozialer Interessen durch 2/3 der Mehrheit seiner Mitglieder die Wirkungen dieser Deklaration einschränken oder entscheiden, daß sie nur Wirksamkeit bekommt ab ihrer Rechtskraft oder ab einem anderen Zeitpunkt den das Gericht festlegen kann."

2. Die Verfassungswidrigkeit der Unterlassung

Die Unterlassung der Gesetzgeber oder der Verwaltung ist in Art. 103, § 2 BV geregelt und lautet: "Wird die Verfassungswidrigkeit erklärt, weil Maßnahmen unterlassen worden sind, die einer Verfassungsnorm Wirkung verleihen sollen, dann ist der zuständigen Behörde Kenntnis zu geben, damit sie die notwendigen Vorkehrungen treffen kann und wenn es sich um ein Verwaltungsorgan handelt, binnen 30 Tagen handeln kann." Eine Direktklage der Verfassungswidrigkeit kann auch die Entscheidung über die Unterlassung des Gesetzgebers oder der Verwaltung zum Ergebnis haben .

3. Die Beweisführung der Nichterfüllung

Die Beweisführung der Nichterfüllung einer grundlegenden Vorschrift, die sich aus der Verfassung ergibt, findet sich im Art. 102, § 1 BV[39] und ist durch das Gesetz N. 9.882 von 3 Dezember 1999 geregelt worden. Die Antragsberechtigten sind nach Art. 2, I, des Gesetzes die gleichen wie für die Direktklage der Verfassungswidrigkeit. In N. I des Art. 2, gegen die jedoch der Bundespräsident sein Veto eingelegt hat, war auch jede durch einen Akt der Staatsgewalt verletzte oder bedrohte Person dazu berechtigt. Ohne dieses Veto hätte man in Brasilien eine Art Verfassungsbeschwerde entsprechend dem deutschen Recht erworben. Nach Art. 1 caput des Gesetzes wird die Beweisführung beim obersten Bundesgericht beantragt. In dem entsprechenden Verfahren geht es darum, die Verletzung einer grundlegenden Vorschrift, die sich aus der Staatsgewalt ergibt, zu vermeiden oder auszugleichen. Sie ist auch zulässig nach dem einzigen Paragraphen des Art. 1 des Gesetzes, wenn der Grund der Auseinandersetzung über das Gesetz oder den normativen Akt, von Bund, Land oder Gemeinde bedeutend ist; diese Vorschrift gilt auch für vorkonstitutionelle Gesetze oder Akte.[40]

Nach Art. 3 des Gesetzes muß der Antrag folgendes enthalten:

I. Die Anzeige der grundlegenden Vorschrift, deren Verletzung behauptet wird;

II. Die Anzeige des in Frage stehenden Aktes;

---

[39]Art. 102, § 1: "Die Beweisführung der Nichterfüllung einer grundlegenden Vorschrift, die sich aus der Verfassung ergibt, wird durch das oberste Bundesgericht beurteilt gemäß der gesetzlich vorgesehenen Form." N. I: "Wenn der Grund der Auseinandersetzung über das Gesetzt oder den normativen Akt, von Bund, Land oder Gemeinde bedeutend ist. Dies gilt auch für vorkonstitutionelle Gesetze oder Akte."
[40]Art. 1: "Die in § 1 des Art. 102 der BV vorgesehene Beweisführung wird beim obersten Bundesgericht beantragt. Sie hat zum Gegenstand die Verletzung einer grundlegenden Vorschrift, die sich aus der Staatsgewalt ergibt, zu vermeiden oder auszugleichen. Einziger Paragraph: Die Beweisführung der Nichterfüllung einer grundlegenden Vorschrift ist auch zulässig: N. I: "Wenn der Grund der Auseinandersetzung über das Gesetzt oder den normativen Akt, von Bund, Land oder Gemeinde bedeutend ist. Dies gilt auch für vorkonstitutionelle Gesetze oder Akte."

III. Der Beweis der Verletzung der grundlegenden Vorschrift;

IV. Der Antrag mit seiner Espezifizierungen;

V. Soweit es darauf ankommt, den Nachweis des Vorhandenseins einer bedeutender richterlicher Auseinandersetzung über die Anwendung der grundlegenden Vorschrift, deren Verletzung behauptet wird.

Nach Durchführung des Verfahrens legt das Gericht die Bedingungen, die Art und Weise der Interpretation und die Anwendung der grundlegenden Vorschrift fest.[41] Die Entscheidung des obersten Bundesgerichts hat Wirksamkeit gegen alle und Bindunkswirkung im Bezug auf die übrigen Organe der Staatsgewalt.[42] In Art. 11 des Gesetzes findet sich eine ähnliche Regelung wie in Art. Art. 27 des oben schon erwähnten Gesetzes N. 9.868 .

4. Die Nachträgliche Kontrolle

Die Nachträgliche Kontrolle ist in Art. 102, III, Buchstabe b und c BV geregelt.[43] Ihre Regelung findet sich in der brasilianischen ZPO (Gesetz N. 5.869 von 11.01.1973) geändert durch das Gesetz N. 8.950 von 13 Dezember 1994 Art. 541-546.[44] Das Gesetz N. 8.038 von 28 Mai 1990 hat Verfahrensregeln festgesetzt, die auch das außerordentliche und das spezielle Rechtsmittel betreffen. Nach Art. 26, caput, Gesetz 8.038, können beiden Rechtsmittel in

---

[41]Art. 10, caput: "Ist das Verfahren durchgeführt, wird die Mitteilung für die verantwortlichen Behörden oder Organe über die Durchführung des in Frage stehenden Aktes ausgefertigt und die Bedingungen, die Art und Weise der Interpretation und die Anwendung der grundlegenden Vorschrift festgelegt."

[42]Art. 10, § 3: "Die Entscheidung hat Wirksamkeit gegen alle und Bindungswirkung in Bezug auf die übrigen Organe der Staatsgewalt." Es ist hier zu bemerken, daß die Entscheidung der Beweisführung der Nichterfüllung weitergehend ist als die der Direktklage und der deklaratorischen Klage. Somit gibt es eine noch zu lösende Frage, ob damit sich jetzt in der BV Normen von unterschiedlicher Rangstufe finden.

[43]Art. 102, III: "Auf Einlegung des außerordentlichen Rechtsmittels die in einziger oder letzer Instanz entschiedenen Fälle zu beurteilen, wenn die angefochtene Entscheidung: b) Die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder internationalen Vertrages deklariert; c) Ein gesetz oder einen Akt der lokalen Regierung, dessen Geltung angesichts der Verfassung bestritten wird, als Gültig beurteilt." Die Regelung des Art. 116 des Änderungsgesetzes 1969 wurde buchstäblich in Art. 97 übernommen.

[44]Die Verfassung von 1988 hat das oberste Justizgericht erschaffen. Es hat mit dem sogenannten speziellen Rechtsmittel eine ähnliche Aufgabe bekommen wie das oberste Bundesgericht mit dem außerordentlichen Rechtsmittel (Art. 102, III, c), aber jenes im Bezug auf das Bundesrecht. So ist in Art.105, III, b, BV, folgendes vorgeschrieben: Art. 105, caput: "Dem obersten Justizgericht obliegt es: N. III: Auf Einlegung des espeziellen Rechtsmittels die in einziger oder letzter Instanz durch die Bundesregionalgerichte oder durch die Gerichte der Länder, des Bundesbezirks und des Territorien entschiedene Fälle zu beurteilen, wenn die angefochtene Entscheidung: b) Ein Gesetz oder einen Akt der lokalen Regierung, dessen Geltung angesichts des Bundesgesetzes bestritten wird, als Gültig beurteilt." Der Gesetzgeber hat beide Rechtsmittel miteinander geregelt und in gewisser Maße das außerordentlichen Rechtsmittel von dem espeziellen Rechtsmittel abhängig gemacht, wie noch zu sehen sein wird.

verschiedenen Anträgen binner einer Frist von 15 Tagen beim Präsidenten des angerufenen Gerichts eingelegt werden. Deren Inhalt muß nach Art. 26 folgender sein:

I. Die Darstellung der Tatsachen und des Rechts;

II. Die Darlegung der Zulässigkeit des eingelegten Rechtsmittels;

III. Die Gründe des Antrags auf Abänderung der angefochtenen Entscheidung.

Sind die beiden Rechtsmittel zugelassen worden, dann werden die Akten sofort dem obersten Justizgericht übersandt (Art. 27, § 3, Gesetz N. 8.038); ist die Entscheidung über das spezielle Rechtsmittel beendigt, dann werden die Akten für die Beurteilung des außerordentlichen Rechtsmittel dem obersten Bundesgericht übersandt, wenn das Rechtsmittel nicht präjudiziert ist (Art. 27, § 4, Gesetz N. 8.038). Wird das eine oder das andere Rechtsmittel nicht gewährt, dann ist die Instrumentbeschwerde zulässig, binnen einer Frist von 5 Tagen beim obersten Bundesgericht oder obersten Justizgericht (Art. 28, caput, Gesetz N. 8.038).

Die Rechtsprechung des obersten Bundesgerichts hat in zwei Zusammenfassungen[45] die Zulässigkeit des außerordentliche Rechtsmittels von einer Vorfrage abhängig gemacht. Die Zusammenfassung N. 282 lautet: "Das außerordentliche Rechtsmittel ist nicht zulässig, wenn die zum Bundesrecht aufgeworfene Frage in der angefochtenen Entscheidung nicht erörtert worden ist." Und die Zusammefassung N. 356 besagt: "Der unterlassene Punkt der Entscheidung, der gegen die deklaratorische Beschlagnahme nicht eingewendet worden ist, kann nicht Gegenstand des außerordentlichen Rechtsmittels sein, weil es am Erfordernis der Erörterung der Vorfrage fehlt."[46]

Die Mitwirkung des Bundessenats ist in Art. 52, X BV vorgesehen: "Es obliegt dem Bundessenat die Vollstreckung des ganz oder teilwiese außer Kraft setzen eines Gesetztes, das durch endgültige Entscheidung des obersten Bundesgericht für verfassungswidrig erklärt wurde."[47]

---

[45]Die Zusammenfassungen sind das Ergebnis ständiger Rechtsprechung des obersten Bundesgerichts nach dem Art. 102 ihrer Geschäftsordnung. Sie wurde förmlich eingerichtet durch eine Änderung der Geschäftsordung am 28 August 1963 veröffentlicht. Sie trat in Kraft ab Marz 1964. S. dazu mit witeren Nachweisen Mello Filho, José Celso de, Constituição federal anotada, 2 Aufl. 1986, S. 366 f.; Die Zusammenfassungen sind auch in der brasilianischen ZPO geregelt, Art. 479: "Eine Entscheidung, die durch die Stimmen der absoluten Mehrheit der zum Gericht gehörenden Mitglieder getroffen wurde, wird Gegenstand der Zusammenfassung und Präzedenzfall bei der Vereinheitlichung der Rechtsprechung." Sie haben keine bindende Kraft auch nicht für die untergeordneten Richter und Gerichte. Ihre Funktion besteht in der Vereinheitlichung der Rechtsprechung.

[46]S. dazu auch noch Negrão, Theotônio, Código do processo civil e legislação processual em vigor, 30. Aufl., 1999, S. 1257 ff. mit weiteren Angaben zur Rechtsprechung.

[47] Die Entscheidung des Bundessenats hat Wirksamkeit gegen alle. Nur ist man sich noch nicht einig darüber, ob die Entscheidung ex tunc oder ex nunc wirkt. S. dazu Mendes (Fn. 1) S. 208 ff. mit weiteren Angaben.

5. Die eingreifende Repräsentation

Die Verfassungsprinzipien, deren Verletzung es dem Bund erlaubt, in einem Land zu intervenieren, sind in Art. 34, VII, BV, festgelegt.[48] Nach Art. 36, § 3 BV wird das Dekret sich auf das außer Kraft setzen des Vollzugs des angefochtenen Aktes beschränken wenn diese Maßnahme für die Wiederherstellung des Normalzustandes ausreicht.[49] Gemäß Art. 36, III, BV hangt die Dekretierung der Intervention davon ab, daß das oberste Bundesgericht der Repräsentation des Generalstaatsanwalts stattgibt.[50]

Die eingreifende Repräsentation des Generalstaatsanwalts ist zuerst durch das Gesetz N. 2.271 von 22 Juli 1954 geregelt worden. Dieses ist durch das Gesetz N. 4.337 von 1 Juni 1964 aufgehoben worden. Das spätere Gesetz N. 5.778 von 16 Mai 1972 hat nur den Art. 6 des Gesetzes N. 4.337 aufgehoben. Gemäß Art. 1 des Gesetzes N. 4.337 obliegt es dem Generalstaatsanwalt, die Erklärung der Verfassungswidrigkeit beim obersten Bundesgericht zu beantragen, indem er Kenntnis von einem die Verfassungsprinzipien verletzenden Akt der Staatsgewalt eines Landes erlangt. Die Kenntnis kann er auch durch die Repräsentation eines Beteiligten erlangen (Art. 2, Gesetz N. 4.337). Wenn die Entscheidung des obersten Bundesgericht die Verfassungswidrigkeit ausspricht, dann wird sie sofort den beteiligten Organen des Landes mittgeteilt und nach der Veröffentlichung des Spruchs wird dem Nationalkongreß davon Kenntnis gegeben (Art. 7, Gesetz N. 4.337).

6. Die einstweilige Verfügung

Die einstweilige Verfügung findet sich in Art. 5, LXIX, BV[51] unter dem Titel der

---

[48]Art. 34, caput: "Der Bund wird nicht in den Ländern und im Bundesbezirk intervenieren, außer um: N. VII: die Befolgung der folgenden Prinzipien zu sichern: a) republikanische Form, repräsentatives System und demokratisches Regime; b) Rechte der menschlichen Person; c) Gemeindeautonomie d) Rechenschaftsbericht der unmittelbaren und mittelbaren öffentlichen Verwaltung; e) Verwendung des gefordeten Minimums von Einnahme, die sich aus der Landessteuer ergeben, einschließlich die aus Überweisung kommenden auf die Aufrechterhaltung und Entwicklung des Unterrichts."

[49]Art. 36, § 3: "In den Fällen des Art. 34, VI und VII oder des Art. 35, IV, wenn die Würdigung durch den Nationalkongreß entbehrlich ist, wird der Dekret sich auf das außer Kraft setzen des Vollzugs des angefochtenen Aktes beschränken, wenn diese Maßnahme reicht für die Wiederherstellung des Normalzustands."

[50]Art. 36, caput: "Die Dekretierung der Intervention hängt ab von: N. III: Dem Stattgeben der Repräsentation des Generalstaatsanwalts duch das oberste Bundesgericht im Fall des Art. 34, VII."

[51]Art. 5, LXIX: "Die einstweilige Verfügung dient zum Schutz eines unbestreitbar bestehenden Rechts das nicht durch habeas corpus oder habeas data geschützt ist, wenn der Verantwortliche für die Gesetzwidrigkeit oder den Machtmißbrauch eine öffentliche Behörde oder ein Vertreter einer juristichen Person der Ausübung von Aufgaben der Staatsgewalt ist." Im Art. 5, LXX, Buchstabe a und b, BV ist die kollektive einstweilige Verfügung vorgesehen: Art. 5, LXX: "Die kollektive einsweillige Verfügung kann beantragt werden durch:" a) "Eine politische Partei mit Vertretung im Nationalkongreß." b) "Eine Gewerkschaftsorganization, Berufsgenossenschaft oder Vereinigung, die nach dem Gesetz gebildet, und und schon wenigsten ein Jahr zum Schutz der Interessen ihrer Mitglieder oder Gesellschafter besteht."

individuellen Rechte und Garantien (Titel II, Kapitel I). Das Verfahren der einstweilige Verfügung ist zum ersten Mal durch das Gesetz N. 191 von 16 Januar 1936 geregelt worden. Danach ist es durch zahlreiche Gesetze geändert worden.[52] Die Zuständigkeit für die Durchführung des Verfügunsverfahrens richtet sich nach der Behörde, die für die Gesetzwidrigkeit[53] oder den Machtmißbrauch verantwortlich ist.[54] Antragsteller können sein: natürliche und juristische Personen, Konkursmasse, Erbschaft, Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, Eigentumswohnung, Masse der zahlungsfähigen zivilen Schuldner; die Rechtsprechung läßt auch als Antragsteller zu: öffentliche Körperschaften ohne Rechtspersönlichkeit wie Kammern, Versammlungen, Rechnungshöfe und andere; die überwiegende Rechtsprechung und Literatur ist überdies der Meinung, daß der in Brasilien nichtresidente Ausländer ebenfalls Antragsberechtigt ist.[55] Verfügunsgegner ist nach der BV die öffentliche Behörde oder Vertreter einer juristischen Person der Ausübung von Aufgaben der Staatsgewalt (Art. 5, LXIX). Das stattgebende Urteil der einstweiligen Verfügung kann vorläufig vollgestreckt werden.[56] Das Gesetz N. 8.076 von 23 August 1990 hätte in einziger Paragraphen des Art. 1 die Vollstreckung des stattgebenden Urteil über einstweilige Verfügung abhängig von der Bestätigung durch des jeweils zuständigen Gericht gemacht. Dieser einzige Paragraph ist jedoch duch das Bundesregionalgericht der 4 Region bei der Beweisführung der Verfassungswidrigkeit in der einstweilige Verfügung N. 90.04.26238-5/PR am 12 Juni 1991 für Verfassungswidrig erklärt worden.

---

[52] S. dazu Barbi, Do mandado de segurança, S. 251 ff. mit Angabe der Gesetze.

[53] Die BV 1934 hatte in Art. 113, N: 33, von "offensichtlich verfassunswidrigen oder gesetzwidrigen Akt" gesprochen. Die späteren Bundesverfassungen haben das Wort "verfassungswidrig" nicht mehr benutzt aber die überwiegende Lehre versteht unter "gesetzwidrig" auch die Verfassungswidrigkeit. S. dazu Barbi (Fn. 52) S. 102 mit Angabe der Literatur.

54Wenn die Behörde: der Bundespräsident, der Vorsitz des Bundestages und Bundesenats, der Bundesrechnungshof, der Generalstaatsanwalt oder das oberste Bundesgericht ist, dann ist das oberste Bundesgericht zuständig (Art. 102, I, Buchstabe d, BV); Wenn die Behörde: ein Staatsminister, der Befehlshaber der Streitkräfte oder das oberste Justizgericht selbst ist, dann ist das oberste Justizgericht zuständig (Art. 105, I, Buchstabe b, BV); Wenn die Behörde: das Bundesregionalgericht selbst oder Bundesrichter ist, dann ist das jeweilige Bundesregionalgericht zuständig (Art. 108, I, Buchstabe c, BV); Wenn die Behörde eine Bundesbehörde ist, dann ist der Bundesrichter zuständig (Art. 109, VIII BV). In den Ländern ist die Sache nach den jeweiligen Landesverfassungen geregelt (Art. 125, § 1, BV).

[55] S. dazu Barbi (Fn. 52) S.118 f.

[56]Das Gesetz N. 6.071 von 3 Juli 1974 hat den einzigen Paragraphen des Art. 12 vom Gesetz N. 1.533 vom 31 Dezember 1951 geändert. Seit dem lautet die Vorschrift: "Das stattgebende Urteil der Verfügung unterliegt der Berufung aber es kann vorläufig volstreckt werden:"

The Justification of Authority and the Insulation of Formal Reasons

Cláudio Michelon*

The practical agent, faced with a choice between performing and refraining from performing an action, has to decide not only what to do, but also how to fight her way through the pluralism she carries within. Elsewhere I claimed that there are moral reasons that apply to an agent's *process of decision-making*. Those reasons aim at solving the problems with which the agent is faced in trying to lead her life consistently. An agent trying to do the right thing would ask whether or not there is an obligation to always decide on reasons or whether or not public and private agents are morally required to use different strategies of decision-making. One of the most important questions one might ask about the morality of decision-making is how should reasons interact within a particular process of reasoning. Broadly speaking there seem to be at least two ways in which we can conceive that interaction: a) reasons might be weighed against one another and b) reasons might exclude other sorts of reasons from the very process of deliberation.

In the first situation (that is, the weighing of reasons against one another), we might say, to use J. Raz's terminology, that the defeated reason is excluded *by weight*, while in the second we might say, again following Raz, that the defeated reason was excluded *by kind*.

---

* Bacharel em Direito and M.Phil (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1992, 1996); Ph.D. (University of Edinburgh, 2001); Lecturer in Law, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul and Centro Universitário Ritter dos Reis; Invited Lecturer, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. I am indebted to many friends for their criticism and the suggestions they made about the arguments I present here. Among them I speccially I wish to thank Zenon Bankowki, Emilios Christodoulidis, Fernando Atria and Kevin Walton.

The problem I am directly concerned with in this article is whether or not legitimate authoritative rules can exclude moral reasons from the public agent's decision-making process. In other words, I shall be discussing the thesis that rules emanating from legitimate authorities are *formal reasons*. It has been said that one is not treating rules (or any other sort of authoritative decision, such as direct orders) as formal (authoritative) if one weighs the value of obeying the rule against the value of disobeying it[1]. If an agent's practical decision-making process involves considerations which could lead to disobeying a rule, this agent would not *by definition* be treating this rule as authoritative. That implies that authoritative rules, if their authority is justified (legitimate), would have priority over other considerations in processes of practical decision-making. In this article I am specifically interested in one particular justification for that thesis, namely, the justification originally sketched by Joseph Raz in *Practical Reasons and Norms*, and later fully developed in *The Morality of Freedom* [2]. This papers is part of a project of rethinking formal reasons which is, in turn, part of a larger project of proposing an ethical theory that is applicable to decision-making processes and which is not fully dependent on the ethical theory that is applicable to actions.

My argument aims at making the point that arguments such as the one put forward by Raz by means of his 'normal justification' and 'pre-emption' theses cannot prove that reasons emanating from legitimate authoritative sources are able to exclude other reasons *by kind* from practical decision-making[3]. But before dealing directly with Raz's argument, I will say something about the sort of reasons politically created reasons can be. I shall identify then precisely which sort of politically created Raz's argument supposes authoritative reasons are. That approach will help to establish the different senses in which authoritative orders might be said to interfere in a subject's *autonomy* and, in particular, the different ways in which they can intervene in the subject's *decision-making*. I shall use this examination of the ways in which authority might intervene in the subject's decision-making to introduce a distinction between reasons that make an action right and wrong (which I shall simply call 'reasons for

[1] As Atiyah has pointed out, Raz's conception of rules as exclusionary reasons hints precisely at that idea of formality. Rules properly understood are not rules of thumb to be checked against the actual substantive reasons; they exclude those reasons altogether from consideration. See P. S. Atiyah, Form and substance in contract law, in The Legal Mind, ed. N. MacCormick and P. Birks, Oxford: Clarendon Press, 1986, 20-1; see also J. Raz Practical Reasons and Norms (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2nd edition,1990), passim.

[2] J. Raz The Morality of Freedom (Oxford: Clarendon Press, 1986).

[3] Because legal rules are the paradigmatic instance of authoritative rules, I shall often be referring to them in what follows, but that does not mean that my arguments do not apply to other sorts of authoritative directives.

action') and reasons one should use in order to decide particular cases (which I shall call 'reasons to decide'). I believe that Raz's *normal justification thesis* applies not to the former, but to the latter sort of reason and the second section of this article is an attempt to establish whether or not Raz's argument is sufficient to justify an insulation between legal and moral reasons *for deciding*. The third sections will be an attempt to outline an alternative account of formal reasons in which they are not insulated from substantive consideration but, rather, interact with those sorts of considerations in a particular way.

Authority and Autonomous Decision-Making

Let me start by mapping up the field of authoritative intervention on decision-making processes in order to clarify what sorts of intervention I am claiming cannot be justified. First, political authority might intervene on its subjects decision-making process simply by preventing their decision-making altogether. If political authority does have enough raw power to prevent me from having a choice on a particular matter, it takes from me the very possibility of deciding to do certain things. The agent's practical reasoning is eliminated and substituted by the authority's reasoning. A policeman who locks someone up is not creating a reason for the person not to go to a dinner party in, it is making the decision of whether or not to go to the dinner pointless. I have no doubt that it is possible to find a justification for this sort of intervention in certain very qualified contexts, but that is not the sort of intervention I am dealing with in this paper.

Secondly, and quite apart from directly exerting force against its members, the community might intervene in the very process of deliberation through which the person decides what is the best course of action. One way in which this intervention might come about is simply by means of threats of using force. When the authority issues a statement in which it declares that all those who perform a certain action (say, assault) will be imprisoned for a certain time, it is not exerting force directly, but simply attempting to intervene in the decision-making process of the subject by means of creating a reason to perform an action. That is not what Raz means by authoritative intervention, since anyone who is in a position of threatening someone else would have that sort of 'authority'.

Indeed, the authoritative intervention in an agent's process of decision-making takes more subtle forms. An example might help to explain those more subtle forms of authoritative intervention. Suppose that, after some thinking, I arrive at the conclusion that you should do something, for instance, that you should read my last book, and then I tell you of my conclusion. How can my saying that you should read my book change your previous situation regarding the range of options open to you as to whether or not to read my book? It could be that you take my decision to express *a fact* that you believe to be relevant for the decision you are about to make. In this situation, the communication of my conclusion about how you should behave would only have a bearing on your possibilities of decision if it gives some information about the world that is in *itself* a relevant piece of information. If we assume that you care about my well-being, informing you that I would be sad were you not to read my book would give you a good reason to read it. The decision

could then be *interpreted* not as a command, but as a description of a given state of affairs[4]. It gives you a reason to believe that a given fact is the case, but not necessarily a reason to believe that the fact is a reason for action. The best way to show that that intervention should not be conceived as 'authoritative' is to ask whether or not this sort of intervention in a decision-making process is detrimental to the decision maker's autonomy?

It would seem that it isn't, for after my intervention (stating that you should read my book) you are still a fully autonomous decision-maker if only a bit better informed about the facts and possible factual consequences of your decision. I can still manipulate you by providing selective information or by telling lies that I think will bring you to decide in one way rather than another. Nevertheless there is no reason why my opinion should be taken into consideration *in its own right*. This is clear in two different situations: first, had you learned about the facts that you infer from my telling you that you should read my book *before* I told you to do so, your possibilities of decision wouldn't be changed by my supervening intervention; secondly, had you learned about those facts through completely different means (someone told you that I would be upset if you decided not to read my book), the outcome would be the same. Of course, there is a sense in which providing information changes the moral landscape of an individual. If, for instance, I know that my performing action x (buying a car) will have consequence y (someone will die), I cannot use my lack of knowledge as a moral *excuse* for my having performed x. Information might exclude one possible excuse from my moral estate.

However, there is a different way of interfering in someone's affairs which has a different sort of bearing on his practical reasoning and which is of particular interest for the understanding of political and specifically legal authority. Under some conditions, my statement that you should read my book may be relevant *in itself*, which means that the fact that I reached a given conclusion and that I told you about it may *itself* be a reason for you to decide to act according to my conclusion. That means that nothing changes in the world as a result of my statement, nothing about pre-existing facts is learned from my statement, the only difference between your situation before my statement and after my statement is the fact that I said that you should do something. I believe that to be perfectly conceivable, given certain circumstances, but I shall return to that latter.

Because that is a change in the *criteria for the correctness of decision-making*, nothing in principle guarantees that the reason created will or should prevail against all other reasons available to the subject in her *actual decision-making process*. Whether or not my conclusion

[4] In spite of the apparent similarity, this sort of intervention in the deliberative process is not the same sort of intervention that might be produced by the authority Raz called 'recognitional'. In Raz's depiction of the recognitional conception of authority "[t]he authoritative utterances of practical authority are reasons to believe that one ought to do that which the utterance says one is to do". (J. Raz, The Morality of Freedom, cit., 30). The interference in practical reasoning sketched above doesn't provide you with any reason to believe that a given course of action is the correct one, but only with a reason to believe that a given situation obtains (a situation that you happen to find relevant to your decision).

that you should read this book is a relevant factor in your actual process of deliberation depends on you attributing some value to it (say, the value of pleasing a friend). The decision itself is not self-enforcing in this sense and you are still autonomous in the important sense that you are not obliged to take my conclusion into consideration. That sort of interference (obliging someone to give weight to one's statement about what should be done in her process of deliberation) could be achieved through many different methods of conditioning deliberative behavior by force or by argument, but, as Hart once pointed out 'being obliged' is different from 'having an obligation'.

In order to understand the sort of interference in decision-making processes I will be referring to as 'authoritative', it is important to bear in mind that rational decision-making processes always aim at *correctly weighing up the reasons.* If this is so, there is a sense in which your selection of reasons is not arbitrary. In the *Clouds*, Aristophanes mocks Socrates (and through Socrates the whole of practical philosophy) for he leaves the stage when the exchanges between Justice and Injustice are about to start[5]. According to Leo Strauss, this makes it appear as if Socrates wanted to have no influence on the exchanges so that he would not be responsible for the outcomes[6]. If one wanted to be fair to Socrates (which is probably not Aristophanes' wish), one could take his act of leaving the stage as meaning simply that what makes an action just or unjust or a process of deliberation correct or incorrect is not dependent on the *opinion* held by the decision-maker about what should count as a just action or a correct deliberation. The meaning of Socrates' lack of interest in the exchange between justice and injustice might be seen as an allegory of the fact that, whatever the *correct* balance of reasons is, it is not dependent on the subject's opinion on what the right balance of reasons should be. Moreover, the reasons that come into play when a moral agent is weighing reasons against one another in order to decide what to do are not freely *chosen* by the agent. Socrates' presence is, then, of no consequence. In short: one might have some control over the reasons one *actually take into account* in deciding what to do, but one has little or, sometimes, no control whatsoever, over the reasons that *must be taken into account* in order to decide what to do.

Now suppose that, under some circumstances, someone's actions have the power to alter someone else's moral situation by including further reasons among the reasons which *morally should* be taken into consideration and weighed by the decision-maker. If those circumstances obtain, someone's action will cause the inclusion of one reason in the list of relevant reasons that should be taken into account by someone else. What was changed as a

---

[5] The Clouds, 886-7

[6] This is Strauss's interpretation of Socrates's exiting from the stage at precisely that moment. Leo Strauss Socrates and Aristophanes (Chicago: The University of Chicago Press, 1966), 28-9.

result of the first agent's action was the *criterion for correctness* of the second agent's decision-making process and this has a particular sort of impact on the latter's autonomy. Through this sort of intervention, one is not only modifying actual decision-making processes by including or excluding reasons, but modifying the standard for what would be *the right* decision-making process in the particular circumstances. An authoritative intervention in someone's autonomy is an intervention of precisely that kind.

Reasons for decision and Reasons for Action

Before I move on to deal directly with Raz's argument for the justification of that sort of intervention on an agent's decision-making, I would like to deal with an ambiguity in the phrase 'reasons for action'. If that ambiguity is not fully spelled out, I believe the conception of authority I just put forward in the last section might be misunderstood. On the one hand, 'reason for action' can be understood as a fact or set of facts whose occurrence in the world makes it correct to perform a given action[7]. An example might help me to conduct the discussion here. In the limited context of deciding how to invest your money and, given that the only relevant considerations are those related to the increase of capital over time, the fact that the government is soon to intervene in the market so as to devalue the national currency is a good reason for deciding to invest in foreign currency. If this is what is meant by saying that there is a 'reason for action', the only way I can intervene in the criteria according to which your decision-making is judged is by changing something in the world. In our example, if the government changes its mind and decides not to devalue the currency the reason for investing in foreign currency that you had before disappears and such investment, other things being equal, would be not as good an investment.

On the other hand, 'reason for action' might refer to a reason one takes, or should take, into account *in a deliberative process*. Let me call those reasons 'reasons for deciding to perform a given action' (or more briefly 'reasons for deciding') so as to reserve 'reasons for action' to the changes in the world mentioned in the last paragraph. The difference I am trying to draw attention to is often misunderstood as a result of taking it as a difference between reasons which exist objectively speaking and the possession of those reasons by the subject. If this were correct, it would seem to follow that all the reasons one *should* take into account in decision-making processes would be the objective reasons for actions that exist in the world. The difference between reasons for action and reasons for deciding would simply be that the latter, but not the former, are used by a particular subject. That means that if the decision-making process is to be considered correct, all reasons for deciding would be objective reasons for action which already existed in the world before being 'embodied' into the particular decision-making

[7] See J. Raz, Practical Reasons and Norms, cit., 16ff; see also M. J. Detmold The Unity of Law and Morality (London: Routledge & Kegan Paul, 1984), pp 8ff.

process. I believe this conception of reasons for deciding to be insufficient. In decision-making processes carried out under imperfect conditions, notably conditions of limited knowledge or limited time to decide, there are often reasons for deciding in a particular way rather than another which are not objective reasons for the action in the sense referred to above. In order to show this, let us go back to a variation of the example introduced above.

Suppose I have to decide how to invest my money but I haven't the faintest idea of what would be the best way to get a good profit/time ratio for my money. I then take the wise step of consulting an expert who is, I have reasons to believe, the best advisor I could get, and he tells me to invest all my money in foreign currency. I now have reasons to invest in foreign currency and, other things remaining the same, deciding to invest in something else would be a mistake. One might say that I don't have a reason to *decide* to do something, but only a reason to *believe* that some facts are the case, and that those facts are actually the case is a reason for me to decide to invest in foreign currency. That is true, but it is hardly an objection to the point I am trying to make. In order to make it clear why, let us suppose now that the expert is wrong because the government never thought of devaluing the national currency or because other factors the expert never considered relevant come into play so that the price of foreign currency doesn't actually rise much even after the government's intervention. As an investment, my buying foreign currency was disastrous, but there is a sense in which my *decision* was not a mistake. Otherwise, one would have to admit that the right *decision* in the case would have been to trust someone who knows nothing about investment (me) instead of the person I recognise as someone who knows a lot about it. If I am right, a rationally correct decision (which takes into account the correct reasons for deciding) does not necessarily lead to a correct action. Consequently, reasons to decide in a correct decision-making process are not necessarily the reasons for action which are in the world. To sum up: it is possible that I make the right decision to do the wrong thing.

Let us now leave financing aside and move back into the ethics of public decision-making which is, after all, the main concern of this paper. The first thing that has to be settled is the relevance of all that to ethics. The relevance is simply that having taken the right decision often works as a *moral excuse* for those who perform wrong actions. If I did everything I could do, given my limitations which I cannot eliminate before performing the action, and if I correctly balanced my reasons to decide under those conditions of limitation, I have a claim to be excused, although it may sometimes not be enough[8].

Reasons *for action* and reasons *for deciding* are both practical in the sense that one can judge through those reasons either the correctness of the action or the correctness of the decision

[8] I am grateful to Fernando Atria for this insight.

to act. Although political power can create reasons for action, for instance, by deciding to impose sanctions on a given action, I believe that the kind of authoritative reasons Raz has in mind are *reasons for deciding* rather than *reasons for action*. On this reading of Raz, the peculiarity of authoritative decisions seems to reside in the fact that the action which changes someone's moral landscape is just a statement by the public authority about how the agent should act. Raz's normal justification thesis could then be understood as an attempt to state the general conditions under which this sort of interference by the political authority in the subject's autonomy is justified. I shall analyse Raz's normal justification thesis in the next section, but let me just make clear that, beside Raz's, there are other possible justifications for someone to have the power to intervene in someone's autonomy. When, for instance, a conclusion about how you should behave comes from someone that you have reasons to believe to be much wiser than you are, it must be correct to trust his judgement. In this case, beside the reasons that I take into consideration, I put the opinion of the wise man and I am justified in doing so[9].

Those holding political power very often claim to have authority in this sense, that is to say they claim that all those towards whom they have authority have a moral obligation to take their directives as reasons for deciding to act in the recommended way. Law is one sort of institution that claims authority if not always, as Raz, Soper, Green and others[10] believe, at least often enough. One of the questions for practical philosophers to answer is under which conditions this claim is justified[11]. Not all theories of political obligation have a bearing on the problem I am more directly concerned with in this paper, namely, the insulation between legal and non-legal reasons[12]. Raz's theory of political obligation does. I shall devote the second section of the present paper to showing that Raz's theory of political authority fails to justify the exclusion non-authoritative reasons for deciding from those decision-making processes to which authoritative reasons for deciding apply.

Pre-emption in Legal Reasoning

The main concern in this paper is, as it was said before, to provide an account of the interplay between authoritative legal reasons and non-legal reasons for action in practical reasoning and, more specifically, of the sense in which authoritative legal reasons can be said rightly to exclude other sorts of substantive considerations from particular instances of

---

[9] This example is an instance of Raz's 'normal justification thesis', to be examined later in this paper.

[10] See J. Raz, Morality of Freedom, cit., 76-77; a more recent restatement is to be found in Raz, Authority, law and morality in J. Raz, Ethics in the Public Domain: Essays in the morality of law and politics (Oxford: Clarendon Press, 1994), 215ff; Soper accepted that law makes authoritative claims in his Legal theory and the claim of authority, in Philosophy and Public Affairs 18, 216ff, but later rejected this thesis in Law's normative claims, in: The Autonomy of Law ed. R. P. George Oxford, Clarendon Press, 1996, 215-247; see also L. Green The Authority of the State (Oxford: Oxford University Press, 1988), esp. chapters 8 and 9.

[11] See R. Dworkin Law's Empire (London: Fontana Press, 1991; orig edn 1986), 191.

[12] It is, for instance, irrelevant whether the obligation to obey the law is a natural duty or an acquired obligation.

practical reasoning. One of the most important contemporary defenses of the exclusion of substantive considerations by legitimate legal reasons for action is to be found in Raz's work on legitimate authority and pre-emptive reasons for action.

Raz's pre-emptive reasons have been subject to intense scrutiny over the past two decades[13]. Instead of restating those objections to Raz's concept of pre-emptive reasons I shall be trying to explain in what follows why I believe that Raz's pre-emptive reasons fail to do the job he requires from them *in terms of his own theory*. Let me first advance my thesis: in order to be able to exclude first-order moral reasons, second-order reasons (of which 'pre-emptive' reasons are an instance) first-order reasons must be completely insulated from pre-emptive reasons, that is to say: regardless of its weight, first order reasons must not be able to defeat second order reasons. I believe that the reason Raz offers for considering legal reasons as second-order reasons (fundamentally, the normal justification thesis) does not do the job and the argument in this section aims at proving that the normal justification thesis is not able to ground the exclusion of exclusionary reasons from decision-making processes[14]. It would follow that, in the case of legal reasons at least, the weight of first-order reasons might make a difference as to whether or not the second-order reason applies and, as a result, legal decision-making processes must include an appreciation of the weight of first-order reasons.

Let me start to expose my argument by analyzing Raz's normal justification thesis, which expresses the normal condition to be fulfilled by legitimate authority:

The normal and primary way to establish that a person should be acknowledged to have authority over another person involves showing that the alleged subject is likely better to comply with reasons that apply to him (other than the alleged authoritative directives) if

---

[13] Just to mention a few, M. J. Detmold, The Unity of Law and Morality, cit., 133ff; Soper, "Legal theory and the claim of authority", cit.; F. Schauer: Playing by the Rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life (Oxford: Clarendon Press, 1991), passim; A. Marmor Interpretation and Legal Theory (Oxford: Oxford University Press, 1984), 117ff; F. Atria: Legal reasoning and legal theory revisited, Law and Philosophy 18 (1999), 566ff.

[14] That is the problem Detmold named the problem of the exclusion of exclusionary reasons (The Unity of Law and Morality, cit., 134). Detmold himself believes that there are arguments that are indeed able to exclude exclusionary reasons (id, 133-36). I shall not dispute the matter here, for I believe that, regardless of whether or not there are arguments that are able to justify this double exclusion, the argument put forward by Raz to insulate legal reasons from first-order reasons is not one of them.

he accepts the directives of the alleged authority as authoritatively binding, and tries to follow them, than if he tries to follow the reasons which apply to him directly.[15]

To sum it up: authority might create reasons for deciding from scratch whenever it is *more likely* to get it right than you are. This condition for the legitimacy of someone's authority, says Raz, at the same time reinforces and is reinforced[16] by the imperative expressed in the dependence thesis, according to which

All authoritative directives should be based, among other factors, on reasons which apply to the subjects of those directives and which bear on the circumstances covered by the directives.[17]

If the condition stated in the normal justification thesis is met, authority is legitimate and it is morally correct for the subject to perform the action required by the authority without taking into account the reasons that would apply to him if the authoritative directive had not been issued. This amounts to a very rough version of the pre-emption thesis, whose full statement is:

The fact that an authority requires performance of an action is a reason for its performance which is not to be added to all other relevant reasons when accessing what to do, but should replace some of them.

The pre-emptive thesis was formulated so that it contradicts another account of how authoritative directives (including authoritative legal rules) relate to other reasons for action. According to this alternative account:

to accept the legitimacy of an authority is simply to accept that whatever other reasons there may be for a certain action, its being required by the authority is an additional reason for its performance.[18]

I shall argue later that Raz's description of the interplay between authoritative legal reasons for action and non-authoritative reasons for action, given the best possible understanding of both the pre-emption and the normal justification thesis, does not imply a complete insulation of secondary from primary reasons and that, for that reason, there is

---

[15] J. Raz, Authority, law and morality, cit., 214. It is interesting to notice how a similar understanding of the necessary condition for a rational agent to follow authority was used by Gadamer to ground the rationality of following a living tradition. In his Truth and Method (London: Sheed & Ward, 2nd edition, 1989), Gadamer defines the rationale behind the prejudice according to which following the tradition was in principle correct in terms very similar to Raz's: "But this [blind obedience] is not the essence of authority. Admittedly, it is primarily persons that have authority; but the authority of persons is ultimately based not on the subjection and abdication of reason but on an act of acknowledgement and knowledge – the knowledge, namely, that the other is superior to oneself in judgement and insight and that for this reason his judgement takes precedence – *i.e.* it has priority over one's own.", 279.

[16] J. Raz, The Morality of Freedom, cit., 55.

[17] J. Raz, Authority, law and morality, cit., 214.

[18] J. Raz, The Morality of Freedom, cit., 40-41.

some truth in the theory according to which authoritative reasons are to be weighed against non-authoritative reasons (although, as we shall also see, *logically* speaking Raz's theory has the best of this exchange). But before dealing with Raz's insulation claim, I shall defend the normal justification thesis against a number of misguided objections and, in doing so, I hope to present it in its strongest version. I also hope that this strong version of the normal justification thesis will make it clear why, in the way Raz conceives it, legitimate authority creates *reasons for deciding* rather than *reasons for action*.

First, Raz's normal justification thesis could be said to be innocuous for, in any practical deliberation, one has to know what the correct action in the particular situation is in order to decide if the condition for obedience to authoritative directives stated there (*i.e.* "that one is *likely better to comply* with reasons that apply to him" if he accepts the directives of the alleged authority as binding) is fulfilled. If this were the case, the citizen subject to authority would have to go all the way through the deliberation process and find out what it is right to do and, if he knows that he would have no reason to follow the authoritative directive, since once he knows what is correct, following the authoritative directive instead of his own reasons cannot make it *more probable* that the subject would comply with the reasons that apply to him. But this argument would only defeat Raz's conception of legitimate authority under the condition that the only way correctly to judge the probability of doing the right thing in following the putative authority's directives is to know for sure what the right answer would be. That is plainly not the case: when one who is completely ignorant on financial markets asks a specialist for advice about investment, one knows that following the advice would lead more probably to the right investment. Under conditions of unlimited time and resources, it might be correct, if one believes self-determination to be valuable, to learn as much as possible about financial markets in order to decide how to invest. Under conditions of limited time and resources, that would be a very foolish way to decide how to invest one's money.

One could then argue that this sort of argument of expertise only works under two conditions, one of which cannot be fulfilled in any instance of practical decision-making, while the other cannot be fulfilled in the specific case of moral decision-making. The first is a continuation of the objection above: it is not possible to know if someone is better prepared to take decisions if one cannot compare the decisions that should be taken and the advice given. This is again plainly not true, since I can easily recognise that someone is more competent in some areas of decision-making than I am, for instance, from my knowledge of his background or from the fact that in the past he often pointed out mistakes in my practical reasoning which I later came to recognise as mistakes[19]. The other objection is that this sort of justification can only justify technical-practical decisions because the ends are set by the person subject to the authority, and the advice is only about how better to achieve

[19] C. McMahon Autonomy and authority, Philosophy and Public Affairs 16 (1987), 309.

those ends. Without the subject having a notion of what is a correct action beforehand there is no way in which she can judge whether or not she is more likely to perform the correct action if she follows the advice. So, if I am asking for advise in my investments, I can only regard expert advice as authoritative if I know what a good investment is (let's say, one that gives more return in a shorter time). That is indeed true: one has to have an idea of what counts as morally good which is independent of what the authority says in order to judge if one is more likely to perform the morally correct action when following the authoritative directives. But this is hardly a decisive objection to Raz's theory of legitimate authority, for knowing what is correct in general doesn't imply knowing what is correct in a particular instance. I may believe that promoting equality is the correct thing to do when one is deciding what to do with one's money and still not know if I should give my extra money to the government or to share it amongst all the beggars I know, for I might not know what is the best way to achieve equality. Now suppose that someone whom I regard as having more technical knowledge about whether giving the money to the beggars or giving the money to the government will improve equality tells me that giving the money to the beggars is the best course of action, given my aim of furthering equality. In this situation, would it be correct for me to give it to the government? Plainly not. This intervention has the potential power of changing my moral landscape. Even if the person I regard as being a specialist is wrong in this particular case and giving money to the government would eventually prove to be more effective in bringing equality about than sharing it out to the beggars, the intervention of this much more knowledgeable person who understands much better than I do the inner mechanisms of the government and the behavior of beggars to whom money is given makes it morally defensible to follow his advice. Acting against his advice may bring about more equality (if the expert turns out to be wrong), but my decision of not following his advice cannot be justified, since it is wrong to perform an action that one has reasons to think is morally worse than an alternative.

Soper adopted another line of criticism in arguing that Raz's understanding of the authority of law as being grounded in the condition expressed in the normal justification thesis "virtually eliminates the traditional distinction between theoretical and practical authority"[20]. Soper then goes on to claim that the practical authority of law implies what he calls double pre-emption and, based on that, he establishes the difference between *theoretical authority about practical matters* and *practical authority*: practical authority claims complete content-independence (which entails pre-emption) whereas theoretical

[20] P. Soper, Legal theory and the claim of authority, cit., 224.

authority claims only pre-emption.[21]

I have no reason to dispute Soper's claim that there is a distinction between theoretical and practical authority. However, his objection to Raz relies on an assumption that there can be no logical relation of implication between the two sorts of reasons that are the currency of, respectively, theoretical authority and practical authority: reasons to believe and reasons to act. I would like to object to precisely that assumption. Suppose theoretical authority is what Soper claims it is and suppose also that the law (or rather, the law-giver) is taken to have this sort of authority based on expertise in a particular case in which it issues the directive that action x is right. This would be enough reason for a subject that regards the law-giver as theoretically authoritative to have a reason to believe that action x is right. In turn, believing that action x is the right action to perform is a reason to deciding to do x. The apparently sharp separation between reasons to believe and reasons to act collapses when one has a reason to believe that an action should be performed[22]. Such a reason is itself a reason to act and this is a fact of the grammar of beliefs. To say 'All applicable reasons support the belief that x is the right to do, but I don't have any reason to do x' makes as much sense as saying that 'All applicable reasons support the belief that the cat is on the mat, but there is no reason to believe that the cat is on the mat'. If I am right that a reason to believe that an action is right is a reason to perform that action, it follows that this sort of 'theoretical' authority which gives you those sorts of reasons to believe become *ipso facto* relevant for the decision-maker's practical reasoning. In short: although a conceptual distinction could be made between theoretical and practical authority, under some conditions, having one implies having the other. If the normal justification thesis succeeds in justifying theoretical authority in a given case, that is, if the putative authority is effectively more likely to get it right, I have good reasons to decide to follow its directives, even if they turn out to be wrong.

I hope that from the preceding discussion a picture has emerged of the conditions under which the normal justification thesis can justify the use of authoritative directives as guides for decision-making, even in situations in which the reasons for action point in another direction. In that picture, *reasons for deciding* in a particular way might be introduced by the normal justification thesis, even if the normal justification thesis does not generate *reasons for action*.

But Raz's claim is not only that the fulfillment of the condition stated in the normal justification thesis makes the authoritative directive a reason for deciding in a particular way. According to him, the fulfillment of the conditions specified in the normal justification thesis makes the authoritative directive into a reason of a specific kind which relates (or should relate) peculiarly to other kinds of reasons. This kind of reason Raz calls 'exclusionary' or 'pre-emptive'. Pre-emptive reasons, as any other 'winning' reason render other reasons for action not applicable to the instant case, but they do so in a particular way. They do not

---

[21] idem, 225.

[22] A similar view was put forward by Postema in his distinctions between direct and indirect guidance of actions by reasons, see G. Postema Jurisprudence as practical philosophy, Legal Theory 4 (1998), 346.

exclude reasons for action by outweighing them, but by the application of "a general principle of practical reasoning which determines that exclusionary reasons always prevail when in conflict with first-order reasons"[23]. Pre-emptive reasons are examples of second-order reasons, which means that they are reasons to act or refrain from acting for a primary reason[24]. They can exclude first-order (or primary) reasons *by kind*. First-order reasons, in Raz's terminology, are reasons either to perform or not to perform a particular action. Second-order reasons can be rendered inapplicable to one case by another second-order reason, but can *never* be challenged by a first-order reason. Challenging a pre-emptive reason with a first-order reason implies either completely denying its pre-emptive nature or denying that its scope covers a particular set of primary reasons. This challenge, says Raz, can only be performed by second-order reasons. All reasons which concern the pre-emptive nature of a particular reason and the scope of this pre-emption are second-order reasons (to refer to the latter, Raz uses the expression 'scope-affecting reasons'[25]). It is clear that, for a reason to be pre-emptive of other reasons in a particular instance of practical reason, it is necessary that some issues concerning its pre-emptiveness and the scope of its pre-emption have to be settled.

Practical reasoning, understood here as reasoning which aims at informing action, can be performed at the second-order level. Theoretical reasoning which uses primary reasons *is not* pre-empted by pre-emptive reasons, since "it is merely the action for some of those reasons which is excluded"[26]. One could still *hold an opinion* on whether or not the performance of the particular action required by the authority is right. What one cannot do, according to Raz, is to *act* on those reasons. Deliberating, concluding that the authority is wrong and even criticizing the authority are actions that are not excluded by pre-emptive reasons. But the relevant question for a practically rational agent is whether or not Raz's justification for the existence of authoritative reasons succeeds in justifying that primary reasons be insulated from secondary reasons in actual contexts of decision-making. Two objections against Raz's thesis look promising, the first questions the credentials of the normal justification thesis, while the second assumes the normal justification thesis is true, but objects that it cannot justify the insulation between first-order and second-order reasons. Let us examine them separately.

The first objection runs as follows: if the normal justification thesis is a moral reason nothing grants in principle that there could be no other moral reason applicable to the situation that could defeat the very normal justification thesis. In order to prove that, Raz would need, so the objection goes, a further argument to justify the systematic priority of the normal justification thesis to all other moral reasons[27]. In the absence of such an argument, the subject should test the normal justification thesis against all available moral reasons and, since the normal justification thesis is a third order reason that explain which sorts of second

[23] J. Raz, Practical Reasons and Norms, cit., 40.
[24] idem, 39
[25] idem, 46
[26] J. Raz, The Morality of Freedom, cit., 42.
[27] What I consider to be a decisive objection against the existence of systematic priority (or, as Rawls names it, indexical order) between moral reasons see Ch. Taylor, Leading a life in Incomensurability, Incomparability and Practical Reason ed. R. Chang Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997, 170-183.

order reasons are admissible, no insulation between first-order and second-order reason would be granted. All first order reasons would be, in principle, capable to defeat the reason why they should be insulated, namely, the normal justification thesis. I believe that objection to be wrong, since there is a good reason to believe that moral values cannot defeat the normal justification thesis. Moral values cannot defeat it simply because the normal justification states the *correctness of doing what is most likely to be the correct thing to do*. If we spell out some of the non-stated conditions for its plausibility (fallibility of human judgement, the existence of different levels of moral insight), the normal justification thesis is not so much a moral directive as it is a self-evident statement about a particular structural feature of morality. That one always *aims* at doing what one considers to be the right thing is trivial[28].

But the fact that the normal justification thesis cannot be defeated by substantive moral values does not imply that it can justify pre-emption of reasons. As it often happens with arguments that follow from tautologies, the source of its irrefutability is also the source of its impotence. Let me start to show that by introducing an example. Suppose that the legal authority issues the following directive: "Smoking anywhere in the new building of the Scottish Parliament is forbidden". Let's assume that I have a reason to believe that my abiding by the authoritative directive makes me more likely to comply with reasons that apply to me than if I try to follow the reasons which apply to me directly. At this point, someone raises the question of whether the authoritative directive is right or wrong and I start wondering whether the thing required by the authority is the best thing to do after all (remember that I am not forbidden to think about those things, only to think of them as reasons for my action). If the reasons I produce against the action being performed are not good, nothing changes; but suppose I arrive at the conclusion that the action required by the authority is conclusively wrong (remember that I can hold such an opinion). Can I hold this opinion and at the same time hold the opinion that I am *more likely* to comply with reasons that apply to me by following the directive than if I try to follow the reasons which apply to me directly? The fact that I know for sure that the authoritative directive is wrong implies that I cannot consistently claim that the normal justification thesis justifies my following the authoritative rule.

What I am trying to get at here is that there is no reason why a jolly good first-order reason against the authoritative rule wouldn't imply the existence of the following second-order reason: "it is not probable that I will do what is right by following the authoritative order". That sort of reasons must be taken into consideration not because the agent

[28] I refer here to the classical theme of the untenable position of an agent that aims at being acratic.

believes is to be true, but because the normal justification thesis so demands, since an opinion about the probability of an action being correct cannot be held together with an opinion decisively against its correctness. Probability is the currency of the normal justification thesis and judgements of probability are sensitive to judgements of certainty. Second-order reasons are not precluded from the second level of reasoning and, therefore, they would have to be taken into consideration. It follows that, if primary reasons are to have no influence in the practical deliberation on matters covered by authoritative rules, a reason would have to be provided to explain why those sorts of second-order reason would be also precluded from decision-making.

Raz does not explicitly provide arguments to explain this further preclusion, but he hints at some possible ways in which it could be justified. The first of those hints is to be found in his objection to the thesis that authoritative reasons are *prima facie* reasons for action which should be weighed against all other reasons for action. Notwithstanding its specific aim, the argument (if it works) hits the much bigger target of justifying complete insulation of secondary reasons from primary reasons.

The argument is a justification for surrendering one's judgement to the authority altogether. This surrender will be justified if this will decrease my rate of mistakes in a particular area. The first step Raz invites us to take is to

[c]onsider the case in a general way. Suppose I can identify a range of cases in which I am wrong more than the putative authority. Suppose I decide because of this to tilt the balance in those cases in favour of this solution. That is, in every case I will first make up my own mind independently of the 'authority's' verdict, and then, in those cases in which my judgement differs from its, I will add a certain weight to the solution favoured by it, on the ground that it, the authority, knows better than I. This procedure will reverse my independent judgement in a certain proportion of the cases. Sometimes even after giving the argument favoured by the authority an extra weight it will not win. On other occasions the additional weight will make all the difference. How will I fare under this procedure? If, as we are assuming, there is no other relevant information then we can expect that in the cases in which I endorse the authority's judgement my rate of mistakes declines and equals that of the authority. In the cases in which even now I contradict the authority's judgement the rate of my mistakes remains unchanged i. e. greater than that of the authority.[29]

At first sight, Raz's conclusion doesn't seem to follow from the premises of his argument. It would seem that the most effective way to enhance my moral performance is to disobey the authority in all those cases in which the authority is wrong and accept its authority in all those cases in which the authority is right. Following that strategy, my overall performance will be better than it would be had I strictly followed either my own independent judgement

[29] J. Raz, The Morality of Freedom, cit., 68.

or the authority's directives. But how could this further scenario happen? There is a need for a criterion to decide when it is right to follow the authoritative directive and when it is wrong to do so. Whichever criterion one puts forward, it will question the assumption that the authority knows better in the field and, if this assumption is defeated, the directives are not regarded as authoritative, for the grounds for authority established by the normal justification thesis would be challenged. One is just specifying an area in which authority is not recognised. As Raz puts it:

Of course sometimes I do have additional information showing that the authority is better than me in some areas and not in others. This may be sufficient to show that it lacks authority over me in those other areas. The argument about the pre-emptiveness of authoritative decrees does not apply to such cases.[30]

My claim is that this additional information may simply be the fact that the agent is sure that one particular course of action required by the authority is wrong according to the primary reasons relevant to the particular case. Of course sometimes the agent would believe the authority is wrong, but, not being very sure about it and recognizing the authority's higher competence in the area, she may be inclined to surrender her judgement. But this doesn't need always to be the case. There is no reason to reject the thesis according to which, in every particular case of practical reasoning in which putative authoritative claims authority, the claim of authority is itself open to challenge from primary reasons.

I believe Raz would not be happy to allow this sort of leakage from first-order into second-order reasoning, since part of the point of having rules is to provide "an intermediate level of reasons"[31] between deeper level considerations and concrete decisions. Indeed, if this leaking really happens, the pre-emption of primary reasons may be describing the logical order of a correct course of reasoning, but, for the particular agent, legal and non-legal reasons will interact in much the same way as other reasons interact, to wit: strong non-legal reasons for action will be able to debunk specific legal reasons for action.

Raz hints at a second defense of the insulation of secondary reasons from primary reasons. He defends the insulation of authoritative reasons from straightforward substantive reasons against the charge that 'in every case authoritative directives can be overridden or disregarded if they deviate too much from the reasons which they are meant to reflect'[32]. If this is the case, it would be required from 'every person in every case to consider the merits of the case before he can decide to accept an authoritative instruction'[33]. As he sees it, this objection is mistaken because it confuses clear mistakes with big ones, for, in order to

[30] idem, 68-9.
[31] idem, 58.

establish if someone is clearly mistaken, there is no need for reasoning, and he concludes that.

It is not the case that legitimate power of authorities is generally limited by the condition that it is defeated by significant mistakes which are not clear.[34]

Raz's concession that *clear mistakes* by the authority can allow first-order reasons to leak to the second-order level of reasoning is quickly followed by the warning that this does not imply that *big mistakes* have the same effect. Therefore, there is no need for reasoning thoroughly in order to find out if a mistake was great enough to put authority in check or not. But wouldn't the possibility that the authority makes big mistakes imply that we have the moral obligation of not stopping our investigation at the level of the *prima facie* moral intuition? Sometimes an action which does not seem remarkable *prima facie* turns out to be *clearly* wrong after reflection. If, in following authoritative rules, there is a possibility of making a big mistake, one of the obligations one might have is to try to clarify the situation. If, after reflection on the rights and wrongs of the case, no clear conclusion results, one might decide to follow the authoritative directive based on the fact, say, that the issuers of the rule seem to have a better idea of what is going on morally than the agent. But that would only happen after first-order practical reflection was carried out[35].

Finally, Raz offers an argument to the effect that 'the pre-emption thesis depends on a distinction between jurisdictional and other mistakes'[36]. Some mistakes by the authority, says Raz, are about factors that determine the limits of the authority's jurisdiction , others do not concern it. The former are never pre-empted, while the latter always are. Raz offers no reason why this distinction should be taken as morally relevant. In the absence of such justification, my argument against pre-emption stated above cannot be easily put aside. But, even if such justification could be provided, it would have to be grounded on a moral reason systematically prior to the first-order moral reasons. That would be the only way to explain how this moral reason wouldn't itself have to be weighed against first-order moral reasons. Here again the providing an answer to the problem of whether or not there could be systematic priority (or indexical order, as Rawls would put it) between moral reasons would help to make my point. I can't discuss the idea of moral systematic priority in here, but I don't believe that it is tenable[37]. If no systematic moral priority is justifiable, it follows that no justification that Raz could offer for the moral relevance of the distinction between jurisdictional and other mistakes would be able to exclude first-order reasons from an agent's practical decision-making process.

---

[32] idem, 61.

[33] ibidem.

[34] idem, 62.

[35] This paragraph's argument relies on the plausible assumption, stated in chapter one and incorporated one way or another in the arguments of the second, and third chapters, that reasoning makes it more likely that the agent would reach the morally correct conclusion.

[36] J. Raz, The Morality of Freedom, cit., 62.

[37] I take on that problem in the first chapter of my Ph D thesis Being appart from Reasons, (Edinburgh, 2000).

I believe I have provided by now sufficient evidence for my claim that Raz's attempt to justify the pre-emption of certain reasons fails on its own terms. But perhaps the problem is not so much the idea of pre-emption but Raz's particular conception of pre-emption. Perhaps what is needed is another formulation of Raz's original insight that some reasons should be pre-empted from the deliberation process. Philip Soper tried to provide an alternative account of authoritative reasons' pre-emptive nature in which the idea of pre-emption is taken one step further. But does Soper's *double pre-emption* thesis succeed in justifying the insulation of first-order from second-order reasons?

According to Soper, to say that the law is doubly pre-emptive means that it:

typically intends to pre-empt (in the sense of rendering practically irrelevant) deliberations about both the content of the law and the legitimacy of the legal system.[38]

According to the double pre-emption thesis[39], an agent would not be treating a directive as authoritative if she performs her action because she has good reasons for treating the authoritative directive as legitimate. In this case, even the second level of practical deliberation is closed to the agent and conclusions about the authority being illegitimate would make no difference to her following the authoritative directive. Notice that my objection to Raz's conception of pre-emption does not apply to Soper's. My argument against Raz is simply that good first-order reasons *imply* a second-order reason that might be able to defeat the reasons one might have in favour of the pre-emption of that particular reason. If it is true that legal reasons do indeed *pre-empt all second-order reasons* concerning the legitimacy of legislative authority from the decision-making process, my attempt to bring first-order reasons back into the reasoning process fails. The probability calculation on which both Raz's argument for pre-emption and my objection to it relied is not an issue here. However, the double pre-emption thesis is problematic for a number of other reasons, some of which are explicitly (even if not fully) discussed by Soper himself.

Just after introducing the concept of double pre-emption as a feature of law's authority, Soper anticipates the objection that, were his conception of authority right, there would be "an insurmountable justification problem: if that is what people mean when they claim to

---

[38] P. Soper, Legal theory and the claim of authority, cit., 216.

[39] Soper's double pre-emption thesis is similar to Bankowski's thesis that under some conditions an agent should not 'think about it', as stated in, for instance, his Don't think about it: legalism and legality in: Law, Justice and the State ed. Karlsson et al Berlin: Dunker & Humblot, 1993, 53ff. Given the complexity and the wealth of arguments offered by Bankowski, engaging with them in here would take much longer than I can afford.

have authority, the claim could never be justified"[40]. The objection is not spelled out in its entirety by Soper. What lies at its bottom is the fact that, were authority to be understood in the way Soper proposes, there would be no room for deliberation by the agent subject to authority. Following an authoritative directive would mean not reflecting on the rights and wrongs of the situation, which means, denying one's own practical rationality.

Soper's answer to this objection comprises, first, presenting the credentials of his claim by identifying it with a particular tradition of political theory (to which the likes of Hobbes belong) and, second, a theoretical move that pushes justification one step back, so that reason and autonomy are not entirely overridden by authority. In Soper's own terms:

> All that is required is that one shift the point of justification back one level: the problem now would be to offer sufficient reasons (as Hobbes tries to) for accepting an assertion that the subject is to deliberate *neither* about the merits of action *nor* about the merits of the claim of legitimacy. Reason in the end would still justify (because subjects could still deliberate, as Hobbes does, about the claim of double pre-emption); but it would be justification of a far more potent claim - a claim that action must be taken even though the action is wrong on its merits *and* even though the directing authority is wrong in its assumption about its own legitimacy.[41]

Soper's answer is related to his belief that legal and political philosophers often fail to distinguish between two rather different problems, to wit: the problem of the moral worth of political institutions and the problem of someone's entitlement to be obeyed. Those are indeed different problems, but Soper believes something else, namely, that the answer to the problem of entitlement to obedience is independent from the answer to the problem of the moral worth of political institutions. This thesis is not argued for in the article we've been discussing (apart from the reference to the tradition to which his thesis belongs). It is not immediately clear why his thesis should be right and, indeed, some troublesome consequences follow from it.

The first problem that springs to mind is that reflection on the moral worth of political institutions (*i.e.* their 'legitimacy'), when entirely divorced from the question whether one should obey the illegitimate authority, seems to have very little practical importance. Which sort of action would be required of an agent who concludes that a given political arrangement is not legitimate? Perhaps, one might say, there follows an obligation to try to change the unjust political arrangements. But, if changing them is against the law, I shall not try to change them, for the considerations about legitimacy would be pre-empted from my particular decision-making process. And, indeed, given the fact that dictators and totalitarian governments have much more often safeguarded themselves through those sorts of legal directives than democracies have, it would follow that, in those situations in which the

---

[40] P. Soper, Legal theory and the claim of authority, cit., 216-217.
[41] idem, 217.

concept of legitimation is more badly needed, it would be toothless. Of course, one might say that a theory of entitlement to obedience wouldn't allow for totalitarian regimes to be entitled, but, if that were the case, it would follow that the moral qualities of the authorities would be likely to have some relevance in deciding whether one should obey someone's directives and that is not permitted by the double pre-emption thesis.

Soper's claim that a justification could be provided for always obeying the law regardless of the correctness of the action required and of the legitimacy of the authority could be defended against this charge if it takes a slightly different form. It could be said that the justification is independent of the quality of the action and of the legitimacy of the authority, although, in some particular instances of its application, this reason could be defeated by reasons for not acting in the way required by law. That thesis was indeed defended by Soper himself in an earlier article[42]. Regardless of his success in providing such justification, it should be clear enough that this sort of justification does not pre-empt first-order reasons, since those reasons applied in a concrete case could, in his own terms, defeat the obligation to obey the law.

And that brings me to a second and more conclusive objection. If a justification for acting only on legal reasons is provided, it is either the case that this justification is grounded in a value which is absolute, or it is the case that the value on which the justification for obedience is grounded could be challenged by another value. If the latter is the case, in any situation in which the most important value would be at stake, it should have prevalence and any first-order consideration embodying such a value would have to prevail. If the former is the case, it is still possible that, in an instant case, the value that grounds absolute obedience is better served by disobeying the legal rule, in which case a reason for action conveying this value would have to defeat the justification.

Soper's reformulation of the pre-emption thesis does not incorporate the element that makes Raz's normal justification thesis so difficult to object to: Raz's ground for pre-emption, the normal justification thesis, is self-evident. No moral value could possibly conflict with the thesis according to which one has to decide to do what would probably be the right action all things considered, unless one wants to deny the ethical enterprise altogether. Unless Soper offers a justification which is not moral but analytical within ethics, his justification for obeying the law without considering any other reason as practically relevant would always be vulnerable to arguments from moral value (either from superior moral value or for a better application of the same value that grounds obedience to law).

---

[42] P. Soper, The obligation to obey the law, in Issues in Contemporary Legal Philosophy ed. R. Gavison, Oxford: Clarendon Press, 1989, 127-155. In this article, Soper offers reasons for a prima facie obligation to obey the law which could be defeated by other obligations of superior weight (esp. 151-2). Nothing was said about an absolute obligation to obey the law.

Soper's *double pre-emption* thesis is in some respects similar to Bankowski's thesis that under some conditions an agent should not 'think about it'. However, there is a difference between the two insights and I believe that that difference makes it possible that Bankowski's advice that one should not 'think about it' be correct even if the *double pre-emption thesis* is wrong. Before I move on to present what I consider to be the best way to conceive of formal reasons, let me briefly explain the implications of the arguments presented so far in this chapter to Bankowski's thesis that there are times in which decision makers should think about it and times in which they should not think about it. The point of having rules, Bankowski believes, is partly to provide *causes* for behaviour, rather than reasons. Rules are partly analogous to physical obstacles we might find when taking a walk. Those obstacles not so much provide us with a reason to walk around them as they effectively *cause* us to do it[43]. Rules work at their best when they transcend prescription and become mere descriptions of states of affairs, as Bankowski showed in his analysis of automated systems. We have rules 'so that things get more predictable'[44]. But there is something even more strikingly valuable in letting rules cause us to react in certain ways. Rule-following is also constitutive of morality: although it is *not the whole* of morality, Bankowski argues that it is *a condition* for its possibility. Differently from machines, however, we have an ability to *respond* to situations that is not simply an ability to *react*[45]. This ability to respond is what explains that we might recognise situations in which letting the rules rule our behaviour is not appropriate. As Bankowski puts it:

> humans have this facility ... of not only reacting but of correcting – and on this analogy we might think of that as jumping beyond, learning virtue and thus being able to be virtuous in other circumstances.[46]

But in order to learn this responsive skill, one must engage in the machine-like activity of rule-following[47]. That is the sense in which rule-following (*i.e.* being causally affected by rules) is constitutive of morality. Now, is any of this inconsistent with my view on pre-emptive reasons? That will depend on the scope of Bankowski's claim.

If what Bankowski means is that there are situations in which one should not think at all, and situations in which thinking is required, in which case the 'it' in the phrase 'think

---

[43] Z. Bankowski Living Lawfully, outprint, 128. The outprint in my possession is the camera-ready copy of Bankowski's new book to be published by Kluwer Academic Publishers. For that reason, the page references also apply to his forthcoming book.
[44] Z. Bankowski, Living Lawfully, cit., 127.
[45] idem, 131-2.
[46] idem, 132.
[47] ibidem.

about it' would mean the same as 'what is the right thing to do', me and Bankowski do not disagree. Indeed I believe that there is an argument to ground the thesis that reasoning is not always the morally best decision-making process, and that means that, in some situations, one should not 'think about it'. Elsewhere[48], I tried to offer grounds to the claim that a morally good person might be required to let certain facts *cause* her to perform certain actions, and that would, as far as I can see, help to prove Bankowski's point. I haven't dealt with the problem of whether or not rules can be conceived as causes, but I see no reason to disagree with Bankowski's conclusions on this respect. Indeed, I believe that conceiving rules as causes is one of Bankowski's most important insights, an insight that actually goes against the majority views on the nature of rules, that tend to conceive them as *reasons* to decide to perform an action.

Bankowski believes that the way of life of the law-abiding man requires that he sometimes does not think matters substantively and one of the advantages of doing that is that the law-abiding man's obedience ends up producing the ability of creatively breaking the law (which is part of what being law-abiding is about). However, even on this interpretation of what Bankowski means by 'thinking about it' there may still be some room for disagreement, for I believe that *public agents* should only act on reasons (were the empirical conditions for reasoning, such as enough time and resources, to obtain), while Bankowski, on the other hand, makes no qualifications and seems at times to think that the recommendation of not thinking about it crossed the boundaries between public and private agency. If this is so, we do indeed disagree at least partially.

There is, however, a second interpretation of the phrase 'don't think about it'. In this second interpretation, the 'it' in the phrase refers to a formal rule that is applicable to the case at hand and the advice not to think about it means that one should not think about the reasons behind the formal reason. In that interpretation, it is not *reasoning* that is not recommended, but *substantive reasoning*. This seems indeed to be the interpretation favoured by Bankowski when he writes that 'We treat the [formal] reason as conclusive because it is there, we do not need to inquire behind it and 'think about it'[49]. I wish to express no view on whether or not this sort of exclusion can be morally justified for private

[48] The grounds for this belief is presented in the first chapter of my Ph D thesis (see note 37).
[49] Z. Bankowski, Don't think about it: legalism and legality, cit., 53.

decision-making, but elsewhere I argued that public agents must always think about it[50]. What my argument against Raz and Soper tried to prove is simply that they offer no good reason for public agents not to *reason substantively all the time*. But if those arguments fail, how can we conceive of formal reasons? That is the question I consider in the next section.

Formal Reasons

Raz is not the only legal theorist to identify the formality of a legal reason for action with its capacity to exclude other reasons. More importantly, his argument grounded on the normal justification thesis is not the only argument put forward to justify that conception of law's formality. Indeed, there are arguments which seem to render the exclusionary conception of the formality of law plausible, without making use of the idea of secondary reasons. I shall now move on to investigate whether or not, and in which sense, those arguments are able to justify the exclusion of reasons from decision-making processes. In what follows, I shall use Atiyah's *Form and Substance in Legal Reasoning* as a paradigmatic presentation of this sort of argument. However, before I deal with the arguments themselves, let me first ask what exactly is the claim that those arguments are supposed to ground.

The claim, as Atiyah puts it, is that, whenever formal reasons are in play, '[t]here is no question of weighing one set of factors against another'[51] for '[t]he formal reason ... simply excludes from consideration any countervailing reason'[52]. If the formal reason is good, 'all other argument is irrelevant'[53]. Again, what seems to be at stake is an exclusion by kind of some sorts of reasons by the formal reason. But the claim is often qualified. This exclusion only happens, 'within certain limits'[54]. As Atiyah puts it:

> If a statute seems ambiguous, or unclear, or if it produces results which seem grossly anomalous or utterly absurd or perhaps even seriously unjust, then courts may avoid applying the statute.[55]

Indeed, one of the differences between using formal reasons and being a formalist, according to Atiyah, is openness to the possibility of introducing exceptions to the application of rules. Those qualifications show a certain uneasiness with the conception of legal formality that equates it with the exclusion of certain sorts of reasons from judicial decision-making, an uneasiness that is paradigmatically shown in a passage of Frederick Schauer's *Playing by the Rules* in which he proposes that exclusionary reasons could be conceived as telling an agent to look just quickly, if possible, at the excluded first-order reason to see if this is one of the cases in which the exclusion of that factor should be disregarded, ...[56]

---

[50] Again that problem was subject to scrutiny in my Ph D thesis, mentioned above, note 37.
[51] P. S. Atiyah, Form and substance in contract law, cit., 20.
[52] idem, 21.
[53] ibidem.
[54] idem, 22.
[55] ibidem. Similarly for precedents at 23.
[56] F. Schauer, Playing by the Rules, cit., 91.

Now, as Emilios Christodoulidis has already pointed out, it is not at all clear how the thesis that formal reasons always exclude other reasons for action could be made compatible with the qualification that sometimes some sorts of reasons (*e.g.* gross injustice) can defeat the formal reason[57]. This leads to an ambiguity in the conception of formal reasons that is clearly expressed in Atiyah's (apparent) paradox that an exclusionary reason 'operates rather like a presumption which is sometimes irrebuttable, but sometimes rebuttable'[58]. The question that must be asked is which sorts of reasons can be put forward in order for the judge (or anyone subject to the law, for that matter) to consider the formal reason in a particular case to be irrebuttable.

Atiyah presents some reasons that he believes would justify the exclusionary conception of legal reasons. One of those reasons concerns the low cost-effectiveness of comprehensive reasoning[59]. This argument by no means exhausts the list of arguments that aim at justifying the exclusion of some reasons from the process of decision-making and, to be sure, Atiyah himself offers other such arguments[60]. However, the argument of cost-effectiveness is a *paradigm* of the sort of argument for exclusion that does not rely on second-order reasons and that makes it suitable to be used as a means to show why arguments of its kind cannot justify the exclusion of reasons from decision-making processes.

According to the argument of cost-effectiveness, a full investigation on all the relevant reasons for action in any particular case would be way too costly. That cost makes it prohibitive that the public agent effectively uses all reasons that might be in principle applicable to the case. The problem of cost becomes even more serious given the obligation that public agents have of being impartial regarding those who are subject to their authority, for if a judge is to grant a costly investigation to one subject, he would have to do the same to all other subjects in the same situation. However, we must here differentiate between, on the one hand, reasons which are applicable to the case but which are defeated by other reasons also applicable to the case and, on the other hand, the reasons that are simply not applicable to the case. Before I consider whether or not the argument of cost-effectiveness has any bearing on situations in which applicable reasons are weighed against one another, let me deal with the problem of the applicability of a reason. A reason might be proved not to apply to the case when the facts do not allow it. The fact that murder was committed is a good reason to sentence the accused to life in prison *only if* the accused was the one who committed the murder and whether or not this is the case is a matter of investigating *facts*. Factual investigation might be indeed very costly and the argument of cost-effectiveness seems to justify that certain factual investigations not be performed comprehensively.

---

[57] E. Christodoulidis The irrationality of merciful legal judgement: exclusionary reasoning and the question of the particular, Law and Philosophy, 18 (1999), at 231.

[58] P. S. Atiyah, Form and substance in contract law,cit., 37.

[59] idem, 24ff.

[60] For an overview of the arguments for the formality of law, see N. MacCormick, The ethics of legalism, Ratio Iuris, 2, 184-193.

But can the argument for cost-effectiveness justify that formal reasons exclude other reasons that are *available* to the agent? The argument would only work in those situations if a further argument is provided that proves that weighing already available substantive reasons against each other is significantly more costly than weighing formal reasons against each other.

More interestingly for my purposes here, there is no systematic priority between the need to be cost-effective and moral reasons. Cost-effectiveness in judicial decisions might be granted some moral value if it is backed by good moral reasons for society to have a legal system at all, such as the value of co-ordination of behaviour or more generally the value of security in human affairs. But those reasons are reasons to be weighed against other moral reasons. This is the sense in which the argument of cost-effectiveness is paradigmatic of the sorts of arguments offered by Atiyah and others for the formal nature of legal rules. Differently from Raz's normal justification thesis, those arguments are ultimately grounded in first-order moral reasons and, for that reason, they cannot claim systematic priority; and because they cannot claim systematic priority, they cannot justify the systematic exclusion of other moral values, which might themselves defeat them. The 'formality' of law is a result of a number of *good reasons not to reason comprehensively*, but those reasons are themselves *first-order moral reasons* and their nature makes it conceivable that they be sometimes defeated by other moral reasons.

That reading of the formality of law explains why formal reasons operate 'within constraints', that is to say, it explains why there are cases whose solution according to formal reasons is so 'grossly anomalous or utterly absurd or perhaps even seriously unjust' that substantive reasons break through the formality of law in order to influence the decision. In other words, it helps to explain the sense in the apparent paradox that formal reasons are 'sometimes irrebuttable, but sometimes rebuttable'.

Now, is there a reason why one should stick to the exclusionary conception of formal reasons instead of adopting a conception of formal reasons as reasons that are grounded on very important first-order reasons such as, promoting social stability, preventing public agents to decide arbitrarily, or improving co-ordination between the members of society? Christodoulidis presented some reasons why law's formality can only be conceived in an exclusionary fashion. He claims that law is an evolutionary achievement that diminishes social complexity and that accepting that first-order reasons leak into the second-order level of justification would 'undo law as an institutional achievement'[61]. But why would this undoing be problematic? The problem seems to be the fact that without an exclusionary conception of formality, social complexity would once again increase. There is no denying

[61] E. Christodoulidis, The irrationality of merciful legal judgement,cit., 235.

that social complexity will indeed increase. However, there is no reason to believe that a certain level of social disintegration would not be a price worth paying for more goodness in public decision-making. To be sure, if the social disintegration caused by changing our concept of legal formality would be so great as to make social interaction impossible (under conditions of double contingency) that would be a very good reason indeed to stick to our evolutionary achievement of conceiving formality in an exclusionary way. But I see no reason why the very important first-order reasons mentioned above as good grounds for deciding according to the law wouldn't be able to guarantee a very high level of social integration. This would leave the space open to other first-order reasons to enter judicial decision-making, as well as the decision-making of law-abiding citizens in general, for the strong first-order reasons they have to stick to the law are, as is any first-order reason, defeasible.

In this conception of formality, formal and substantive reasons are entangled, the formality of formal reasons being guaranteed by strong substantive reasons. That conception of formality is, therefore, highly sensitive to substantive arguments, and that is, perhaps, the next evolutionary achievement of social systems. Indeed, various instances of changes in legal practice bear witness to the increased importance of substantive argument in judicial decision-making. The most striking example is perhaps the growth of the concept of good faith in German case law, notably in the first quarter of the 20th century[62]. The judicial use of the concept has defied all attempts to circumscribe 'good faith' to a strict definition or to reduce it to a *numerus clausus* list of rules. Good faith seems to be simply a door through which weighty substantive considerations came to be used as grounds for the decision of German courts. Contemporary substantive considerations are as much included in 'good faith' as substantive considerations inspired in roman and romanistic law[63]. It has recently been defined as a requirement of fairness in private affairs and, in this conception, good faith is clearly a window within the legal system for considerations of substance in judicial decision-making.

Having pointed out the differences between Christodoulidis's approach to formality and mine, let me just briefly show where they coincide. Both Christodoulidis and I share a preoccupation with the colonization of the ethical by the legal, of the substantive by the formal. His way out of this colonization is his understanding of the concept of mercy as a

[62] On the evolution of the concept of good faith, see J. Martins-Costa A Boa-fé no Direito Privado:sistema e tópica no processo obrigacional (São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999).

[63] As, e.g., the clause forbidding the venire contra factum proprium. For other sorts of substantive considerations that made their way into German legal decisions through the concept of good faith, see F. Wieacker El Principio General de la Buena fe (Madrid: Civitas, 1976; J L de los Mozos, trans).

doorway into a more complex world where reflexivity (roughly what I call plenary reasoning) has its space. Mine is to redefine formality so that reflexivity becomes inherent to formal (and amongst them legal) reasons, in a way that actually resembles the old positivist call not to act on legal norms without having good moral reasons backing your action.

Conclusion

I expect to have proven in this paper that the sort of strategy proposed by Raz (and partially adopted by Soper) in order to insulate authoritative from substantive reasons does not succeed. That means that neither Raz's justification for pre-emption nor Soper's offer a good reason for public agents not to reason substantively all the time.

It would seem that destroying such strategies renders formal reasons useless in practical decision-making that aims at being morally correct. I believe that is correct. Yet, what would follow from that? Only that a new conception of formal reasons needs to be built in which formal reasons are not in opposition to substantive reasons, but are somehow derived from actual substantive reasons.

Das neue brasilianische Zivilgesetzbuch von 2002: Bemerkungen zum neuen Unternehmensrecht (*Direito de Empresa*) und der Quellendialog mit dem Verbraucherschutzgesetzbuch von 1990

Claudia Lima Marques, Porto Alegre[1]

Einführung

Das brasilianischen Zivilgesetzbuch vonm 1916[2] wurde aim 10. Januar 2002 durch ein neues Zivilgesetzbuch (Lei 10.406/2002) ersetzt. Das neue brasilianische Zivilgesetzbuch ist am 12. Januar 2003 in Kraft getreten und –nach dem italianischemn Vorbild – vereinheitlicht

---

[1] Dr. iur. (Heidelberg), LL.M. (Tübingen), Professora Titular de Direito Internacional Privado an der Bundesuniversität Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasilien. Aktualiserte Version der Vortrag gehalten in der Deutsch-Lusitanische Juristenvereinigung am 23. November 2002, in Erlangen.
Die Autorin dankt Prof. Dr. Johannes Doll (UFRGS) und Christian Schindler (Heidelberg) für sprachliche Korrekturen und Materialien.
Arbeit in Ehre von Prof. Dr. Antônio Marques dos Santos (Univ. de Lisboa): Na língua que tanto amou, deixo minha homenagem especial póstuma, de reconhecimento e agradecimento, a este grande jurista lusitano, que tive a honra de encontrar pela última vez neste Congresso. De inteligência e humanismo privilegiados, o Prof. Dr. Antônio Marques dos Santos demonstrou sempre especial carinho pelo Brasil e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Nestes tempos de superficionalidade e egoísmo, seu espírito público, profundo senso acadêmico e social foi como um dádiva, que temos certeza, muitos frutos dará, unindo Brasil e Portugal!

[2] Siehe über das alte ZGB (Código Civil) von 1916, LIMA MARQUES, Claudia, Das BGB und das brasilianische Zivilgesetzbuch von 1916, no livro Auf dem Wege zu einem gemeineuropäischen Privatrecht - 100 Jahre BGB und die lusophonen Länder, Erik Jayme/Heinz Peter Mansel (Coord.), Nomos, Baden-Baden, 1997, pg. 73-97. Auch PONTES DE MIRANDA, Francisco, Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, Rio de Janeiro, 1981, S. 93, COUTO E SILVA, Clóvis V. de, O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro, in Revista de Informação Legislativa (Brasília), N. 97 (I-1988), S. 163 und ZWEIGERT/KÖTZ,Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., T.I, Tübingen, 1996, S. 114 (§ 8 VI).

es die Regelung zum Schuldrecht (Parte Especial- Livro I- Do Direito das Obrigações).[3] Das Handelsrecht wurde tiefgreifend verändert : der erste Teil des Handelsgesetzbuches von 1850 wurde (Art. 2.045 des ZBGB/2002)[4] durch ein neues Buch über das Unternehmensrecht (Parte Especial- Livro II- Direito de Empresa) ersetzt.[5] Nach Miguel Reale, dem Koordinator der Entwurfskommission des neuen brasilianische ZGB, handelt es sich bei diesem neuen Gesetz um eine „Verfassung des einfachen Mannes".[6]

Der Weg zur Verabschiedung nahm mehr als 30 Jahre in Anspruch, die Entwurfskommission begann ihre Arbeit am 23. Mai 1969[7] und bestand aus folgenden Mitgliedern: José Carlos Moreira Alves (Parte Geral – Allgemeiner Teil); Agostinho Alvim (Direito das Obrigações - Schuldrecht), Silvio Marcondes (Direito da Empresa - Unternehmensrecht), Erbert Chamoun (Direito das Coisas - Sachenrecht), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família - Familienrecht), Torquato Castro (Direito das Sucessões - Erbrecht).[8] Vier Entwürfe wurden veröffentlicht (1972, 1973, 1974 und der Endgültige 1975, unter der Nummer 634-D/1975).[9] Der letzte Entwurf entstand 1975 und wurde, insbesondere im Familienrecht, tiefgreifend verändert.[10] Ein *'aggiornamento'* des ZGB/2002 war notwendig, insbesondere um das neue Gesetz an die brasilianische Verfassung von 1988 anzupassen.[11] In den beiden Kammern des brasilianischen Parlaments erfuhr der Entwurf eine Reihe von Änderungen, Kritiken und Aktualisierungen, insgesamt es waren es mehr als 1333 Änderungen.[12]

---

[3] Diário Oficial de 11 de janeiro de 2002, edição extra. Das vacatio legis ist nach Art. 2.044 von einen Jahre, mit Ende am 12.Januar 2003, nach NERY, Nelson und NERY, Rosa, Novo Código Civil e legislação extravagante anotados, 2.ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, S. 853.

[4] Der Text ist: "Art. 2.045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850."

[5] Siehe CARVALHOSA, Modesto, Comentários ao Código Civil, Parte Especail- Do Direito da empresa (Art. 1.052 a 1.195), São Paulo, Saraiva, 2003, S. 1 ff.

[6] REALE, Miguel, Visão Geral do novo Código Civil, Revista de Direito Privado, vol. 9 (jan./mar. 2002), S. 9.

[7] Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil (1975), Mensagem 160, in NERY/NERY, S. 117.

[8] Über die Juristen der Entwurfskommission, siehe LOTUFFO, Renan, Da oportunidade da codificação civil e a Constituição, in SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), O novo Código Civil e a Constituição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed.,2003, S. 11ff.

[9] REALE, Visão Geral do novo Código Civil, S. 11.

[10] COELHO BORDALLO, Galdino Augusto, O Novo Código Civil- Do Direito de Família, Heloisa Maria Daltro Leite (Hrsg.) , Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2002, S. 244.

[11] FIÚZA, Ricardo, Introdução, in Novo Código Civil Comentado, Hrsg. Ricardo Fiúza, Ed. Saraiva, São Paulo, 2003, S. XXVI und über Familienrecht, S. XXX.

[12] Es waren 1000 in der ‚Câmara Federal 'und 333 in der, Senado Federal ', so SOARES HENTZ, Luiz Antônio, Direito de empresa no Código Civil de 2002, São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2002, S. 1. Über Familienrecht, siehe REALE, Visão Geral do novo Código Civil, S. 11.

Der schliesslich verabschiedete Text des BZGB von 2002 wurde von den progressiven brasilianischen Juristen mit heftiger Kritik empfangen[13], da es sich um eine überholte und totalitäre „Frucht" der Militärdiktatur handle. Es lässt sich allerdings nicht leugnen, dass der Entwurf mit seinem interventionistischen und nationalistischen Vorrang der Kollektivität vor dem Indidviduum aus der Zeit der Militärdiktatur (1964 – 1985) stammt[14], welcher schliesslich von gemässigt linken Regierungen verabschiedet wurde.[15]

Tatsächlich finden sich im neuen Gesetz, angesichts der aktuellen brasilianischen Gesellschaft, einige Paradoxe. Mitten im 21. Jahrhundert und in Zeiten eines starken Neuliberalismus auf den amerikanischen Kontinenten bringt das ZGB ein *Revival* der Staatskontrolle im Vertrags- und Eigentumsrecht mit einer Fülle von Generalklauseln, nach deutschem Vorbild[16], welche vom Richter konkretisiert werden müssen. Beispiele imn ZGB von 2002 dazu sind: *boa-fé e probidade*' (Treu und Glauben) in Art. 422,[17] *função social do contrato*' (Sozialfunktion des Vertrags) in Art. 421,[18] *abuso de direito* (Rechtsmissbrauch) in Art. 187,[19] *combate à onerosidade excessiva* (Vertragsungerechtigkeit)

---

[13] So AZEVEDO, Antonio Junqueira de, O Direito pós-moderno e a codificação, in Revista Direito do Consumidor, vol. 33 (2000), S. 124 ff. Auch FACHIN, Luiz Edson, Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo, in Diálogos sobre Direito Civil-Construindo a Racionalidade Contemporânea, Org.. Carmen Lucia Ramos, Gustavo Tepedino et alii , Renovar, Rio de Janeiro, 2002, S. 43. Auch TEPEDINO, Gustavo (Coord.), Direito Civil-Constitucional, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, S. 11 ff. Dazu auch von TEPEDINO, Gustavo, O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira, in Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, 2001, vol. 7, Editorial.

[14] MARTINS-COSTA, Judith und BRANCO, Gerson Luiz Carlos, Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro, São Paulo, Ed. Saraiva, 2002, S. 7: "A desilusão com os ideais das duas revoluções [1930 e 1932] das quais participou levou REALE a aderir ao integralismo, em fevereiro de 1933, no qual queria fossem colocados seus imperativos de nacionalidade e de um socialismo liberal. Teve atuação forte e direta no integralismo, o que lhe rendeu diversos problemas na vida política e acadêmica. Reale diz em suas memórias que não sabia das conseqüências trágicas que teriam as concepções integralistas. A prisão em razão do integralismo, os rumos do fascismo qu
e se aproximou do nazismo...afastaram Reale do integralismo."

[15] Verabschiedung während der Zeit der President Fernando Henrique Cardoso (PSDB) und Ende der vacatio legis und in Kraft tretten während der Zeit der President Luiz Inácio Lula da Silva (PT). Siehe kritiken verschediene Juristen gegen die 'exigüidade da vacatio legis', in AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.), Jornada de Direito Civil, Brasília, Ed. Centro de Estudos Judiciários, 2003, S. 77.

[16] DELGADO, José, O Código Civil e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados, in Aspectos controvertidos do novo Código Civil- Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, Ed. Alvim, Arruda et allii, São Paulo: RT, 2003, S. 395.

[17] Der Text ist: " Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

[18] Der Text ist: "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

[19] Der Text ist: : "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

in Art. 478,[20] *responsabilidade pelo risco criado* (objektive Gefährdungshaftung) in Art. 927[21] und *função social da propriedade* (Sozialfunktion des Eigentums) in Art. 1.228,[22] sowie eine strenge ‚*ordre public*' Regelung[23], welche eine zwingende Rechtsanwendung auf die aktuellen Leistungen bereits geschlossener Verträge bedeutet. (Art. 2.035 e seu parágrafo único).[24]

In postmodernen Zeiten der Fragmentierung und der Dekodifikation[25] vereint das neue ZGB Schuldrecht und Handelsrecht und schafft ein brasilianisches Vertragsrecht, welches viele der hauptsächlichen Handelsverträge stark eingrenzend rekodifiziert (z.B. Transportverträge, Kommission, Handelsvertreter, Vertrieb). Bemerkenswert ist, dass im Fall von Transportverträgen nach Art. 732 das brasilianische ZGB Vorrang selbst vor internationalen Konventionen erhält.[26] Dabei wendet es zivilrechtliche Theorien aus den 50er bis 70er Jahre an[27], regelt im Allgemeinen Teil detailliert den Personenschutz, führt die Theorie des Rechtsgeschäfts ein, jedoch ohne den Verbraucher auch nur zu erwähnen. [28] Dabei bleibt das Verbraucherschutzgesetzbuch von 1990 (Lei 8.078/90) in Kraft und regelt weiterhin als *lex specialis* das gemischte Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher.

---

[20] Der Text ist: "Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."

[21] Der Text ist: "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

[22] Der Text ist: "Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1° O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas."

[23] WALD, Arnold, A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil, in Aspectos controvertidos do novo Código Civil, S. 69.

[24] Der Text ist: "Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

[25] JAYME, Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne in: Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye, 1995,II, Kluwer, Haia, S. 36 ff.

[26] Der Text ist : "Art. 732 Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais".

[27] Kritisch AZEVEDO, Antônio Junqueira de, O princípio da boa-fé nos contratos, Revista CEF, Brasília, n. 9,set./dez. 1999, S. 42: "ficamos com um Projeto de Código Civil feito antes de os atuais estudantes de Direito terem nascido!"

[28] PASQUALOTTO, Adalberto, O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil", Revista Direito do Consumidor, n° 43 (jul-dez..2002), S. 106-108. Aussnahme ist der Art. 1.467:". I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;"

In Zeiten der globalisierten Weltwirtschaft und der Öffnung des brasilianischen Marktes belässt das ZGB das überholte Einführungsgesetz von 1942 (Decreto-Lei 4.657/42)[29] mit seinen nationalistischen Anknüpfungspunkten.[30] Hingegen bringt das ZGB ein neues Buch zum Unternehmensrecht (Direito de Empresa), welches den Unternehmer definiert (Art. 966 ff.) und alle Zivil- und Handelsgesellschaften neu regelt (Art. 981 ff.), jedoch ausländische Gesellschaften gegenüber den von ihm definierten nationalen Gesellschaften (Art. 1.12 ff.) stark benachteiligt (Art. 1.134 bis 1.141).[31] Dazu führt es im Schuldrecht eine ausführliche Regelung des frühere in einem Besonderen Gesetz und internationalen Übereinkommen geregelten Wertpapier („títulos de crédito", Art. 887ff.).[32]

Die Konsequenzen der Einführung des neuen ZGB – für die einen interventionistisch und totalitär[33], für die anderen offen genug um die Rechtsfortbildung zu garantieren[34] - bleibt in einer bereits zersplitterten und narrativen Rechtsordnung[35] wie der brasilianischen weiterhin offen. Seit 1988 spielt die humanistische, offene und plurale Verfassung die zentrale Rolle auch im Privatrecht. Ob das neue ZGB in dieser Rechtslandschaft einen Rückschritt oder Fortschritt darstellt, wird nur die Zukunft zeigen.

Daher kann die vorliegende Arbeit nur einige der vorhandenen Paradoxe an Hand ausgewählter Normen des neuen ZGB herausstellen. So erlaube ich mir, nur zwei Themen zu behandeln. Im ersten Teil werden in einem Überschau die Leitlinien und der Anwendungsbereich des ZGB dargestellt, wobei das Hauptinteresse auf der Beibehaltung des Quellenpluralismus im Privatrecht trotz der Vereinheitlichung des Zivil- und Handelsschuldverhältnisses liegt. Im zweiten Teil wird das Verhältnis zwischen dem Verbrauchergesetzbuches und dem neuen ZGB analysiert. Dazu werde ich die Theorie von Erik Jayme über den Quellendialog zwischen *lex specialis* und *lex generalis* verwenden.

---

[29] BIERWAGEN, Mónica Y., Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2002, S. 21.

[30] Siehe ARAÚJO, Nádia, Direito Internacional Privado- Teoria e Prática Brasileira. Rio de Janiero: Renovar, 2003.

[31] SOARES HENTZ, S. 2 e Campinho, Sérgio, O Direito de empresa à luz do novo Código Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, S. 272ff.

[32] Kritische DE LUCCA, Newton, Comentários ao Código Civil, vol. XII – Art. 854 a 926, Rio de Janeiro: Forense, S. 117ff.

[33] So AZEVEDO, O princípio da boa-fé nos contratos, S. 40 ff.

[34] Vgl. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, Projeto de Código Civil – As obrigações e os contratos, in Revista dos Tribunais 775 (maio 2000), S. 19: "adotou uma posição evolucionista...tratando de inovar com prudência" .

[35] Siehe JAYME, Erik, Narrative Normen im internationalen Privat – und Verfahrensrecht, Tübingen: Nomos, 1993.

I. Leitlinien des brasilianischen ZGB von 2002 angesichts der Vereinheitlichung des Zivil- und Handelsschuldverhältnisses im brasilianischen ZGB von 2002: Beibehaltung der *Distintio* nach demr Rechtsstsubjekts und Quellenpluralismus

Das brasilianische ZGB von 2002 mit seinen 2.046 Artikeln vereinheitlicht die Behandlung des Zivil- und Handelsschulverhältnisses und ersetzt das alte brasilianische Zivilgesetzbuch von 1916 (mit seinen 1.807 Artikeln) und den ersten Teil des Handelsgesetzbuches von 1850, womit 456 Artikel ausser Kraft gesetzt werden. Das neue ZGB von 2002 kennt nicht mehr die Figur desr Kaufmanns,[36] sondern denr Unternehmer. [37] Dagegen kennt es nicht die Figur desr Verbrauchers und überlässt die Regelung desdas Verbraucherschutzes für die Regelung derm Verbraucherschutzgesetzbuch von 1990.[38] Das neue ZGB bringt eine ausführliche Regelung über die vertraglichen und ausservertraäglichen, zivil- und handelsrechtlichen Schuldverhältnisse. [39] Das brasilianische ZGB von 2002 unterscheidet auch zwischen nationalen und ausländischen Gesselchaften. Fraglich ist wie diese neue *Distintio* nach demr Rechstssubjekt sich mit der Vereinheitlichung des Zivil- und Handelsschuldverhältnisses anpassen sollin Einklang bringen lässt.

A) Leitlinien und Anwendungsbereich des ZGB von 2002: ein zentraler Kodex

Das neue ZGB behält die traditionelle Einteilung in Allgemeinen und Besonderen Teil in Brasilien bei. [40] Im Besonderen Teil wird jedoch die Reihenfolge

---

[36] CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier, Tratado de Direito Commercial Brasileiro, vol. II, Livro I, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1937, S. 15: "O Codigo Comercial, na coordenação de suas normas, destinou o primeiro lugar à pessoa do comerciante."

[37] SZTJAN, Rachel, Teoria Jurídica da empresa, São Paulo, Atlas, 2003/2004, S. 109.

[38] So auch LENZI, Carlos Alberto S., O novo código Civil e aspectos do Direito do consumidor, Aspectos controvertidos do novo Código Civil, S. 102: "O novo código não suprime ou derroga qualquer dos princípios do Estatuto do Consumidor, sendo este um microsistema de legislação extravagante e especial. E, na possibilidade de algum conflito de regras específicas entre o Código Civil e o do Consumidor, sempre deverá prevalecer as deste último."

[39] Dazu skeptisch LIPPERT, Márcia, A empresa como elemento de unificação no Direito Privado Brasileiro, São Paulo, RT, 2003, S. 25: "Se, nos outros ramos do direito privado brasileiro, persiste a busca da distinção entre civil e comercial, no direito das obrigações a discussão está superada. A unificação do direito obrigacional é realidade aceita tanto pelos doutrinadores quanto pelos legisladores. Porém, é tratada como se não fosse um indicativo da própria unificação do Direito Privado como um todo."

[40] Mensagem 160 – Exposição de Motivos, in NERY/NERY, S. 119.

der Bücher abgeändert und nach deutschem Vorbild stehen Familien- und Erbrecht am Ende, [41] aber nach italienischem Vorbild wird ein neues Buch über das Unternehmensrecht eingeführt. [42]

Es findet sich folgende Einteilung: Allgemeiner Teil (Parte Geral, Art. 1 a 232);[43] Besonderer Teil, Buch I – Schuldrecht (Parte Especial Livro I- Direito das Obrigações, Art. 233 a 965),[44] Buch II – Unternehmensrecht (Livro II- Direito da Empresa, Art. 966 a 1.195),[45] Buch III – Sachenrecht (Livro III- Direito das Coisas, Art. 1.196 a 1.510),[46] Buch IV – Familienrecht (Livro IV -Direito de Família, Art. 1.511 a 1.783),[47] Buch V – Erbrecht (Livro V - Direito das Sucessões, Art. 1.784 a 2.027).[48] Das ZGB von 2002 führt noch ein zusätzliches Buch mit den Übergangsbestimmungen ein (Livro Complementar- Das Disposições Finais e Transitórias, Art. 2.028 a 2.046).

---

[41] Das alte Código Civil von 1916 wurde geteilt in: Parte Geral (Art. 1 a 179), Parte Especial (Art. 180 a 1.805), mit Buch I- Do Direito de Família, Buch II – Do Direito das Coisas, Buch III – Do Direito das Obrigações,Buch IV- Das Sucessões und Disposições Finais (Art. 1.806 e 1.807).

[42] So SZTJAN, S. 109: "O Código Civil brasileiro de 2002, seguindo a concepção do italiano de 1942, abandona a noção de comerciante para adotar a de empresário, mas, diversamente deste, ao invés de considerar a atividade do empresário como uma das possíveis manifestações da atividade econômica, razão pela qual no Codice Civile o empresário vem tratado no Livro V – Do Trabalho -, escolheu dedicar uma parte ao denominado Direito da Empresa."

[43] Die Allgemeine Teil wird geteilt in: Buch I- Das pessoas (Art. 1 a 78, Título I - Das pessoas naturais, Título II - Das pessoas jurídicas, Título- Do Domicílio), Buch II - Dos bens (art. 79- 103, Título único – Das diferentes classes de bens), Buch III – Dos fatos jurídicos (Art. 104 a 232, Título I – Do negócio jurídico, Título II – Dos atos jurídicos lícitos, Título III - Dos atos ilícitos, Título IV – Da prescrição e da decadência).

[44] Das Buch I – Do direito das obrigações, Parte Especial, wird geteilt in: Título I – Das modalidades das obrigações (Art. 233 a 285), Título II – Da transmissão das obrigações (Art. 286 a 303), Título III – Do adimplemento e extinção das obrigações (Art. 304 a 388), Título IV- Do inadimplemento das obrigações (Art. 389 a 420), Título V – Dos contratos em geral (art. 421 a 480), Título VI- Das várias espécies de contrato (Art. 481 a 853), Título VII – Dos atos unilaterais (art. 854 a 886), Título VIII – Dos Títulos de Crédito (Art. 887 a 926), Título IX – Da responsabilidade civil (Art. 927 a 954), Título X – Das preferências e privilégios creditórios (Art. 955 a 965).

[45] Das Buch II – Do Direito da Empresa, da Parte Especial, wird geteilt in: Título I – Do empresário (Art. 966-980), Título II – Da sociedade (Art. 981 a 1.141), Título III – Do estabelecimento (Art. 1.142 a 1.149), Título IV – Dos Institutos Complementares (art. 1.150 a 1.195).

[46] Das Buch III – Do direito das Coisas, da Parte Especial, wird geteilt in: Título I – Da posse (Art. 1.196 a 1.224), Título II –dos direitos reais (Art. 1.225 a 1.227), Título III – Da propriedade (Art. 1.228 a 1.368), Título IV – Da superfície (Art. 1.369 a 1.377), Título V- Das Servidões (art. 1.378 a 1.389), Título VI – Do usufruto (Art. 1.390 a 1.411), Título VII – Do uso (art. 1.412 a 1.413), Título VIII – Da Habitação (Art. 1.41 a 1.416), Título IX- Do direito do promitente comprador (Art. 1.417 e 1.418), Título X – Do Penhor, da Hipoteca e da Anticrese (Art. 1.419 a 1.510).

[47] Das Buch IV- Do Direito de família, da Parte Especial, wird geteilt in: Título I – Do direito Pessoal (Do casamento, das Relações de parentesco, Art. 1.511 a 1.638), Título II – Do direito patrimonial (Do regime de bens entre os cônjuges, do usufruto e da administração dos bens dos filhos menores, dos alimentos, do bem de família, da união estável, da tutela e da curatela, Art. 1.639 a 1.783).

[48] Das Buch V- Do Direito das Sucessões, Parte Especial, wird geteilt in: Título I- Da sucessão em Geral (Art. 1.784 a 1.828), Título II – Da sucessão legítima (art. 1.829 a 1.856), Título III – Da sucessão testamentária (art. 1.857 a 1.990), Título IV- Do inventário e da partilha (art. 1.991 a 2.027).

Vorsichtige Erneuerung im Sinn einer Evolution (und nicht einer Revolution) war die Option der Entwurfskommission.[49] Nach Miguel Reale liegen dem neuen ZGB drei ‚Prinzipien'[50] (oder Leitlinien) zu Grunde: „eticidade, socialidade e operabilidade".[51] Unter „eticidade" versteht er die ethischen Werte, welche die Praxis des brasilianischen Privatrechts bestimmen soll, dafür werden viele (und klare) Generalklauseln eingeführt, „*a fim de possibilitar a criação de modelos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais*".[52] Die Auslegung und Leistung nach Treu und Glauben (Art. 113 und 422), die weite Definition des Rechtsmissbrauchs (Art. 187) und die Revisionsmöglichkeit nach dem Wegfall der Geschäftsgrundlage (Art. 478) gibt dem Richter einen grösseren Handlungsspielraum auf der Suche nach einer gerechten Entscheidung.[53]

Unter „*socialidade*" versteht Miguel Reale die Überwindung des individualistischen Charakters des alten Zivilgesetzbuchs von 1916 und den Vorrang des Kollektivs. Im Mit seinen seine eigenen Woörten: "*o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da Lei vigente [CC/1916], feita para um país eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo. Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%...Daí o predomínio do social sobre o individual* ."[54] Dafür kennt dasie neue ZGB von 2002 die *função social do contrato*' (Sozialfunktion des Vertrags, Art. 421),[55] die Auslegung *contra proferenden* in Standardverträge *(interpretação a favor do aderente nos contratos de adesão*, Art. 423), die Sozialfunktion desr Besitzes, um die *usucapio* in denr ‚Favelas' zu ermöglichen (natureza social da posse a facilitar o usucapião para moradias, art. 1238, 1239, 1240 e 1242)[56] und die *função social da propriedade* (Sozialfunktion des Eigentums, Art. 1228).[57]

---

[49] REALE, Miguel O projeto de Código Civil, São Paulo, Saraiva, 1986, S. 25. [50] Nach REALE, Visão geral do novo Código Civil, S. 12 sind es Prinzipien:"os três princípios fundamentais".

[51] REALE, Visão Geral do novo Código Civil , S. 12.

[52] REALE, Visão Geral do novo Código Civil , S. 12.

[53] Gonçalves, Carlos Roberto, Principais Inovações no Código Civil de 2002, São Paulo, Saraiva, 2002, S. 5

[54] REALE, Visão Geral do novo Código Civil, S. 12.

[55] Vgl. THEODORO JÚNIOR., Humberto, O contrato e sua função social, São Paulo: Forense, 2003, S. 1ff. Auch SENS DOS SANTOS, Eduardo, O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato, in Revista Forense, vol. 364 (nov./dez.2002), S. 99 (83-102): "O direito de contratar deve ser exercido de acordo com o que determina a atual conjuntura da sociedade: visando à coletividade, aos interesses difusos, ao bem-estar e ao desenvolvimento." Kritisch THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim, A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro, in Revista Forense, vol. 364 (nov./dez.2002), S. 8f. und WALD, Arnold, A função social e ética do contrato como instrumento jurídico de parcerias e o novo Código Civil de 2002, in Revista Forense, vol. 364 (nov./dez.2002), S. 29.

[56] GONÇALVES, S. 5: "a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana."

[57] Beispiele von REALE, Visão Geral do novo Código Civil ,S. 13.

Unter „operabilidade" versteht Miguel Reale die Praktizität der Regelung,[58] das ZGB von 2002 soll es einfache und klare für die Rechstsanwendung, Susbsumption und Rechtsauslegung sein: "*Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.*"[59] Dafür benutzt das neue ZGB eine bestimmte Legislativethechnik, und bringt zusammenverbindet eine fühle Fülle von Legaldefinitionen und, einen grossen Allegemeinenr Teil mit klaren Regelungen über Personen, Sachen, Rechstsgeschäften, Verjäahrung und Fristen, ausserdem enthält es viele Generalklauseln und unbestimmte Begriffe,[60] die in schwierigen Fällen die Konkretion des Richter (*operador do direito*) *in concreto* ermöglichenverlangen.[61]

Nach Miguel Reale,[62] sind die anderen ‚Prinzipien' des neuen ZGB von 2002 Ergebenisse dieser drei Grundleitlinien seien. Derie Allgemeine Teil regelt denr Schutz der Personen (art. 11 a 21) , das Rechstsgeschäft (Art. 104 a 184), inklusive die Vertretung (Art. 115 ff. getrennt von der Auftrag inm Art. 653ff.),[63] derie Besondere Teil vereinheitliche die Behandlung von handels- und zivilrechtlichen Verträgen und Ausservertraägliche Rechtsverhältnisse. Das Unternehmensrrecht *(Direito de Empresa)* des ZGB von 2002 – anders als der *Codice Civile* von 1942 -regelt aber jedoch nicht das Arbeitsrecht und die Arbeitsverhältnisse. Nach Art. 2.043 bleiben alle Besonderen Gesetze, die nicht in denm ZGB inkorporiert werden, in Kraft. Sehen wir wie dieser Quellenpluralismus zu ausehen hat (não entendi), insbesondere was denie Verbraucherschutz angeht.

---

[58] REALE, Visão Geral do novo Código Civil, S. 14: "estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do direito."

[59] Mensagem 160 – Exposição de Motivos, in Nery/Nery, S. 119.

[60] Dazu CAMBLER, Everaldo Augusto, Comentários ao Código Civil Brasileiro- Direito das Obrigações, vol. III (Arts. 233 a 3003), Rio de Janeiro, Forense, 2003, S. 18: "utiliza as denominadas cláusulas gerais, ou seja, normas jurídicas incorporadas de princípios éticos, orientadoras das partes e do Juiz na solução do caso concreto, autorizando-o a que estabeleça, de acordo com aquele princípio, a conduta que deveria ter sido originalmente adotada."

[61] REALE, Visão Geral do novo Código Civil, S. 14.

[62] REALE, Visão Geral do novo Código Civil, S. 15.

[63] Hier ein Beispiel der deutsche Einflüss, insbesondere der Vertretung des § 164ff. und der Auftrag des § 662ff. e des BGB, siehe MOREIRA ALVES , José Carlos. A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro (Subsídios históricos para o novo Código Civil Brasileiro), 2.ed., São Paulo Saraiva, 2003, S. 109.

Nach Miguel Reale war eine der wichtigsten Leitlinien der Erarbeitung des neuen ZGB, die Vereinheitlichung des Schuldrechts unter Berücksichtigung einiger besonderer Gesetze: "*a) a compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o direito das obrigações sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada, nesse ponto, desde o Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965.*"[64]

Das neue ZGB will ein zentraler, jedoch nicht ausschliessender privatrechtlicher Codex sein. Seine Basis ist das Gleichheitsprinzip, während in einigen besonderen Gesetzen, wie z.B. dem Verbraucherschutzgesetzbuch, die Basis der Schutz des Schwächeren ist, was jedoch kein Gegensatz darstellen muss. Während das Gleichheitsprinzip darauf ausgelegt ist, Gleiche gleich zu behandeln, stellt der Schutz der Schwächeren die ungleiche Behandlung von nicht Gleichen heraus. [65] Beide Prinzipien suchen die Vertragsgerechtigkeit, jedoch auf unterschiedlichen Wegen.

B) Das neue Unternehmensrechtsbuch im ZGB und die Regelungen ausländischer Gesellschaften

Das Unternehmensrechtsbuch definiert „Unternehmer" (Art. 966), die „unternehmerische Gesellschaft" (Art. 982) und die Niederlassung (Estabelecimento, Art. 1.142), [66] jedoch definiert nicht, nach dem Vorbild des italienischen Códice Civile von 1942, das verbindende Element „Unternehmen".

Eine weitere grosse Neuigkeit stellt der Einschluss von Regelungen ausländischer Gesellschaften in den ZGB von 2002 dar. Es regelt alle Arten von Gesellschaften einschliesslich genehmigungsbedürftiger Gesellschaften (Art. 1.123 bis 1.141).[67] Hierbei unterscheidet das ZGB zwischen nationalen und ausländischen Unternehmen. Brasilianische Gesellschaften sind nach Art. 1.126 diejenigen, welche nach brasilianischem Recht gegründet wurden und ihren Hauptverwaltungssitz in

---

[64] Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil (16 de janeiro de 1975), Mensagem 160, in NERY/NERY, S. 115.

[65] LOBO, Paulo Luiz Netto, Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil, in Revista Direito do Consumidor, vol. 42 (abr./jun.2002), S. 195.

[66] Der Text ist: "Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária."

[67] Siehe SZTJAN, S. 111.

Brasilien haben. Die ausländische Gesellschaft wird nicht definiert, jedoch nach Art. 1.134 benötigt sie für jede Handlung in Brasilien eine Genehmigung.[68] Nach Art 1.137 wird nach der Genehmigung brasilianisches Recht auf ihre Handlungen anwendbar und sie unterwirft sich der brasilianischen Gerichtsbarkeit.[69] Weiterhin besteht die Möglichkeit der „Nationalisierung" ausländischer Gesellschaften, indem sie ihren Hauptverwaltungssitz nach Brasilien verlagern (Art. 1.137[70] und 1.141).[71]

Die diskriminierende Behandlung von ausländischen Unternehmen zeigt sich weiterhin in einer Reihe von Normen.[72] Beim Genehmigungsverfahren behält sich die Exekutive vor, zum Schutz von nationalen Interessen zu handeln (Art. 1.135).[73] Der Artikel 1.136 führt eine Registrierungspflicht jedes Filialstandorts ein.[74] Artikel 1.138 verlangt einen ständigen Handelsvertreter in Brasilien mit umfassenden Vollmachten. Nach Artikel 1.139 soll jede Statutenänderung des Unternehmens der brasilianischen Regierung vorgelegt werden.[75] Artikel 1.140 verlangt die verpflichtende Veröffentlichung sowohl nach dem Recht seines Herkunftsstaats als auch nach brasilianischem Recht.[76]

Vergleichbare diskriminatorische Regelungen galten bisher nur für Anonyme Gesellschaften (Art. 60 von Lei das Sociedades Anônimas, Dec.-Lei n. 2627/40 und Lei 6.404/76).[77] Das neue ZGB dehnt nun die Anwendung dieser Regelungen auf alle Arten von ausländischen Gesellschaften aus.[78] Dies interessiert insbesondere das Internationale Privatrecht. So bestehen nun Zweifel darüber, ob der Artikel 11 des

---

[68] Der Text ist: "Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira."

[69] Der Text ist: Art. 1.137: "A sociedade estrangeira autorizada a funcionar ficará sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações praticados no Brasil."

[70] Der Text ist: "Art. 1.137- (...) Parágrafo único - A sociedade estrangeira funcionará no território nacional com o nome que tiver em seu país de origem, podendo acrescentar as palavras "do Brasil" ou "para o Brasil".

[71] Dazu CAVRALHOSA, S. 567: "Assim como a maioria dos dispositivos do Capítulo XI do Código Civil de 2002, o Art. 1.141 tem origem em dispositivo muito similar do Decreto-lei 2.627/1940."

[72] Siehe CARVALHOSA, S. 587ff.

[73] So der Text: "Art. 1.135. É facultado ao Poder Executivo, para conceder a autorização, estabelecer condições convenientes à defesa dos interesses nacionais."

[74] Siehe CAMPINHO, S. 276.

[75] Siehe CARVALHOSA, S. 600: "A redação do art. 1.138 do Código civil de 2002 é quase idêntica à redação do revogado art. 67 do Decreto-lei n. 2.627/40, que regulava as sociedades anônimas estrangeiras antes do novo Código Civil de 2002, em virtude do art. 300 da Lei Societária (Lei n. 7.404/76)."

[76] Der Text ist: "Art. 1.140. A sociedade estrangeira deve, sob pena de lhe ser cassada a autorização, reproduzir no órgão oficial da União, e do Estado, se for o caso, as publicações que, segundo a sua lei nacional, seja obrigada a fazer relativamente ao balanço patrimonial e ao de resultado econômico, bem como aos atos de sua administração. Parágrafo único. Sob pena, também, de lhe ser cassada a autorização, a sociedade estrangeira deverá publicar o balanço patrimonial e o de resultado econômico das sucursais, filiais ou agências existentes no País."

[77] CAMPINHO, S. 272.

[78] CAMPINHO, S. 273.

Einführungsgesetzes von 1942,[79] welcher als Anknüfungspunkt nur die *Incorporation* verwendet,[80] weiterhin die einzige Norm des Internationalen Privatrechts (neben die CIDIPs von 1979 und 1984)[81] darstellt.[82]

In der Tat sieht Paragraph 1 des Art. 11 des nicht geänderten Einführungsgesetzes von 1942 die Anwendung des Rechts des Staates vor, in dem die ausländischen Gesellschaft gegründet wurde. Erst wenn die Gesellschaft eine Zweigstelle in Brasilien gründet, benötigt sie eine Genehmigung, und ab diesem Zeitpunkt wird brasilianisches Recht für sie anwendbar.[83] Während das Einführungsgesetz nur ein Kriterium benutzt, verwendet das neue brasilianische ZGB von 2002 eine Akkummulation von verschiedenen Kriterien, was für das Internationale Privatrecht kompliziert ist und damit diskriminierend wirkt. In Zeiten der Globalisierung und der Öffnung der Märkte überrascht das neue ZGB von 2002 mit seinen konservativen und nationalistischen Normen.[84] Besser wäre es gewesen, wenn der Gesetzgeber das Thema der ausländischen Gesellschaft nicht behandelt hätte, da das Einführungsgesetz von 1942 bereits „aktuellere" und praktischere Lösungen vorsah.

Zusammengesfasst, fraglich ist jetzt welche Norm die ‚Nacionalidade' der Juristischen Person in Brasilien entscheidet.[85] Nach der Aufhebung der At. 171 ders Verfassung von 1988 (*Emenda Constitucional* 6/1995),[86] die auch verschiedene

---

[79] Der Text ist: "Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem. § 1°. Não poderão, entretanto, ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira. § 2°. Os Governos estrangeiros, bem como as organizações de qualquer natureza, que eles tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas, não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou suscetíveis de desapropriação. § 3°. Os Governos estrangeiros podem adquirir a propriedade dos prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares."

[80] Über die englische Einfluss, siehe CARVALHOSA, p. 554

[81] Siehe über die zwei Conferência Intermaericana de Direito nternacional Privado-CIDIP, eine über die „existência e capacidade das pessoas jurídicas de direito privado em geral - CIDIP 1984" und andere über die „lei aplicável às sociedades mercantis -CIDIP 1979", CASELLA, Paulo Borba und ARAÚJO, Nádia (Coord.). Integração Jurídica Interamericana – As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro, LTr, São Paulo, 1998.

[82] Siehe dazu DOLINGER, Dolinger, Jacob, Direito Internacional Privado, 4ª. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1996, S. 494ff.

[83] So Art. 11 da LICC/1942: "§ 1°. Não poderão, entretanto, ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira."

[84] Siehe überraschte Zusammenfassung von Campinho, S. 274: "A sociedade estrangeira, independentemente de seu objeto social, para atuar no Brasil, necessita de autorização governamental".

[85] Siehe CARVALHOSA, S. 563: "Jacob Dolinger...entende ser bizarro para as pessoas jurídicas que no atual regime de direito internacional privado brasileiro o critério ... seja a nacionalidade."

[86] EC nr. 6, de 15 de agosto de 1995, Art. 3°.

kumulierende Kriterien (Incorporation, Sitz und Hauptverwaltung) [87] vorsah,[88] war der Vorrang desr Art. 11 des Einführungsgesetz gesicherte.[89] Fraglich ist auch ob die alte Lösung, die Art. 11 des Einführungsgesetzes von 1942 in IPR-Fälle vorranginge zu benutzen und desr Art. 60 desr alten Gesetzes erst für die Regelung der Genehmigung und materiellrechtlichen Diskriminierungen beizubehalten,[90] weiter zutreffende ist.

II. Quellenpluralismus im vereinheitlichten Schuldrecht nach dem Inkrafttreten des neuen brasilianischen Zivilgesetzbuches: Derie Quellendialog mit dem Verbraucherschutzgesetzbuch.

Nach Jayme charakterisiert sich die postmoderne Kultur[91] durch 4 Phänomene: Pluralismus, Kommunikation, Narrativität und, was Jayme als „le retour des sentiments" bezeichnet[92]. Das 'postmoderne IPR' hat als Leitmotiv die wesentliche Bedeutung der Menschenrechte[93]. Pluralismus im Recht bedeutet Quellenpluralismus[94]: Wahrnehmung neuer Rechtssubjekte im Schuldrecht (wie der Unternehmer, der Verbraucher, die jruristisachen Personen), Pluralität von rechtsphilosophischen Standpunkten (das Phänom des „*double coding*"[95] einer Norm

---

[87] Der Text war: "constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País".
[88] So CARVALHOSA, S. 566: "De fato a finalidade desse revogado dispositivo constitucional da Carta de 1988 foi dar às empresas brasileiras um tratamento privilegiado em relação às estrangeiras".
[89] DOLINGER, S. 498.
[90] Siehe DOLINGER, S. 494.
[91] JAYME, Recueil des Cours, 251 (1995), S. 36ff. So LYOTARD, Jean-François, Das postmoderne Wissen - Ein Bericht, Peter Engelmann (Hrsg.), [Aus dem Französischen von Otto Pfersmann], Viena: Passagen Verlag, 1994, S. 13: "Dieses Wort [postmodern] ist auf dem amerikanischen Kontinent, bei Soziologen und Kritikern gebräuchlich. Es bezeichnet den Zustand der Kultur nach den Transformationen, welche die Regeln der Spiele der Wissenschaft, der Literatur und der Künste seit dem Ende des 19 Jahrhunderts getroffen haben." So auch der portuguiesische Autor, Santos, Boaventura de Souza, Introdução a uma ciência pós-moderna, Graal, Rio de Janeiro, 1989, S. 11: "A época em que vivemos deve ser considerada uma época de transição entre o paradigma da ciência moderna e um novo paradigma, de cuja emergência se vão acumulando os sinais, e a que, à falta de melhor designação, chamo ciência pós-moderna."
[92] JAYME Recueil des Cours, 251 (1995), S. 36.
[93] JAYME, Recueil des Cours, 251 (1995), S. 37: „Le Leitmotiv qui rassemble notre culture juridique contemporaine est le rôle primordial des droits de l'homme...la personne humaine reste le centre du droit."
[94] Über die rechtlichen Probleme aufgrund des Quellenpluralismus, siehe FRIEDMAN, Lawrence, The Republic of Choice - Law, Authority and Culture, Cambridge/Massachusetts, Harvard University Press, 1994, S. 11.
[95] So lehrt JAYME, Kulturelle Identität, S. 62: "Zur postmodernen Kultur gehört aber als Zentralbegriff auch das 'double coding', d.h. die Verbindung verschiedener Aussagen und Zielrichtungen in einem Gegenstand. Dieser anschaulich Begriff aus der postmodernen Archichtektur läßt sich zum Verständnis und zur Beschreibung heutiger Rechtsregeln gut verwenden.".

oder eines Prinzips, d. h. die Verbindung verschiedener Zwecke und Zielrichtungen in einem Gegenstand),[96] Leben mit Antinomien[97] und der Methodenpluralismus.[98]

Als Erik Jayme 1995[99] seinen wegbereitenden Allgemeinen Haager Kurs vortrug, benutzte er den Ausdruck 'kulturelle Identität'[100] als das notwendige menschenrechtliche Gegengewicht zur wirtschaftlichen Integration oder zur 'irreversiblen' weltweiten Globalisierung und Rechtsannährung.[101] Die Leitlinie dazu soll die Beachtung der Menschenrechte und des *'droit à la différence'*[102] sein. Neue wirtschaftliche Agenten und Rechstsubjekte werden annerkaennt, so interessiert uns insbesondere der Verbraucher. Wenn jeder neue Agent eine neues Gesetz bekommt (Quellenpluralismus), kann der Jurist kann für die Koordenierung dieser Rechstsquellen beitragen, insoweit er die zusammen gemeinsame und effizienten Anwendung dieser pluralen Quellen vorschlägt.[103] Soll Dabei soll er nicht nur die Konflikte der Normen in der Zeit[104] vorsehen, aber sondern auch seine ihre gemeinsamme , systematische und koordenierte Anwendung vorschlagen: der sog. 'Dialog der Quellen' (*dialoge des sources*).[105]

---

[96] JAYME, IPRAx 1996 (4), S. 242.

[97] Siehe KAUFMANN, Arthur, Grundprobleme der Rechtsphilosophie - Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken, München 1994, S. 226-227 und JAYME, Recueil des Cours, 251 (1995), S. 247 ff.

[98] Dazu auch LIMA MARQUES, Cláudia, Procédure civile internationale et Mercosur: pour un dialogue des règles universelles et régionales, in Revue de Droit Uniforme, vol. VIII 2003-1/2, S. 465 ff.

[99] JAYME, Recueil des Cours, S. 33ff.

[100] Siehe auch Bemerkungen von JAYME, Erik, Die kulturelle Dimension des Rechts – Ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung, in RABELsZ 67 (2003), S. 222.

[101] JAYME, Erik, Kulturelle Identität und das Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, in: Ehe und Kindschaft im Wandel, Dieter Heinrich, Erik Jayme und Fritz Sturm (Ed.), Verlag für Standesamtswesen, Frankfurt, 1998, S. 21: „Indem das Recht solche kulturellen Unterschiede beachtet, kann es Frieden stiften." Dazu auch SANCHEZ LORENZO, Postmodernismo y Derecho Internacional Privado, in Rev. Esp. de Der. Int., 1994, S. 577: „Su finalidad es alcanzar un principio de coordinación y respecto no sólo de sistemas nacionales, sino de culturas em sentido amplio (diversidad de etnias, economias, religiones...), abandonando a idea de elegir un solo criterio descartando los demás (localización), y superando estos esquemas hacia fórmulas comprensivas."

[102] JAYME, Recueil des Cours, 251 (1995), S. 251.

[103] JAYME Recueil des Cours, 251 (1995), S. 60 e S. 251 ff.

[104] Dazu FRANÇA, R. Limogi, Direito Intertemporal Brasileiro, 2. Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, S. 9 ff.

[105] JAYME, Recueil des Cours, 251 (1995), S. 259: "Dès lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droit de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles 'parlent' l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écout ant ce qu'elles disent." So lehrte auch JAYME, IPRAx 1996 (4), S. 242: "Zeichen der Postmoderne ist aber auch der Wille zur Kommunikation. Im Recht bedeutet dies die Zusammenarbeit über die Grenzen hinweg. Die jüngsten Haager Konventionen zum internationalen Kindschaftsrecht fordern die direkte Zusammenarbeit von Richtern und Behörden verschiedener Länder. Entscheidungen im internationalen Kindschaftsrecht erscheinen hier eher als Ergebnisse eines grenzüberschreitenden Dialogs ..."

Quellendialog bedeutet nach Jayme, das neue komplexe und simultane Zusammenspiel bzw. die Zusammenanwendung von nationalen und internationalen Rechtsquellen.[106] Mit diesem Ausdruck "dialogue des sources" will Jayme die neue sytematische Koordenierung trotz des Quellenpluralismus bezeichngen.[107] Tatsache ist, dass die Abschaffung, Auffhebung oder die *abrogatio* einer Norm im nationalen Rechtssystem nicht eintritt, im Gegenteil, normalerweise bleiben die Normen in Kraft für einige Fälle, da ihre Anwendungsbereiche sich nicht komplett abdecken. 'Dialog' ist das Gegenteil von Monolog, bei dem nur ein Gesetz den Fall regelt. Wenn zwei oder mehr Gesetze im gleichen Fall zur Anwendung kommen können, muss der Ausleger die Quellen koordinieren, zusammen anwenden.[108]

Als Schwerpunkt dieser Analyse will ich das Verhältnis oder Dialog zwischen derm brasilianischen ZGB von 2002 und demas Verbraucherschutzgesetz von 1990 hervorheben. Dafür muss man zuerst die Herkunfte desr Schutzes der Verbraucher durch eine besonderes Gesetz untersuchen, so wie denie Anwendungsbereich dieser *lex speciales* (A) und dann kann man, in einem zweiten Abschnitt, die Übergangsbestimmungen desr neue ZGB von 2002 analysieren (B).

[106] Siehe JAYME, Reucueil des Cours, 295 (1995), S. 259.

[107] So habe ich zusammengefasst: "Dans son Cours général, Erik Jayme a qualifié ce phénomène de 'pluralisme postmoderne', affirmant que la pluralité des sources entraîne la nécessité d'une coordination entre celles-ci. La question principale qui se pose est celle du conflit possible entre ces sources... Selon M. Jayme, il y a deux façon de résoudre ces conflits. La première consiste à donner prééminence à une source en écartant l'autre, c'est-à-dire en appliquant une certaine hiérarchie entre elles; 'la seconde solution consiste à chercher à coordonner les sources': c'est le'dialogue de sources ', selon la belle expression du professeur de Heidelberg. 'Dialogue' à cause des influences réciproques, permetant soit d'appliquer les deux sources au même temps, complémentairement ou subsidiairement, soit de donner effet au choix des parties à cet égard, ou encore d'opter pour une solution alternative plus flexible." (LIMA MARQUES, Claudia, Procédure civile internationale et Mercosur: pour un dialogue desrègles universelles et régionales, Revue de Droit Uniforme, vol. VIII, 2003-1/2, S. 467-468)

[108] SAUPHANOR, Nathalie, L'Influence du Droit de la Consommation sur le système juridique, Paris, LGDJ, 2000, S. 32, redet über eine "cohérence dérivée ou restaurée". Auch ALPA, Guido et allii, La disciplina generale dei contratti, 8. ed., Giappichelli Ed. Torino, 2001 , S. 613 benutzt der Ausdruck: 'coordinamento con altre disposizioni'.

A) Aufforderung der Verfassung von 1988 zur Erarbeitung eines Verbraucherschutzgesetzes: Schutz der Verbraucher durch eine besonderes Gesetz

Das Verbraucherschutzgesetz, Lei 8.078, vom 13. September 1990, ist seit dem 11. März 1991 in Kraft. Während in vielen Ländern die Frage des Verbraucherschutzes als ein normales Ergebnis der Anwendung der Regeln über Treu und Glauben angesehen wurde, gewinnt das Thema in Brasilien wissenschaftliches Interesse. Der brasilianische Gesetzgeber folgte der Aufforderung der Verfassung von 1988,[109] ein Verbraucherschutzgesetzbuch zu erarbeiten, aber er nutzte die Gelegenheit auch, um eine wahre Novelle unseres Zivilgesetzbuches von 1916 durchzusetzen.[110]

Seit Anfang der 70er Jahre wies die brasilianische Rechtslehre den Gesetzgeber vermehrt auf die Tatsache hin, daß die Normen des Zivilgesetzbuches von 1916 in Hinsicht auf inhaltliche Kontrolle von Vertragsklauseln, Informationspflichten, Sachmängel und Produktehaftung lückenhaft seien. Der damalige Entwurf des neuen brasilianischen Zivilgesetzbuches von 1975, der sog. Reale-Entwurf, brachte zu diesem Thema jedoch nur wenig Neuigkeiten. Damals, ohne Hoffnung, das Zivilsystem Brasiliens durch ein neues Zivilgesetzbuch reformieren zu können, hat der Gesetzgeber in 1990 die Chance genutzt, dieses Problem durch die Normen des Verbraucherschutzgesetzes auf topische Weise zu lösen. Einige Entscheidungen des Gesetzgebers haben diesem Gesetz jedoch eine unerwartete Wichtigkeit im Rechtssystem gegeben. Es handelt sich, nach m.M., nicht um die Entwicklung eines neuen autonomen Rechtszweiges, sondern um die Erneuerung des zivilrechtlichen Systems durch den Bruch mit einigen traditionellen grundlegenden Gedanken des Vertrags- und Deliktrechts, eine Erneuerung, die für das ganze Zivilrechtssystem positive Wirkung in dieser mehr als 13 Jahre Praxis gehabt hat. Erst imn Januar 2003 wurde das neue brasilianischen Zivilgesetzbuches von 2002 das System ätdernt(não entendi), ohne aber das Thema des Verbraucherschutzes zu regeln.

Nach Meinung des spanischen Rechtsgeschichtlers Bartolome Clavero[111] ist für eine neue Kodifikation eine Krise nötig, meistens eine Revolution, die eine neue Verfassung, eine neue Liste von Grundrechten durchsetzt und den Staat zwingt, sein Rechtssystem zu erneuern. In dieser Hinsicht erscheint es nicht als Zufall, daß das Thema des Verbraucherschutzes mit der Wiederdemokratisierung Brasiliens im Jahr 1985 an Bedeutung

---

[109] Vgl. COMPARATO, Fábio Konder, The Economic Order in the Brazilian Constitution of 1988, in The American Journal of Comparative Law, Vol. 38, S. 756f.

[110] AZEVEDO, O Direito pós-moderno e a codificação, S. 124.

[111] CLAVERO, Bartolomé, Codificación y constitución: Paradigmas de un binomio, in Quaderni Fiorentini, Nr. 18 (1989), S. 81 und 82

gewann. Die entscheidende Wende brachte die neue Bundesverfassung von 1988. Die Verfassung sieht in ihrem Artikel 5, Ziffer XXXII, in der Liste der neuen Grundrechte vor, daß der Staat den Verbraucherschutz durch Gesetz sichern muß.[112] Dieses verfassungsrechtliche Gebot des Verbraucherschutzes wird in Artikel 170, Ziffer V, sogar als eines der grundlegenden Prinzipien der wirtschaftlichen Ordnung Brasiliens bezeichnet. Schließlich gab Artikel 48 der Übergangsbestimmung dem Kongreß eine Frist von 120 Tagen, um ein Verbraucherschutzgesetzbuch zu erstellen.[113]

Das Phänomen, kleine oder Mikrosysteme neben dem Zivilgesetzbuch einzuführen, ist heute bekannt, aber in diesem Fall gab die Verwendung vieler moderner ausländischer Rechtsgedanken und insbesondere die Entscheidung, einen systematischen Körper von Normen zum Schutz einer bestimmten Personengruppe zu schaffen,[114] diesem Mikrosystem einen besonderen Charakter.

Nach dem Verfassungsgebot war ein „Código", ein systematisch geordneter Körper von Normen mit einer Zentralidee[115] - dem Schutz des Verbrauchers - zu erarbeiten. In einer Zeit, in der man eher von l'età della decodificaziane[116] spricht, mit dem Phänomen der Zersplitterung der zivilrechtlichen Gesetze, war das Gebot, ein Gesetzbuch zu schaffen,

---

[112] Der Text ist: "Art. 5,XXXII - O Estado promoverá, na forma de lei, a proteção do consumidor".
[113] Der Text ist: Art. 48 ADCT- "O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor."
[114] Siehe Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, Frankfurt, 1996, S. 179ff..
[115] Vgl. Nolde: „La Codification pourrait être définie comme la création de „système" de régles de droit logiquement unifiées", zitiert in JAYME,Erik, "Considerations historiques et actuelles sur la codification du Droit International Privé", in Recueil des Cours de l'Académie de la Haye, n. 177 (1982, IV), S. 23.
[116] Ausdruck von Natalino Irti (L'età della decodificazione), siehe SACCO, Rodolfo, La comparaison juridique au service de la connaissance du droit, Paris, 1991, p. 117-135.Vgl. über „Circulation de modèles extra-romanistes dans les pays romanistes" SACCO, S. 159ff.

sicher eine Herausforderung.[117] Diese Teilkodifikation soll klar, systematisch und umfassend sein, ohne aber das Thema ausschließend zu regeln.

Die Wichtigkeit des brasilianischen Verbraucherschutzgesetzes (BVSG) innerhalb des zivilrechtlichen Systems Brasiliens liegt gerade in seinem breiten Anwendungsbereich.[118] Hier wollen wir die zivilrechtlichen Auswirkungen dieses Gesetzes hervorheben, aber es ist anzumerken, daß es auch sehr wichtige öffentlich-rechtliche, strafrechtliche und prozeßrechtliche Normen enthält.

Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes wird durch den Artikel 2 des BVSG bestimmt, wobei als "Verbraucher" jede natürliche oder juristische Person definiert wird, die ein Produkt oder eine Dienstleistung als Endadressat erwirbt oder benutzt. Für das Gesetz ist entscheidend, daß es sich um den Endverbraucher handelt (*destinatário final de produtos e serviços*). Im Prinzip schafft das BVSG damit eine objektive Legaldefinition von "Verbraucher", die durch §1 des Art. 2 und Art. 29 BVSG sogar noch erweitert wird.

Dem Verbraucher steht nach der Definition des BVSG ein neues Konzept des "Lieferanten" (*Fornecedor*) gegenüber. Lieferant ist nach Art. 3 BVSG jede natürliche oder juristische Person, öffentlichen oder privaten Rechts, des In- oder Auslandes, die Tätigkeiten auf dem Gebiet der Produktion, der Montage, des Baus, der Konstruktion, der Umwandlung, der Einfuhr, der Ausfuhr, der Verteilung oder der Vermarktung von Produkten oder Dienstleistungen entfaltet.

---

[117] Der Einfluß der Rechtsvergleichung bei der Gestaltung des brasilianischen Verbraucherschutzgesetzes war außerordentlich groß, aber fand sich in keinem Land ein so umfassendes Verbraucherschutzgesetz, daß man es als Modell für einen ‚Código de Defesa do Consumidor' hätte benutzen können. Das erklärt, warum ein Entwurf (*Projet de Code de la Consommation*), organisiert von dem französischen Professor Jean Calais-Auloy aus Montpellier, als Hauptquelle für die Arbeit der Expertenkommission diente. Andere generelle Gesetze wurden von der Expertenkommission als Anregung benutzt, so die Gesetze von Mexiko, Portugal, Spanien und Quebec. Bei der Frage der neuen Regeln über Werbung und Produkthaftung benutzte die Expertenkommission die Richtlinie der EWG, während bezüglich des vertraglichen Schutzes Anregung bei den Gesetzen von Frankreich, Deutschland, Italien und Portugal gesucht worden ist. Der Einfluß des nordamerikanischen Rechts wurde von der Expertenkommission als doppelt bezeichnet, sei es indirekt durch einige Aspekte der Richtlinien der EWG, sei es direkt durch die Analyse insbesondere des Federal Trade Commissian Act, Consumer Product Safety Act, Truth in Lending Act, Fair Credit Reporting Act, Fair DebtCollection Practices Act und anderer Quellen, Fälle und prozeßrechlicher Linien des nordamerikanischen Rechts. Siehe LIMA MARQUES,Claudia, Das neue brasilianische Verbraucherschutzgesetz aus rechtsvergleichender Sicht - Rezeption und Anpassung neuer Rechtsideen, in *La Permeabilité des Ordres Juridiques*, Hrsg. Pierre Widmer, Schulthess, Zürich,1992, S. 111ff.Vgl. über „Circulation de modèles extra-romanistes dans les pays romanistes" SACCO, S. 159ff.

[118] LIMA MARQUES,Cláudia "Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos", in Revista Direito do Consumidor, 35 (2000), S. 61 e seg .

Für die außervertraglichen Schutznormen hat der Gesetzgeber eine eigenständige Definition des Verbrauchers geschaffen. Nach Art. 17 BVSG sollen alle Opfer von fehlerhaften Produkten und Dienstleistungen als "Verbraucher" (*consumidores equiparados*) geschützt werden. Auch bei der Delikthaftung wegen mißbräuchlicher Werbung sollen alle, die unter den Einfluß dieser unerlaubten Praxis kommen, als Verbraucher behandelt werden (Art. 29 BVSG).

Entscheidend für die Wirkung des BVSG im Zivilrecht ist nicht nur sein breiter persönlicher, sondern auch sein fast unbegrenzter materieller Anwendungsbereich. Das BVSG versucht, alle Aspekte des Verhältnisses zwischen Verbraucher und Lieferanten zu klären. [119] Daher regelt das Gesetz gleichzeitig: Angebot und Information bezüglich Kaufvertrag, Versicherungsvertrag, Reisevertrag, Konsumkreditvertrag und alle anderen Verbraucherverträge, egal ob es sich um Einzel- oder Standardverträge handelt; außerdem regelt es die Werbung, die Verwendung von mißbräuchlichen Vertragsbestimmungen, die vertragliche Haftung für Sachmängel und Informationsmängel, die Sicherheit von Produkten und Dienstleistungen und die Produktehaftung im allgemeinen. [120]

Wenn man die Bedeutung des neuen BVSG im zivilrechtlichen System analysiert, muß man in erster Linie Artikel 1 des Gesetzes hervorheben. [121] Nach diesem Artikel, deutlich inspiriert durch Artikel 1 des mexikanischen Gesetzes, gehören alle Normen des Gesetzes zum *ordre public* und sind von sozialem Interesse. Das bedeutet, daß die neuen Verbraucherrechte, die im BVSG eingeführt werden, nicht durch Willenserklärung der Parteien ausgeschlossen werden können; es bedeutet aber auch, daß diese Normen einen wichtigen Rang im Fall von Normenkonflikten oder *Antinomien* einnehmen. Um diese neuen Verbraucherrechte noch klarer einzuführen, hat der brasilianische Gesetzgeber, nach portugiesischen Vorbild, eine Liste von grundlegend Rechten des Verbrauchers in Art. 6 BVSG festgeschrieben.[122]

Das BVSG hat bei der Definitionen des Verbrauchers in Artikel 2 sicher einen originellen Weg beschritten. Das *Projet Jean Calais-Auloy* sah, nach französischer Tradition, eine subjektive Definition des Verbrauchers vor: jemand, der für private und nicht berufliche Zwecke ein Produkt kauft oder eine Dienstleistung benutzt (Art. 3). Auch die anderen ausländischen Experten, die beim I. Internationalen Kongreß zum Verbraucherschutz in

---

[119] FILOMENO, José Geraldo Brito, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 6.ed., 1999, S. 19.

[120] SENISE LISBOA, Roberto, A relação de consumo e seu alcance no direito brasileiro, Ed. Oliveira Mendes, São Paulo, 1997, S. 33.

[121] NERY, Nelson Júnior, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor- Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover et al., Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998, S. 342.

[122] Siehe LIMA MARQUES, Cláudia, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, S. 252 ff.

São Paulo (1989) anwesend waren, sprachen sich für eine subjektive Definition des Verbraucher aus. Vergleichbare subjektive Definition des Verbraucher ist am § 13 des BGB (Reform vom Juni 2000) zu finden.[123] Das BVSG hält sich an die Figur des Endverbrauchers (*destinatário final de produtos ou serviços*), gleichgültig, ob juristische oder natürliche Person.

Eine weitere wichtige Entscheidung des Gesetzgebers bestand darin, im Titel I des BVSG einige politische Ziele festzulegen. Art. 4 des BVSG beschreibt, welche Harmonie, welches Schutzniveau und welche Transparenz als Basis für eine teleologische und enge Auslegung der Definition von Verbraucher benutzt. Solch eine systematische und teleologische Auslegung des BVSG, als wahres Mikrosystem oder *Código*, gewinnt auch in der Rechtsprechung an Bedeutung und es ist eine wichtige Unterschied zu der neue ZGB.[124]

B) Die Übergangsbestimmungen der neue ZGB von 2002 und die Verhältnisse mit dem Verbraucherschutsgesetzbuch: Quellendialog ?

Es ist bemerkenswert, dass das ZGB von 2002 in seinen Übergangsbestimmen keine generelle implizite Aufhebungsnorm bringt. Nach Artikel 2.045 werden nur das alte ZGB von 1916 und der Erste Teil des Handelsgesetzbuches von 1850 ausser Kraft gesetzt: "*Art. 2.045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.*"

Nach Artikel 2.043 werden nur die Themen in den besonderen Gesetzen, welche das ZGB behandelt, derrogiert: "*Art. 2.043. Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código.*"

Wie bereits dargestellt behandelt das neue Zivilgesetzbuch, im Gegensatz zum reformierten BGB von 2000, den Verbraucher nicht. Mit anderen Worten, das Verbraucherschutzgesetzbuch wurde vom vom neuen ZGB nicht inkorporiert, womit sich die Normen des Artikels 2.043 nicht auf das Verbraucherschutzgesetzbuch beziehen.

Zum gleichen Ergebnis kommt eine Analyse der geschichtlichen Entwicklung des Entwurfs, da der frühere Text des Artikels 2.045 eine allgemeine Aufhebung aller speziellen Gesetze beabsichtigte: "*revogados o Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, e toda a legislação civil*

---

[123] Vgl. der BGB: "§ 13 Verbraucher - Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschliesst, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer sebständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann." BGBL. Teil 1 Nr. 28, 29.Juni.2000, p. 899.

[124] AZEVEDO, Antônio Junqueira de, "Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos", in Revista Trimestral de Direito Civil, n. 1, 2000, S. 3-12.

e mercantil abrangida por este Código, ou com ele incompatível...". Im Parlament wurde dieser Gedanke jedoch nicht akzeptiert, und der Berichterstatter erklärte, dass die Beibehaltung des Verbraucherschutzgesetzbuches eine „gute legislative Technik" darstelle. Umgekehrt verwies er darauf, dass das Verbraucherschutzgesetzbuch ein Vorbild für das ZGB darstellte: "*...no que tange à disciplina dos contratos, o projeto acompanha a tendência já assente tanto na jurisprudência como no Código de Defesa do Consumidor de restringir os efeitos do contrato de adesão, considerando nulas as cláusulas em que o aderente antecipadamente renuncia a direitos resultantes da natureza do negócio, bem como determinando que as cláusulas ambíguas ou contraditórias sejam interpretadas em seu favor.*" [125]

Die vorrangige Anwendung der BVGB wird in Art. 2 der Einführungsgesetz festgelegt. [126] Nach Art. 2, § 1 und §2 des Einführungsgesetzes von 1942 bringt die neue *lex generalis* bringt normalerweise nur komplementaäre und subsidiäre Normen gegenüber derie alten *lex specialis*, wie demas BVGB. Aussnahmen sollen ausdrückliche imn der neuen Gesetz geregelt seinwerden.[127]

Deswegen sieht die h. M. eine subsidiäre Anwendung des ZGB von 2002 gegenüber demr BVGB. [128] Drei sind die Arten von ‚Dialogen' oder gegenseitigen Einflüsse zwischen diesen zwei wichtigen Gesetzes vonm der pluralen Privatrecht Brasiliens, die manm erwarten kann: um die Koheärenz des Sysztem zu behalten, werden finden normalerweise die beide Geszetze zusammen Anwendung finden (*diálogo sistemático de coerência*), wobei dasie BVGB Vorrang[129] haben wüurde (so ausdrückliche, Art. 729[130] und 777),[131] und das ZGB die Begriffsdefinionen und Komplementationen bringen soll (*diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade).* Dazu wird wahrscheinliche daser Richterrecht des BVGB die Konkretisierung der Generalen Klausel des ZBG beinflussen. [132] Es ist auch möglich auch, dass das ZGB eine strengere Auslegung desr Anwendungsbereiches der *lex speciales*, wie das BVGB, ermöglichet,. so dass die analogische und sehr verbreitetnde generelale Anwendung desr BVGB für Schuldverhältnisse zwischen zwei Unternehmern tendenziel verschieden sollsein soll (*diálogo de coordenação e adaptação sistemática*).

---

[125] CÂMARA DOS DEPUTADOS, Relatório final do Relator Deputado Ricardo Fiuza, Código Civil, Brasília, 2000, S. 29.

[126] DINIZ, Maria Helena, Conflito de Normas- De acordo com o novo Código Civil, São Paulo, Ed. Saraiva, 2003, S. 34 - 41.

[127] Der Text ist: "Art. 2° da Lei de Introdução ao Código Civil- (...) § 1°. A lei posterior revogará a anterior quando expressamente o declare; quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior . § 2° A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes,não revoga nem modifica a lei anterior."

[128] PASQUALOTTO, S. 106.

[129] PASQUALOTTO, S. 106.

[130] O texto é o seguinte: "Art. 729. Os preceitos sobre corretagem constantes deste Código não excluem a aplicação de outras normas da legislação especial."

[131] O texto é o seguinte : "Art. 777. O disposto no presente Capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias."

[132] SAUPHANOR, S. 32.

Schlussbemerkungen

Das neue brasilianisichen ZGB bringt mit sich einigen Paradoxe mit sich: trotz der Vereinheitlichung des Zivil- und Handelsschuldverhältnisses beibehält es denie Quellenpluralismus im Privatrecht durch eine noch kompliziertere *distintio* nach der Rechtssubjekt bei: *Unternehmer*, *Verbraucher* oder *civis*. Das ZGB von 2002 schaft keine Vereinheitlichung des Privatrechts und wird sogar dasie Internationales Privatrecht beeinflussen, mit seiner *distintio* und diskriminierenden Normen über die ausländischen Gesellschaften. Die Leitlinien des ZGB („eticidade, socialidade e operabilidade")[133] ermöglichen ein *Revival* der Staatskontrolle im Vertrags- und Eigentumsrecht mit einer Fülle von Generalklauseln, nach deutschem Vorbild[134], welche mehr Entscheidungsmacht für die Richter ausräumteinräumen, was für die Rechtsfortbildung in Brasilien und Aktualisierung der Normen des ZGB beintragen kann.

In diesem klarern Quellenpluralismus im Privatrecht gewinnt das Verhältnis zwischen dem Verbrauchergesetzbuches und dem neuen ZGB anin Interesse. Die Theorie von Erik Jayme über den Quellendialog zwischen *lex specialis* und *lex generalis* kann bejaht werden, da das BVGB mit seinem breiten Anwendugsbereich in Kraft bleib, nicht aber ohne neue Einflüsse des subsidiären ZGB von 2002. Wie Klaus Adomeit schreibt: "*Wir gehöhren derselben Epoche an, die Probleme des Anfangs betreffen uns heute eher stärker, sind viel deutlicher geworden.*"[135]

---

[133] REALE, Visão Geral do novo Código Civil , S. 12.

[134] DELGADO, S. 395.

[135] ADOMEIT, Klaus, Rechts- und Staatsphilosophie II-Rechtsdenker der Neuzeit, 2.Aufl, C.F.Müller, Heidelberg, 2002, S. 6.

GREECE

2003- LIMA MARQUES,Cláudia. OGM et le droit de la consommation: une action mondial pour assurer l'information des consommateurs? In: *9th Internation Consumer Law Conference*. Athens, Greece, 2003 (CD).

OGM et le droit de la consommation: une action mondial pour assurer l'information des consommateurs?

Claudia Lima Marques[1]

Introduction

Les avantages de l'évolution de la biotechnologie sont payés d'un lourd tribut de risques. De nouveaux progrès scientifiques, comme les aliments et les denrées alimentaires génétiquement modifiées, le "Novel Food",[2] propose un sérieux défi pour l'actuel droit de la consommation. On peut définir les organismes génétiquement modifiées (OGM) comme "un organisme, à l'exception des êtres humains, dont le matériel génétique a été modifié d'une manière qui ne s'effectue pas naturellement par multiplication et/ou par recombinaison naturelle".[3]

La question de savoir si les OGM ou une de leurs utilisations comme ingrédient des produits alimentaires ou comme aliment animal, peuvent ou non causer des effets néfastes aux consommateurs, maintenant ou dans le futur, n'est pas encore scientifiquement

---

[1] Dr. iur. (Heidelberg), LL.M. (Tübingen); Professeur Titulaire de Droit International Privé de l'Université Fédéral Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brésil. L'auteur remercie vivement Ana Rispoli de Azevedo (FAPERGS/UFRGS) et Christian Schindler (Univ. Heidelberg) pour le matériel et les amies António Herman Benjamin (MP/SP) et Silvia Capelli (MP/RS) pour les idées et les fructueuses discussions.

[2] Voir Règlement CEE 258/97, de 15 Mai 1997, le "Novel Food"-Verordunung, in www.verbraucherministerium.de. Voir Règlement (CE) n. 258/97, JO L 043 du 14.02.1997, p. 0001, en français "nouveaux aliments", voir aussi BJERREGARD, Ritt, Labeling of Novel Food- Providing full information to consumers, in European Food Law Review, 1998, p. 1ss.

[3] Définition de l'article 2,2 de la Directive 2001/18/CE, du 12 mars 2001, Journal Officiel des Communautés Européennes de 17.4.2001, L 106/4.

sûre.[4] On travaille avec des probabilités, des essais, des évaluation des risques, des tests, qui jusqu'à présent soulignent la nécessité de précaution.[5] En effet, un souci de sécurité anime presque tous les pouvoirs publics et les institutions internationales lors l'élaboration de législations propres à protéger la santé publique, les consommateurs et l'environnement en cas de plantation des semences-OGM, de mise en circulation sur les marchés de consommation des OGM destinés à l'alimentation humaine (directement, comme les tomates Flavr-Savr, ou indirectement comme des ingrédients de produits alimentaires, le soja ou le maïs OGM) ou de la mise en circulation des produits destinés à l'alimentation animale (ainsi les maïs et soja OGM, qui posent le problème de la traçabilité de ses produits). La doctrine a développé la théorie de l'évaluation divergente des risques (Streinz), qui préconise précaution et information lorsque les évaluations des risques en l'état actuel de la science sont encore divergentes, comme c'est le cas pour les OGM.[6]

Au début du XXème. siècle[7] été développé le concept *d'obligation de sécurité*[8] pour protéger la faiblesse de l'homme vulnérable devant des forces techniques susceptibles de porter atteinte à son intégrité physique.[9] Au cours des années 70, la spécificité de la responsabilité du fait des choses et, notamment, du fait des produits industriels défectueux, a abouti à une série d'initiatives réglementaires concernant: a) la prévention des accidents de consommation; b) l'étiquetage et l'information aux consommateur; c) l'uniformisation des règles matérielles sur le responsabilité du fait des produits et d) la fléxibilité des règles de droit international privé spéciales aux dommages de consommation.

Voyons quelques unes de ces fructueuses initiatives.

En droit interne, le législateur a concentré ses efforts sur le combat contre les

---

[4] Voir sur l'étique de l'environnement', ROSE, Carol M., Scientific inovation and environnemental protection: some ethical consideration, in Environnemental Law, vol. 32, Fall,Number 4, p. 755ss. Voir études nord-américains de la Food and Drug Administration et critiques, in http://www.biointegrity.org

[5] BENJAMIN, Antônio, Função Ambiental, in Revista de Direito Ambiental, vol. 2, 1993, p. 11.

[6] Voir sur le "Theorie der divergierenden Risikoabschätzung", développée par STREINZ, Rudolf, Divergierende risikoabschätzung und Kennzeichung, in STREINZ (Ed.), Novel Food, 2.Ed, Bayreuth, 1995, p. 131ss, l'étude de KNÖRR, Georg Oliver, Die Kennzeichnungspflicht gentechnisch veränderter Lebensmittel, Köhler-Druck, Tübingen, 2000, p. 90ss.

[7] Selon LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, Fondement et régime de l'obligation de sécurité, Recueil Dalloz, 1994, p. 81.

[8] Voir sur le rôle de la jurisprudence française dans le développement de cette notion, MELLER, Eberhard, Obligation de Sécurité – Verbesserung des Schutzes des geschädigten Vertragspartner und Beispiel der Fortentwicklung des französischen Vertragsrechts durch die Rechstprechung, Duncker & Humblot, Berlin , 1973, p. 16ss.

[9] Voir BOULOC, Bernard, La loi de 1905 en tant qu'instrument de la sécurité des consommateurs, in GHESTIN, Jacques (Org.),Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux,LGDJ, Paris, 1987, p. 13 ss.

falsifications,[10] sur la prévention des fraudes et sur l'élaboration d'un cadre législatif pour l'information des consommateurs. Le principal exemple en est la loi française. Loi 78-23 de janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs sur les produits et les services, on citera également la prévention des fraudes par l'étiquetage correct des produits.[11]

Dans les institutions internationales, la première initiative fut celle de la Conférence de La Haye de Droit International Privé, qui a organisé la 'Convention sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits' du 2 octobre 1973.[12] Dans le cadre du Conseil de l'Europe, les pays membres ont organisé la Convention du 27 janvier 1977 sur la responsabilité du fait des produits en cas de lésions corporelles ou décès, visant la protection des victimes de produit défectueux par l'unification des règles matérielles de responsabilité.[13]la Convention de Strasbourg de 1977 a introduit la notion de défaut et montre une tendance vers une responsabilité plus stricte des producteurs en Europe, raison pour laquelle la Convention de Strasbourg est considérée comme source historique et technique de la Directive européenne de 1985.[14]

A l'OCDE ont été élaborées la Recommandation du Conseil concernant la sécurité des produits de consommation du 18 décembre 1979[15] et la Recommandation du Conseil concernant l'établissement de systèmes de recensement des données relatives aux accidents provoqués par des produits de consommation du 13 février 1978, [16]et pour l'étiquetage, les directives concernant les contrôles de sécurité sur les cosmétiques et sur les produits ménagers.[17] La Communauté Européenne a travaillé la première version de la fameuse Directive sur la

---

[10] BOULOC, p. 15.

[11] Voir édition du journal Officiel de la République française. Répression des fraudes et sécurité des consommateurs – Textes législatifs et réglementaires. Édition novembre 1991, Paris, 1991, p. 4ss. Avec la Loi 78-1978 à la p. 13-17.

[12] WANDT, Manfried, Internationale Produkthaftung, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg. 1995, p. 58ss. La convention a été ratifiée par la France, la Norvège, l'ancienne Yougoslavie, les Pays Bas, le Luxembourg, l'Espagne et la Finlande. WANDT, p. 58.

[13] MARKOWITZ, p. 53ss.

[14] Voir aussi MARKOWITZ, p. 66-67

[15] OCDE, La politique à l'égard des consommateurs au cours des dix dernières années – Evolution et pespectives, Ed. OCDE, Paris, 1983, p. 89-91.

[16] OCDE, op.cit., p. 77-81.

[17] OCDE, op.cit. p. 60-67.

responsabilité du fait des produits défectueux dès 1976,[18] et a imposé une responsabilité sans faute, dans un premier temps avec l'exclusion explicite des produits naturels du champ d'application de la Directive de 1985.[19]

Il a semblé, pendent un certain temps, que l'influence du droit nord-américain et sa *strict product liability*[20] ainsi que celle du droit harmonisé européen avec sa notion de défaut,[21] reprise par le Code brésilien de Défense du Consommateur (Loi 8.078/90 Art. 12-14),[22] pouvait être suffisante pour assurer sur le marché mondial l'écoulement des produits non dangereux. La crise de 'vache folle' en Europe a montré que la prévention des dommages de consommation est plus importante que des règles strictes de responsabilité. La fonction préventive d'une responsabilité aggravée existe, mais elle est d'une efficacité discutable.[23] Les risques dans la societé actuelle se sont transformés en risques collectifs ou dommages catastrophiques,[24] qui sont capables de miner la confiance du consommateur. Les dommages corporels et les dommages moraux ne sont pas vraiment réparables avec les indemnisations monétaires.[25]

---

[18] Voir Dok. 351/76 de 9.9.1976, deuxième version. Dok (79) 415, de 26.9.1979 et dernière version de 25.06.1985 in SCHMIDT-SALZER, Joachim. Kommentar EG-Richtlinie Produkthaftung. Verlag, Recht und Wirtschaft, Heidelberg. Band 1.1986, p.34ss. Voir sur les travaux plus récents de l'OECD/ OCDE à cause des OGM, MALJEAN-DUBOIS, p. 949s.

[19] MARKOWITZ, p. 170ss.

[20] Voir sur l'influence du droit américain sur le droit européen de la responsabilité du fait des produits, MARKOVITZ, Yvan, La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, LGDJ, 1997, p. 32ss.

[21] Voir TAYLOR, Simon, L'Harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux- Étude comparative du Droit anglais et du droit français, LGDJ, Paris, 1999, p. 54ss.

[22] Voir LANNI, Sabrina, Il modello brasiliano di responsabilità per danni al consomatore, in Rivista di Diritto Civile, ano XLVIII, nr. 2 marzo-aprile, 2002, p. 300ss. (p. 281-323) et LIMA MARQUES, Claudia, Contratos no Código de Defesa do Consumidor , 4.ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 1024ss.

[23] Selon Larroumet, "la fonction préventive d'une responsabilité aggravée ne reposant pas sur la faute est plus que négligeable", LARROUMET, Christian, Réflexion sur la convention européenne et la proposition de directive de Bruxelles concernant la responsabilité du fait des produits, Recueil Dalloz, 1978, Chron, p. 221.

[24] Sur les dommages qui attentent au même temps contre l'environnement et contre les droits des consommateurs, voir BARACHO , José Alfredo de Oliveira Jr., Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente, Del Rey, Belo Horizonte, 2000, p. 318.

[25] Voir CADIET, Loïc, Les métamorphoses du préjudice, in Les métamorphoses de la responsabilités, Sixièmes Journées René Savatier, Potiers, 15 et 16 mai 1997, PUF, Paris, 1997, p. 39ss.

Il faut pourtant repenser les instruments du droit et renforcer la prévention. La prévention commence par l'information du consommateur, en permettant un choix rationnel et libre. En matière d'aliments et de denrées alimentaires la doctrine a considéré qu'il y a un devoir général d'information des professionnels sur les caractéristiques des produits, naturels ou industriels.[26] La Résolution sur les Droites du Consommateur de l'ONU de 1985 (Res. AG/ONU 20/248, 16.04.1985) a déjà relevé l'importance du droit de l'information au consommateur.[27] L'obligation des professionnels d'informer le consommateur de façon claire et complète,[28] incluet certainement l'obligation d'indiquer si le produit alimentaire est génétiquement modifié ou produit à partir d'éléments OGM ou d'animaux nourris aux OGM.

La Directive 2001/18/CE, concernant la traçabilité et l'étiquetage des organismes génétiquement modifiés et la traçabilité des produits destinés à l'alimentations humaine ou animale produits à partir d'organismes génétiquement modifiés, assure l'information des consommateurs européens par un étiquetage spécial s'il y a plus de 1% d' OGM dans les produits. En décembre 2002, le Parlement européen et le Conseil ont considéré qu'il fallait établir des règles plus strictes (0,9% des OGM) et imposer aussi l'obligation aux importateurs.[29] Depuis la Conférence ministérielle de l'OMC à Doha du 14 novembre 2001, les gouvernements veulent en outre imposer le principe de précaution au commerce international des produits alimentaires.[30] Les lignes de protection de l'environnement en matière d'OGM ont été données par le Protocole de Carthagène sur la biosécurité, annexé à la Convention sur la biodiversité biologique.[31] Les efforts de la communauté internationale et son

---

[26] CALAIS-AULOY, Jean, Droit de la Consommation, 3.ed., Dalloz, Paris, 1992, p. 38 ss.

[27] Voir NETTO LÔBO, Paulo Luiz, A informação como direito fundamental do consumidor, in Revista de Direito do Consumidor (São Paulo), vol. 37, jan/mar.,2001, p. 59ss.

[28] Voir sur l'obligation d'informer complètement, BONJEAN, Bernard, Le droit à l'information du consommateur, in LOUSSOUARN, Yvon et LAGARDE, Paul, L'information en Droit Privé-Travaux de la Conférence d'agrégation, LGDJ, Paris, 1978, p. 356ss.

[29] Voir www.vistaverde.de/news, 10.12.2002. La proposition de règlement, COM/2002/0515final-COD 2001/0180, JO C 331 E du 31.12.2002, p. 308-312.

[30] Voir les critiques à l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires de l'OMC, que ne contient le principe de la précaution, in NOIVILLE, Christine, Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce-Le cas du commerce alimentaire, in Journal du Droit International, vol. 2, avr./juin, 2000, p. 266s. Voir sur la biosécurité et le droit de l'OMC, trés critique, MALJEAN-DUBOIS, p.975ss.

[31] Voir MALJEAN-DUBOIS, p.980s et préambule n. 13 de la Directive 2001/18/CEE, JOCEL 106/1-2.

Codex Alimentarius n'ont pas abouti à un consensus mondial sur le problème[32]. Interdire les larges plantations d'OGM aux Etats-Unis et en Argentine est presque impossible. L'expansion du commerce international est aidée par les décisions de l'OMC et de plus, la liberté de circulation des marchandises connaît très peu d'exceptions.[33] Il est presque certain que la consommation des OGM sera bientôt un phénomène "global".[34]

Mon hypothèse de travail est que les défis proposés aujourd'hui par l'expansion mondiale du commerce des OGM sur les marchés de consommation sont presque les mêmes que ceux des produits défectueux dans les années 70, à la différence que maintenant il faut utiliser le principe de la prévention aggravée ou le principe de précaution comme un nouveau concept de droit de la consommation pour les risques alimentaires.[35] Comme l'affirme Noiville, le cas du commerce alimentaire est particulier en raison des risques directs pour la santé humaine: "*...en cas de risque potentiel pour la santé, la précaution postule d'agir, sans attendre que l'existence de ce risque soit confirmée par la preuve scientifique. L'objectif est de dépasser la logique classique exprimée à travers le principe de prévention, inscrit de longue date dans notre droit positif, au profit d'une nouvelle culture du risque. Dans la logique classique, seul un risque avéré justifie que l'on adopte des mesures de prudence: c'est seulement une fois le dommage produit ou rendu fortement probable qu'il devient légitime de chercher les moyens de le cantonner et de prévenir sa réalisation. L'ambition du principe de précaution est précisément d'inverser cette proposition. Le doute, l'incertitude sur la sécurité d'un produit, produisent désormais des effets juridiques et justifient l'adoption de mesures protectrices.*"[36]

---

[32] Voir NOIVILLE, p. 274s.

[33] Voir l'article 8.1 du TRIPS qui autorise d'exceptions pour la protection de la santé publique, in ROTT, Peter, TRIPS-Abkommen, Menschenrechte, Sozialpolitik und Entwicklungsländer, in GRURINt. 2/2003, p. 105.

[34] Voir texte critique de l'IDEC, Os transgênicos e os riscos à saúde, in www.idec.org.br . Avec l'opinion que les OGM sont déjà un problème mondial et en demandant cohérence du droit international, voir MALJEAN-DUBOIS, p. 949s. et p. 996.

[35] Voir sur la polémique au tour du principe de précaution même en droit de l'environnement, GRANET, Marie-Béatrice, Principe de précaution et risques d'origine nucléaire: quelle protection pour l'environnement?, in Journal du Droit International, n. 3, jul/sept., 2001, p. 757s.

[36] NOIVILLE, p. 269.

Ce travail a pour but de vérifier si les lois brésiliennes actuelles sont suffisantes et efficaces pour assurer la prévention des dommages causées par des OGM et la protection de la sécurité des consommateurs. Il faut analyser, dans la première partie, si la législation concernant l'information des consommateurs et le contrôle de l'obligation d'informer, au Brésil et dans le Mercosur, est suffisant pour assurer une véritable prévention des dommages et efficace pour assurer les bases de prévention efficace des dommage causés par des OGM et, dans la deuxième partie, il faut établir quelles sont les base de l'obligation de sécurité en matière d'OGM et pour la réparation des accidents de consommation causées par des OGM, vérifiant si la législation sur la responsabilité civile et le droit international privé du fait de produits avec OGM est suffisante et efficace.

I – Prévention des dommages causés par des OGM: la législation concernant l'information aux consommateurs et le contrôle de l'obligation d'informer

Si mon hypothèse de travail est correcte, les premières années du XXI siècle sont semblables aux années 70 du siècle passé, lorsque les législations internes des pays n'étaient pas suffisantes et assez efficientes pour prévenir et combattre les dommages causés pour des produits défectueux. Il a fallu attendre les initiatives des organismes internationaux et d'intégration pour que la législation nationale connaisse une évolution sensible.

Aujourd'hui la doctrine considère qu'il y a un devoir général de sécurité pour les produits, naturels ou industriels, et les services fournis sur les marchés de consommation. Les instruments utilisés pour prévenir les risques sont le contrôle de l'Etat au moyen d''evaluation préalables et autorisations de mise sur le marché, et la transparence au moyen d'une politique d'information aux consommateurs, échanges d'informations par les autorités compétentes et surveillance des dangers. Nous nous concentrerons dans cet article sur la question de la transparence.[37]

La doctrine considère qu'il y a un devoir général d'information des professionnels sur les caractéristiques et risques des produits, naturels ou industriels.[38] Il y a aussi un droit d'information des consommateurs, assuré par la Résolution sur les Droits du Consommateur de l'ONU de 1985 (Res. AG/ONU 20/248, 16.04.1985).[39]

---

[37] TOMASETTI, Alcides Jr., O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 4, 1992, p. 52.

[38] CALAIS-AULOY,p. 38 ss.

[39] Voir NETTO LÔBO, p. 59ss.

L'obligation des professionnels d'informer le consommateur d'une façon claire et complète[40] doit inclure l'information sur la présence des OGM.

Mais on peut aller plus loin. Comme la science n'a pas encore établi d'une manière sûre que les OGM n'ont pas d'effets néfastes sur les consommateurs ('théorie de l'évaluation divergente des risques' de Rudolf Streinz),[41] l'information sur la présence des OGM est une information sensible, cela veut dire quelle est une information nécessaire pour éviter les risques et pour exprimer la volonté d'achat des consommateurs, en tant que personne humaine rationnelle, libre et digne.

D'un autre côté, l'obligation d'informer relative aux composants, aux caractéristiques et l'origine d'un produit ou aliment est présente dans presque toutes les législations de protection du consommateur du monde. De même les droits fondamentaux, et notamment celui de la dignité de la personne humaine, sont cités dans les Constitutions nationales. Les règles de l'ONU, les règles constitutionnelles et les règles de droit comparé de la consommation peuvent inciter la doctrine consumériste à défendre l'idée d'un droit fondamental aux informations nécessaires à la santé et à la dignité humaine.

Les droits fondamentaux, comme l'affirme Robert Alexy [42], ne sont pas seulement des droits subjectifs des personnes (*subjektive Rechte*), mais des normes présentes dans l'ordre juridique (*objektive Normen*). Ces normes sont en vigueur sous une forme spéciale (*Geltung*), car elles imposent un ordre objectif des valeurs (*objektive Wertordnung*), un système de valeurs à tout le Droit (*Wertsystem*), elles représentent les grandes décisions de la Constitution pour toutes les disciplines du Droit (*verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts*): droit privé, droit économique, droit de la consommation et pas seulement pour le droit administratif.[43] Si on pouvait établir l'existence d'un droit fondamental ou droit humain à l'information nécessaire à la santé et dignité humaine, ce

---

[40] Voir sur l'obligation d'informer complètement, BONJEAN, Bernard, Le droit à l'information du consommateur, in LOUSSOUARN, Yvon et LAGARDE, Paul, *L'information en Droit Privé- Travaux de la Conférence d'agrégation*, LGDJ, Paris, 1978, p. 356ss.

[41] Voir KNÖRR, p. 90ss.

[42] ALEXY, Robert,
Recht, Vernunft, Diskurs - Studien zur Rechtsphilosphie,
Ed. Suhrkamp, 6.Reimp.,Frankfurt, 2000, p. 262.

[43] Voir SARLET, Ingo, Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, in Revista de Direito do Consumidor vol. 30, p. 98.

droit fondamental serait une directive (*Richtlinien*) et une véritable signal (*Impulse*) à l'attention des Etats pour organiser (*Rechte auf positive Handlugen*)[44] les marchés de distribution et de consommation et assurer le droit d'information sur les OGM aux consommateurs.[45]

Voyons maitenant la situation dans la législation nationale, en choisissant le Brésil et le Mercosur, comme exemples des défis que les OGM proposent au droit de la consommation.[46]

A) La législation nationale sur l'information des consommateurs et le contrôle de l'obligation d'informer: les cas brésilien

Informer les consommateurs, c'est prévenir les dommages. Prévenir, c'est aussi contrôler les fabricants, les fournisseurs des produits agricoles, les importateurs, les paysans sur la prestation de l'information. Dans la prévention d'un dommage il faut considérer la vulnérabilité du consommateur, cela veut dire la 'fragilité' de sa position et ' la nécessité de sa protection' en tant que personne humaine.[47]

Le cas brésilien peu servir d'exemple. D'un côté, le pays a une société civile assez engagée dans la lutte pour ses droits de consommateurs et pour la protection de l'environnement. L'Association IDEC, le Greenpeace et le Forum des Associations de Défenses du Consommateurs[48] ont organisé dès 2000 la campagne "Pour un Brésil

---

[44] Selon ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte. Frankfurt: Suhrkamp, 1996, p. 179.

[45] Selon ALEXY/Studien, p. 262: " Gesetzgebung, Verwaltung und Rechstprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse'."

[46] Le choix du Brésil n'est pas seulement à cause de l'origine de l'auteur, mais aussi à cause de l'intérêt qui le pays présent en matière de protection de protection de l'environnement (voir Benjamin, Antônio, Einführung in das brasilianische Umweltrecht, in Das Recht der lusophanen Länder, JAYME, Erik (Ed.), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2000,p. 105ss). Le Brésil fait partie du Mercosur et ses principales partners d'importation et exportation son les États-Unis et l'Argentine, deux pays où la production d'OGM est assez commun, on affirme même que 80% de la production de soja et maïs de l'Argentine est des OGM, voir www.idec.org.br.

[47] COHET-CORDEY, Frédérique, "Préface", in Vulnérabilité et Droit- Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, Cohet-Cordey, Frédérique (Org.), Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2000, p. 9. Voir aussi LOPEZ CABAÑA, Roberto, Defesa jurídica de los más débiles, in Revista de Direito do Consumidor, vol.28, 1998, p. 21

[48] Voir aussi la manifestation de tous les Commissions administratifs de protection des consommateurs du Brésil, les PROCONs, in Monção sobre alimentos transgênicos-22ª Reunião nacional dos PROCONS estaduais e municipais das capitais, Revista de Direito do Consumidor n.30, p. 269-70

libre des OGM" ("Por um Brasil Livre de Transgênicos").[49] Le Ministère Publique exerce cette fonction de protection des consommateurs et de l'environnement.[50] D'un autre côté, l'Etat a créé une Commission de Sécurité Biogénétique (dénommée CTNBio),[51] un organe de législation de protection de l'environnement (dénommé CONAMA), un organe de contrôle de l'autorisation de mise sur le marché des OGM ou de dissémination volontaire des OGM dans l'environnement (dénommé IBAMA),[52] et on a assuré aux consommateur un droit général d'information sur tous les composants des aliments et de tous les produits (Art. 6,I,II,III, 7, 9, 12,14,18,20, 30 et 31 du Code Brésilien de la Défense du Consommateur, Loi 8.078/90) et un Décret spécial sur l'étiquetage des OGM au Brésil.[53] Voyons ce qui s'est passé dans la "law in action".

L'entreprise Montsanto a demandé en 1998 à la Commission brésilienne de Biosécurité une 'dé-réglementation' de la *soya roundy up*, pesticide-résistent. La commission a cédé aux pressions 14 jours après la demande et a autorisé la plantation au Brésil de cette espèce d'OGM.[54] L'association de défense du consommateur-IDEC, de São Paulo, a demandé judiciairement une suspension de cette autorisation administrative, car il manquait l'étude d'impact de l'environnement et, à l'époque, la réglementation sur l'information impérative aux consommateurs.[55] Selon la Constitution brésilienne (Art. 225, § 1°, IV, de la Constitution Fédérale Brésilienne de 1988) et le droit infra-constitutionnel (Loi 6.839/81, Art. 14 et 16) il est nécessaire d'élaboré une telle étude avant de libérer des organismes génétiquement modifié dans la biodiversité brésilienne.[56] Le juge de première instance, en utilisant le principe de

[49] Voir site de l'IDEC, www.idec.org.br .

[50] Voir BENJAMIN, Antônio Herman, Um novo modelo para o ministério público na proteção do meio ambiente, Revista de Direito Ambiental (São Paulo), vol. 10, abr/jun. 1998, p. 7ss.

[51] CTNBIO-Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, créé par le Decreto 1.752 , du 20.12.1995, voir LAZZARINI, Andrea et LEFÈVRE GUIMARÃES, Flávia, Alimentos Transgênicos, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 33, jan/mar., 2000, p. 203.

[52] Voir La Résolution 305, de 12.06.2002 sur la licence des organismes génétiquement modifiées du CONAMA autorise le IBAMA, à côté de la CTNBIO, a réaliser cette tache administrative (Resolução n° 305, de 12 de junho de 2002, dispõe sobre Licenciamento Ambiental, Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto no Meio Ambiente de atividades e empreendimentos com Organismos Geneticamente Modificados e seus derivados).

[53] Décret 3871, du 18.07.2001, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 40, out/dez., 2001, p. 286 288.

[54] La demande était du 15.06.1998 et la libération du 29.06.1998, voir LAZZARINI/LEFEVRE, p. 203.

[55] Voir les matériaux pour l'action in Revista de Direito do Consumidor, vol. 40, out/dez., 2001, p. 233-241.

[56] ROCHA, Maria Isabel de Matos, Reparação de danos ambientais, Revista de Direito Ambiental, vol. 19 (jul/set. 2000), p.150-151

précaution, a ordonné la suspension de l'autorisation.[57] Le Tribunal Régional Fédéral a maintenu la décision de première instance et a interdit la commercialisation de la *soya roundy up* sur tout le territoire brésilien en 2000.[58]

---

[57] Voir sentence au Procès 1998.34.00.027682-0, 6 Vara Seção Judiciária do Distrito Federal, Brasília (DF), j. 26.06. 2000, Juge Antônio Souza Prudente: "No mérito, a presente ação procede, in totum, garantindo-se o resultado útil deste processo, pela eficácia da tutela cautelar já deferida por este Juízo, nos autos do processo n1 98.34.00.276681-8, com natureza mandamental-inibitória e que, ora, se subsume e fica absorvida pela eficácia que resultará deste ato sentencial de mérito.Quanto à exigência de realização de prévio Estudo de Impacto Ambiental da MONSANTO e de todos os outros pedidos à CTNBio formulados, nesse sentido, adoto, ainda, aqui, as razões expendidas pelo ilustre Representante do Ministério Público Federal, Dr. Aur
élio Veiga Rios, nos autos do processo cautelar referido, nestas letras: O EIA não é uma formalidade de menos; uma faculdade, arbítrio ou capricho que possa ser dispensada no exame tão delicado das conseqüências do descarte de OGM no meio ambiente. A exigência constitucional não pode ser, evidentemente, limitada por um decreto regulamentado. O art. 225, inciso IV, da Constituição Federal exige, na forma da lei, estudo prévio de impacto ambiental, para instalação de qualquer obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, incluindo-se nesse rol a liberação de organismo geneticamente modificado.
Nos termos da Lei n1 6.938/81 e da Resolução n1 237, de 19/12/97, do Conselho nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que expressamente exige a licença ambiental em casos de introdução de espécies geneticamente modificadas no meio ambiente".

[58] Voir décision du Tribunal Regional Federal, 1ª Região, APC 2000.01.00.014661-1/DF, j. 08.08.2000, Juge Assusete Magalhães:"
CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CAUTELAR – LIBERAÇÃO DO PLANTIO E COMERCIALIZAÇÃO DE SOJA GENETICAMENTE MODIFICADA (SOJA ROUND UP READY), SEM O PRÉVIO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL – ART. 225, § 1°, IV, DA CF/88 C/C ARTS. 8°, 9° E 10°, § 4°, DA LEI N° 6.938/81 E ARTS. 1°, 2°, CAPUT E § 1°, 3°, 4° E ANEXO I, DA RESOLUÇÃO CONAMA N° 237/97.
– INEXISTÊNCIA DE NORMAS REGULAMENTADORAS QUANTO À LIBERAÇÃO E DESCARTE, NO MEIO AMBIENTE, DE OGM.
– PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO CAUTELAR
– PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA
– PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO
– INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA
– ART. 808, III, DO CPC
– INTELIGÊNCIA. ...IV
– O art. 225 da CF/88 erigiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado „a bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações", incumbindo ao Poder Público, para assegurar a efetividade desse direito, exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade" (art. 225, § 1°, IV, da CF/88). V – A existência do fumus boni iuris ou da probabilidade de tutela, no processo principal, do direito material invocado, encontra-se demonstrada especialmente: a) pelas disposições dos arts. 8°, 9° e 10°, § 4°, da Lei n° 6.938, de 31/08/81 – recepcionada pela CF/88 – e dos arts. 1°, 2°, caput e § 1°, 3°, 4° e Anexo I da Resolução CONAMA n° 237/97, à luz das quais se infere que a definição de „obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente", a que se refere o art. 225, § 1°, IV, da CF/88, compreende „a introdução de espécies exóticas e/ou geneticamente modificadas", tal como

Notre Institut, l'Institut Brésilien de Politique et Droit du Consommateur (Brazilconsumer), qui est une organisation scientifique sur le Droit de la Consommation a prévu, lui aussi, une résolution sur le droit à l'information et de sécurité des consommateurs en 2000: *"Pour assurer la protection des droits basics du consommateur prévue au Code de Protection du consommateur (Loi 8.078/90) et la protection de l'environnement prévue dans la législation spécifique, il est nécessaire de réglementer les espèces génétiquement modifiées, tout particulièrement en ce qui concerne la sécurité alimentaire, l'étiquetage plein de tous les produits (industriels et in natura), ainsi que la réalisation des études d'impact dans l'environnement préalablement à la libération de chaque OGM dans l'environnement. Jusqu'à l'élaboration de la réglementation et des évaluations des risques pour le pouvoir public, soit sur l'impact sur la santé humaine (selon*

---

consta do Anexo I da aludida Resolução CONAMA nº 237/97, para a qual, por via de conseqüência, necessário o estudo prévio de impacto ambiental; b) pela relevância da tese de que o parecer conclusivo da CTNBio não tem o condão de dispensar o prévio estudo de impacto ambiental, para o plantio, em escala comercial, e a comercialização de sementes de soja geneticamente modificadas, especialmente ante séria dúvida quanto à constitucionalidade do art. 2º, XIV, do Decreto nº 1.752/95, que permite à CTNBio dispensar o prévio estudo de impacto ambiental – de competência do IBAMA – em se tratando de liberação de organismos geneticamente modificados, no meio ambiente, em face do veto presidencial à disposição constante do projeto da Lei nº 8.974/95, que veiculava idêntica faculdade outorgada à CTNBio. Precedente do STF (ADin nº 1.086-7/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, in DJU de 16/09/94, pág. 24.279); c) pela vedação contida no art. 8º, VI, da Lei nº 8.974/95, diante da qual se conclui que a CTNBio deve expedir, previamente, a regulamentação relativa à liberação e descarte, no meio ambiente, de organismos geneticamente modificados, sob pena de se tornarem ineficazes outras disposições daquele diploma legal, pelo que, à míngua de normas regulamentadoras a respeito do assunto, até o momento presente, juridicamente relevante é a tese de impossibilidade de autorização de qualquer atividade relativa à introdução de OGM no meio ambiente; d) pelas disposições dos arts. 8º, VI, e 13, V, da Lei nº 8.974/95, que sinalizam a potencialidade lesiva de atividade cujo descarte ou liberação de OGM, no meio ambiente, sem a observância das devidas cautelas regulamentares, pode causar, desde incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias e lesão corporal grave, até a morte, lesão ao meio ambiente e lesão grave ao meio ambiente, tal como previsto no art. 13, §§ 1º a 3º, da Lei nº8.974/95, tipificando-se tais condutas como crimes e impondo-lhes severas penas. VI – A existência de uma situação de perigo recomenda a tutela cautelar, no intuito de se evitar – em homenagem aos princípios da precaução e da instrumentalidade do processo cautelar –, até o deslinde da ação principal, o risco de dano irreversível e irreparável ao meio ambiente e à saúde pública, pela utilização de engenharia genética no meio ambiente e em produtos alimentícios, sem a adoção de rigorosos critérios de segurança.VII – Homologação do pedido de desistência do IBAMA para figurar no polo ativo da lide, em face da superveniência da Medida Provisória nº 1.984-18, de 01/06/2000. VIII – Preliminares rejeitadas. Apelações e remessa oficial, tida como interposta, improvidas."

l'exemple de celles qui sont faites pour les médicaments), soit dans l'environnement, aucune espèce d'organisme génétiquement modifié ne doit être autorisé au Brésil."[59]

Un an plus tard, en 2001, le gouvernement brésilien a élaboré la réglementation d'emballage et d'information aux consommateurs sur les aliments qui contiennent des OGM ou des composants OGM, à savoir le **Décret 3.871, du 18 juillet 2001.**[60] **Selon ce Décret présidentiel, l'obligation d'informer les consommateurs est de rigueur seulement si les composants du produit contiennent chacun plus de 4% d'OGM.**[61] **Ainsi, si une soupe ou un aliment pour enfants est faite avec du maïs et du soja génétiquement modifiés, chaque ingrédient peut avoir jusqu'à 3,9%, soit un total de 7,89% d'OGM sans obligation d'informer le consommateur brésilien. De nouveau** l'Association de défense du consommateur-IDEC, de São Paulo, a demandé judiciairement le prononcé de l'inconstitutionnalité du Décret, car la Constitution brésilienne prévoit parmi les droit fondamentaux la protection des intérêts des consommateurs, et estipule que les droits des consommateurs sont des limites à la libre initiative (Art. 5,XXXII et Art. 170,V de la CF/88)[62]. L'IDEC a attaqué le Décret lui-même pour violation du Code Brésilien de la Consommation, qui prévoit le droit à l'information aux articles 6°,I, II, III, 9 et 31 de la Loi 8.078/90 et de la Résolution 30/248 de l'Assemblé Générale des Nations Unies, de 16.04.85 (Art.3).[63]

---

[59] Conclusion nr. 6 du "V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, Belo Horizonte, 02.05.2000, Painel 10 – Direito Básico à Segurança", in Revista de Direito do Consumidor (São Paulo), vol. 35, jul/set. 2000, p. 262. Dans l'original: "6. Visando assegurar a proteção dos direitos básicos do consumidor previstos no CDC e a proteção ambiental prevista na legislação específica, sustentamos a necessidade de regulamentação adequada das espécies transgênicas, especialmente ao tocante à segurança dos alimentos, à rotulagem plena de todos os produtos (embalados, in natura e todos os demais) bem como a realização do estudo de impacto ambiental prévio a cada liberação de ONG's no meio ambiente. (aprovada por maioria) Até que a adequada regulamentação seja adotada e as avaliações rigorosas de risco sejam executadas pelo Poder Público, tanto no tocante aos impactos à saúde humana (a exemplo do que é feito com o medicamento), como ambiental, nenhuma espécie transgênica deve ser autorizada no país. (aprovada por maioria)."

[60] Décret 3.871, du 18 juillet 2001, "Disciplina a rotulagem de alimentos embalados que contenham ou sejam produzidos com organismo geneticamente modificados, e dá outras providências (DOU 19.06.2001)", in Revista de Direito do Consumidor, vol. 40, out/dez., 2001, p. 286-288.

[61] Post Scriptum: Voir réduction à 1% ex vi Decreto 4.680/2003 "sobre o direito de informação dos consumidores, rotulagem e símbolos especiais para 'alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal" in www.planalto.gov.br.

[62] Voir FREITAS, Vladimir Passos de, A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 171s.

[63] Voir l'action de l'IDEC et du MPF, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 40, out/dez. 2001, p. 233-241.

La question est encore pendante, mais le gouvernement brésilien n'a jamais contrôlé l'étiquetage des produits OGM au Brésil. En 2002, l'IDEC avec l'aide d'un institut suisse, a testé 36 produits de Supermarché à São Paulo et a décelé des OGM dans 11 produits. Aucun de ces produits ne présentait une information aux consommateurs.

En mars 2003, en raison de la pression des producteurs agricoles, même si la décision judiciaire prohibant la plantation des OGM au Brésil reste toujours valable, le gouvernement brésilien a autorisé à la vente de [64] la récolte 2003 de soja OGM !, en tant que composants de produits d'originne brésilienne!

La nouvelle norme, avec un peu d'ironie, permet la 'vente' des OGM brésiliens comme produits dérivés et interdit leur usage comme 'semence', en visant l'extinction des OGM jusqu'au 31 janvier 2004 (Art.1,§1° MP 113/2003). L'Etat brésilien, selon l'article 1,§3° de cette norme, doit aussi essayer des formules pour 'exporter' vers d'autres consommateurs étrangers ces produits-OGM et éviter que la "récolte OGM" soit consommée au Brésil ! La règle prévoit l'étiquetage impératif de tous les produits dérivés ou en utilisant des OGM (Art. 2°) et la création d'une certification négative: "Sans OGM" (Art. 3°). La norme impose des sanctions administratives lourdes en cas de violation. On peut seulement espérer que cette norme aura le résultat escompté : contrôler les OGM au Brésil !

L'exemple brésilien démontre que les décisions d'interdiction judiciaires éparses, les normes administratives et la normalisation abstraite d'un droit à l' information des consommateurs ne sont pas suffisantes. Il faut un contrôle administratif lourd et puissant. Il faut une société civile, avec des associations de défense du consommateur et un Ministère Public actifs, mais surtout il faut développer des instruments juridiques efficaces, pour la répression des fraudes d'information aux consommateurs. Le droit à l'information des consommateurs ne doit rencontrer aucune limite autre que celle de la détermination scientifique de la présence de l'OGM. Ainsi, l'autorisation des OGM jusqu'à 4% pour chaque composant d'un produit brésilien viole fortement le droit à l'information. Il y a plusieurs colorants et ingrédients qui ont un pourcentage inférieur et qui sont mentionnés sur l'étiquetage. Si vraiment les OGM ne causent pas de dommages à la santé publique, alors il n'y a aucune raison de ne pas informer les consommateurs. L'information sur les OGM est une information nécessaire à la santé et la dignité humaine. La loi brésilienne doit être modifiée et le gouvernent doit commencer un contrôle efficace, avec de lourdes sanctions administratives (et même pénales) en cas de violation des règlements.

---

[64] La 'Medida Provisória' 113, du 26.03.2003, "estabelece normas para a comercialização da produção de soja da safra de 2003", DOU 27.03.2003.(Post Scriptum: Voir Lei 10.688, du 13.06.2003 in www.planalto.gov.br).

B) Le cas du Mercosul comparé à celui de l'Union Européenne

Le droit de la consommation a une vocation internationale.[65] En théorie, le consommateur ne saurait être prétérité sur le plan de la sécurité, de la garantie ou de l'information parce qu'il achète un produit ou un aliment provenant d'un autre pays ou fourni par une entreprise étrangère. Notamment, s'il y a un projet de rapprochement économique entre les pays, comme la formation future d'une marché commun ou d'une union douanière, cette protection sans frontière du consommateur doit être un des objectifs de cette intégration économique. Les Communautés Européennes ont beaucoup légiféré en matière de protection du consommateur et de la concurrence. [66] En revanche, le Mercosur (Marché Commun du Sud), jeune projet d'intégration économique entre Argentine, Brésil, Paraguay et Uruguay (et avec les pays associés, Chili et Bolivie) [67], fondé par le Traité d'Asunción du 26 mars 1991,[68] n'a pas réussi a organiser un Règlement standard minimal de protection des consommateurs dans la région.[69] A ce jour, reste en vigueur la Résolution 126/94, selon laquelle il faut appliquer

---

[65] Voir BOURGOIGNIE, Thierry, Eléments pour une théorie du droit de la consommation, 1988, p.215ss.

[66] Cf. KRÄMER, Ludwig, La CEE et la protection du consommateur, Collection Droit et Consommation 15, Story, Bruxelles, 1988, S. 377.

[67] Le Mercosur a été crée dans le cadre de l'ALADI- Asociación Lationoamericana de Integración, fondée en 1980 par le Traité de Montevideo, voir SALOMÃO Filho, Calixto et SAMTLEBEN, Jürgen, Der Südamerikanische Gemeisame Markt - Eine rechtliche Analyse des Mercosur - Teil I, WM, 33 (1345-1352), 1992, p. 1346 et DROMI, Roberto, EKMEKDJIAN, Miguel A., RIVERA, Julio C., Derecho Comunitario-Sistemas de Integración-Regimen del Mercosur, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 25ss.

[68] "Tratado para la constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay", entrée en vigueur le 29 novembre 1991 et "Acuerdo de complementación económica n. 34 celebrado entre los gobiernos de los Estados Partes del Mercosur y el Gobierno de la República de Bolivia, Puenta del Este, Uruguay, 7.12.1995, ALADI (ACE 34)" et "Acuerdo de complementación económica n. 34 celebrado entre los gobiernos de los Estados Partes del Mercosur y el Gobierno de la República de Chile, San Luis, Argentina, 25.06.1996, ALADI (ACE 35)". Voir Mercosul: Legislação e Textos Básicos, Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul-Seção Brasileira e Ministério das Relações Exteriores (Ed.), Senado Federal, Brasília, 2000, p. 15ss et ARAÚJO, Nádia, MARQUES, Frederico Magalhães e REIS, Márcio, Código do Mercosul- Tratados e Legislação, Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 17ss, pour un texte en anglais, voir O'KEEFE, THOMAS A., Latin American Trade AgreementsA5-1 to A5-15, 30 I.L.M. 1041-1063 (1991).

[69] Voir les efforts pour harmoniser les règles sur la protection du consommateur au sein du Mercosul, in LIMA MARQUES, Claudia, A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral, El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Cursos de Derecho Internacional - vol. II (Parte 2), Ed. Secretaría General-Subsecretaria de Asuntos Jurídicos/OEA, Washington, 2002, p. 657- 779 et ARRIGHI, Jean Michel, La protección de los consumidores y el Mercosur, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, 2 (1992), p. 134 ss, STIGLITZ, Gabriel, El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur, in Derecho del Consumidor (Buenos Aires), vol. 6, 1995, p. 20ss et TONIOLLO, Javier Alberto, La protección internacional del consumidor-Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino, in Revista de Derecho del Mercosur (Buenos Aires/Porto Alegre), ano 2, nr. 6, diciembre de 1998, p. 94-117.

la loi du pays de commercialisation du produit ou de l'aliment.[70] Ainsi, si le soja OGM d'Argentine doit entrer au Brésil, l'importateur doit suivre la législation brésilienne et indiquer qu'il y a des OGM dans cet ingrédient. De cette manière, les chocolats qui viennent d'Argentine et contiennent du soja OGM doit l'indiquer sur l'étiquetage en portugais, et ce dès qu'il y a plus de 4% d'ingrédient OGM dans le produit. Or, en vérité, cette procédure d'information du consommateur brésilien n'a pas eu lieu et même les Associations de Défense du Consommateur ne savent pas dans quel produit national ou importé il y a des OGM au Brésil. La conclusion est alors que la règle du Mercosur est insuffisante pour assurer l'information des consommateurs dans la région.

Au sein du Mercosur, la prévention des dommages est complétée par une série de Résolutions sur la sécurité des produits et d'une Résolution sur la garantie des produits qui établit un système d'échange d'information en cas de défaut des produits et une série de Résolutions sur l'étiquetage.[71] L´étiquetage des OGM ne fait pas encore l'objet d'une Résolution spécifique, la Résolution générale sur le droit de la consommation, Res. 126/94 continuant à être l'unique règle du Mercosur sur l'OGM.[72]

Ici la législation dérivée des Communautés Européennes peut servir de point de comparaison.[73] La gestion des risques en Europe a trois instruments fondamentaux de prévention des dommages: l'évaluation des risques pour l'environnement, la surveillance et

---

[70] MERCOSUL/GMC/RES. 126/94, in: Boletim de Integração Latino-Americana/MRE/BR, 15,p. 133.

[71] Voir les normes sur les emballages au Mercosur , les Res. 10/91, 17/92 sur les emballages des produits industrialisés et des aliments, aussi les Res. 28/93, 35/93, 36/93, 48/93 et 87/93, qui ont été introduit dans la législation brésilienne par des normes spécifiques de l 'Institut brésilien de Mesure et Normes Techniques, 'Portarias' de l'INMETRO (DOU 16/04/93, p. 49/99 et DOU 21/9/92, p. 13.160).

[72] Voir la législation dérivé du Mercosur en apportant des contributions à la protection de la santé et de la sécurité des consommateurs les Résolution 31/92, 19/93, 46/93 83/93, 91/93 et 55/94 sur les additifs permis dans des aliments, la Res. 19/93 sur les colorants permis, la Res. 56/94 sur les toxines dans le lait et plusieurs types des farines, les Res. 31/93,82/93 et 63/94 sur le types et la qualité du lait, les Res. 69/93, 70/93 et 72/93 sur la qualité des fromages et du beurre, la Res. 32/92 et 59/93 règles générales sur la qualités des aliments, les Res. 11/93 et 44/93 règles générales sur les produit animales et la Dec. 06/93 approuve l'accord Sanitaire et Phytosanitaire du Mercosur, la Res. 57/94 sur les résidus toxiques et médicaments en produits d'origine animal, comme la viande et les Res. 59/ 94, 60/94 et 62/94 sur les mesures phytosanitaires et Res. 64/94, 65/94, 66/94, 67/94 sur les mesures zoo-sanitaires et sur la qualité de la viande, la Res. 04/92 réglés sur la fabrication et qualité des médicaments, la Res. 54/92 règles sur l'harmonisation des normes sur la sécurités de joues pour les enfants et la Res. 58/92 règles sur la commercialisations des produits industrialisé, introduit dans la législation brésilienne par des normes de l'Institut INMETRO. Aussi en matière de protection du consommateur et protection de l'environnement le Mercosur a établie des normes, comme par exemple la Dec. 14/94 sur le transport des produits dangereux , la Res. 80/93 sur les sprays, et les Res. 09/91, 6/92, 9/91, 26/93 sur la sécurité des automobiles et sur les émissions de gaz carboniques. Voir Boletim de Integração Latino-Americana, 12,p. 41ss et 15,p.93s.

[73] Voir SCHEIBE, Virgínia Amaral da Cunha, O Direito Ambiental no Mercosul, in Revista de Direito Ambiental, vol. 23 (2001), p. 125s.

le contrôle par la Commission, et la transparence avec information aux importateurs, aux autorités et aux consommateurs.

Le principe qui guide cette législation est celui de la prévention (Art.1, Directive 2001/18/CE, du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE), visant à protéger les effets négatifs des OGM sur la santé humaine et l'environnement (Art. 4 de la Directive 2001/18/CE). La législation européenne établit une "évaluation des risques pour l'environnement" (Art. 2 de la Directive 2001/18/CE), une autorisation préalable aux OGM (Art.6 de la Directive) et un système d'échange d'informations entre les autorité compétentes et la Commission, et d'information au public (Art. 11 et Art. 24 de la Directive).

Face aux consommateurs les produits et les éléments de produits OGM doivent suivre une série de normes, la Directive 70/457/CEE, Directive 70/458/CEE, Décision 74/234/CEE et le Règlement 89/397/CE, sans préjudice de la principale norme, la Directive 2001/18/CE. L'Union européenne a créé des règles sur l'étiquetage des OGM, "afin de fournir une information claire, sur une étiquette ou un document d'accompagnement' (Art. 26 de la Directive 2001/18/CE). Les Etats-membres, comme l'Allemagne par exemple, ont aussi des lois spécifiques sur les techniques génétiques, comme la *Gesetz zur Regelung der Gentechnik*, du 20 Juni 1990, actualisée le 19 juillet 2002, qui a créé une Commission pour la sécurité biologique (*Zentrale Kommission für die Biologische Sicherheit*).[74]

Le système européen peut être résumé par les actions positives des pays membres suivantes: 1) l'autorisation de la mise sur le marché des OGM avec l'évaluation des risques sur l'environnement; 2) le contrôle de l'étiquetage ou information accompagnant pour une quantité d'OGM supérieure à 1% (ou dans le futur 0,9%) dans tous les produits agricoles ou industriels; 3) l'obligation des rapports de surveillance et d'échange d'information; 4) l'obligation de notification aux autorités compétentes des dangers nouveaux et l'information au public de ces dangers; 5) la clause de sauvegarde, pour des actions rapides avec le retrait des produits du marché; 6)l 'imposition des exigences du Protocole de Carthagène sur la biosécurité aux exportateurs communautaires (*Advance Informed Agreement Procedure*).[75] Ce n'est peut-être pas un modèle parfait, mais il pourrait inspirer les pays membres du Mercosur.

---

[74] Voir la Commission européenne et la Résolution de Nice.
[75] Voir KNÖRR, p.192ss.

II – L'obligation de sécurité en faveur du consommateur et la réparation des accidents de consommation causés par des OGM: la législation sur la responsabilité civile et le droit international privé du fait de produits avec OGM

Au temps où l'agriculture dominait l'économie, l'obligation de sécurité fut développée par les articles 1245, 1945 s. et 1952 s. du Code Civil de 1804 en rapport avec les "choses gardées".[76] Avec l'expansion industrielle et les accidents du travail, la doctrine a d'abord défendu sans succès une interprétation de la notion de faute dans l'article 1382 du Code Civil français comme 'fait générateur de dommages' (Saleilles)[77] et après –avec succès- a développer sur l'article 1384 du Code Civil française la 'doctrine de la garde de la chose' (Josserand).[78] Le gardien de la chose est responsable pour les faits de la chose. La jurisprudence française a développée plus tard l'expression 'obligation de sécurité'.[79]

Aujourd'hui la majorité des législations nationales ont introduit la responsabilité sans faute ou la responsabilité du fait des produits, soit sous la pression de la jurisprudence, soit sous l'influence des organismes internationaux ou d'intégration économique. La question principale en droit de la consommation à notre l'époque post-industrielle conaissant une agriculture génétiquement modifiée, n'est plus de connaître le régime aggravé de la responsabilité civile du fait du produit, mais bien de savoir si les règles existantes sont suffisantes pour developer la prévention des dommages de consommation et des dommages de l'environnement causés par des OGM, et de savoir, en outre, si ces règles sont efficaces en cas d'accident. Le premier défi est la définition du produit lui même, car les OGM peuvent être des organismes vivants ou morts, des organismes pour l'alimentation humaine ou animale, des composants des produits alimentaires ou des produits alimentaires en eux mêmes. Les OGM peuvent être également utisées comme partie d'un service, par exemple un service de restaurant, de 'lunch' etc. Les dommages causés par les OGM ont aussi une spécificité post-industrielle ou post-moderne. La causalité du dommage de l'OGM serait seulement probable et future, semblable a celle du tabac. Les OGM ont aussi une internationalité émergente, face aux victimes-consommateurs, domiciliées dans plusieurs pays d'exportation de l'OGM, soit vis-à-vis des fournisseurs qui peuvent avoir des plantations, produire des semences, et leurs produits et services en différents pays du monde. Ces dommages peuvent aussi avoir des caractéristiques assez larges ou catastrophiques, signifier même le décès de beaucoup de personnes dans le futur. Voyons d'abord la législation sur la responsabilité civile et après les normes du droit international privé.

---

[76] MELLER, p. 16.
[77] Selon MELLER, p. 17.
[78] Selon MELLER, p. 18.
[79] MELLER, p. 19 considéré la première décision celle de la Cour de Cassation du 21 novembre 1991.

A) La législation sur la responsabilité civile du fait de produits avec OGM

Aujourd'hui la responsabilité civile du fait des OGM au Brésil est une responsabilité du fait des produits et du fait des services, basée sur la violation du devoir général de sécurité.[80] La loi brésilienne prévoit la responsabilité sans faute dans ces deux cas, aux Art. 12 et 14 de la Loi 8.078/90. [81] L'idéal serait la présence dans la législation nationale d'une responsabilité civile aggravée et sans faute, spéciale pour les faits des OGM. Les règles déjà existantes pour les faits des produits, basées sur le risque, peuvent continuer a être utilisées, mais il faudrait à mon avis une norme spéciale pour les OGM, à l'exemple de celles relatives aux médicaments.

La base de cette responsabilité spéciale pour les OGM ne doit pas être seulement la 'dangerosité de la chose-OGM', dangerosité qui n'a pas encore été prouvée de façon absolute par la science, ou sa 'garde', comme pour les faits des produits. La responsabilité pour des OGM a une spécificité nouvelle vis-à-vis des produits industriels, car c'est un produit anti-naturel agricole qui, au contraire des pesticides agricoles, et semblablement aux remèdes, finit toujours par entrer dans une personne humaine, soit directement comme aliment, soit indirectement comme composant, ou aliment des animaux consommés, et d'une façon transformée peut être seulement un composant ou une chose accessoire à un service de consommation. Cette fragmentation et le"double coding"[82] postmoderne - un produit qui est aussi partie accessoire des services - doivent être relevants pour imposer une responsabilité aggravée et solidaire de tous les fournisseurs concernés.

La base de la responsabilité relative aux OGM et de l'imputation objective de la responsabilité pour le fait d'OGM doit être, à mon avis, la création du produit-OGM ou la décision de création de la chose-OGM (*peritus spondet artem suam*) et la perturbation-risque volontaire de la nature humaine ou de l'environnement pour des profits financiers (*cujus commodum ejus periculum*).

---

[80] LIMA MARQUES, Contratos, p. 1030s.

[81] Voir mes commentaires, LIMA MARQUES, Contratos, p. 1024s.

[82] JAYME, Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - Cours général de droit international privé 1995, in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, 1995,II, p. 249.

Les OGM n'existent pas dans la nature, cela est leur caractéristique principale, à l'instar des produits industriels, des médicaments et des pesticides. Celui qui réalise l'intervention dans l'organisme, le producteur national ou étranger des semences-OGM par exemple, doit être le premier répondant de cette responsabilité stricte spéciale. La mise en circulation doit être aussi un élément de responsabilité objective, l'importateur des grains OGM étant alors aussi solidairment responsable des effets néfastes futurs ou présents de l'OGM qu'il a introduits dans la nature et sur les marchés, en tant que produit agricole ou destiné à l'alimentation animale. La mise en circulation sur le marché de consommation est le troisième fait imputable, par exemple l'utilisation des composants OGM par les fabricants de soupes et des aliments pour bébés, ou le mélange d'OGM aux hamburgers par un fournisseur de services d'une chaîne d'alimentation rapide, ou encore la ente dans les cinémas de pop-corn de maïs OGM.

La grande question actuelle est celle des commerçants. Le commerçant ou le prestataire de services qui offre des produits OGM, ou avec des composants OGM, doit-il aussi être responsable dans cette chaîne de responsabilité? Deux facteurs indiquent qu'il faut inclure les commerçants dans cette règle spéciale de responsabilité aggravée:

1) les produits OGM peuvent être des produits sans indication de l'origine du fabricant, appartenir à la composition d'autres produits, ou faire partie des services d'alimentations (restaurants, hôtels, hospices, chaînes d'alimentation rapide etc.). Le devoir d'information doit être nécessairement rempli par les commerçants, qui ont un contact direct avec le consommateur;

2) si, à l'époque industrielle, les commerçants ont reçu le privilège d'une responsabilité subsidiaire à celle du producteur, comme à l'article 13 de la loi brésilienne, Loi 8.078/90, la décision d'offrir des produits OGM aux consommateur est aujourd'hui une décision qui affecte la qualité-sécurité de sa prestation contractuelle. On peut dire que la décision de ne pas offrir des produits OGM est une décision économique. La mise sur le marché des OGM pour une finalité économique est un risque accepté par le commerçant (*cujus commodum ejus periculum*).

Comme on l'a observé, la complexité post-moderne du 'fait dommageable' demande une réglementation spéciale pour la responsabilité du fait des OGM. Il faut aussi considérer que les causes d'exclusion de responsabilité applicables aux produits industriels comme pour les risques de développement seraient injustes si elles sont appliquées aux OGM. Aussi la notion de 'défaut' est-elle liée à celle de 'la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances" (Art. 12, §1 et Art. 14, §1 de la Loi 8.078/90 et aussi Art. 6 de la Directive 85/374/CEE),[83] comme la présentation du produit et le moment de la mise en circulation du produit. Alors, si le consommateur est informé par l'étiquetage et les symboles que le produit contient des OGM, et décide malgré cela de le consommer, le défaut de

[83] MARKOVITZ, p. 372.

sécurité sera difficilement prouvé, comme on est en train de le voir dans quelques actions contre des fabricants de cigarettes au Brésil.

Aussi, les risques de développement sont des causes d'exonération de responsabilités dans quelques pays.[84] Le jugement de la Cour de Justice des Communautés européennes rendue le 29 de mai 1997 a montré que les risques de développement sont un facteur objectif d'exonération. La Cour a affirmé que l'article 7 (e) de la Directive 85/374/CEE *"ne vise pas spécifiquement la pratique et les normes de sécurité en usage dans le secteur industriel dans lequel opère le producteur, mais, sans aucune restriction, l'état des connaissances scientifiques et techniques, en ce compris son niveau le plus avancé, tel qu'il existait au moment de la mise en circulation du produit en cause."*[85]

L'idéal est une règle spéciale pour la responsabilité du fait des OGM, à l'exemple allemand. La règle de responsabilité sans faute pourrait imposer une responsabilité objective sans la nécessité de recourir à l'idée du défaut des produits ou des aliments OGM. Selon l'exemple du paragraphe 32,1 de la loi allemande, *Gesetz zur Regelung der Gentechnik/* 1990, il fallait créer une règle de responsabilité pour dommage pur : "Si quelqu'un souffre d'un dommage à cause des caractéristiques de l'organisme qui a été génétiquement modifié, celui qui a fabriqué, utilisé ou libéré au marché l'OGM doit en répondre."[86]

Si la doctrine préfère continuer a travailler avec l'idée de défaut, il faut bien définir les types de défauts des OGM. À mon avis les défauts de l'OGM peuvent être de deux types: a) *défaut de sécurité*, défaut de production, manufacture et projection, si l'OGM n'est pas un aliment conforme et sans danger comme l'aliment qu'il remplace. Ce défaut là va être imputable solidairement, soit pour les fabricants de semences et pesticides (*"a faillure to design the product so as to avoid danger"*), soit pour les producteurs agricoles, soit pour le fournisseurs qui les utilisent comme ingrédients dans des outres produits ou services (*"a failure arising in manufacture so that the product is not as intended"*);[87] b) *défaut d'information*, si le producteur de semences, les producteurs agricoles et les fournisseurs de produit et des services dans le marché violent ses devoires d'informer sur la caractéristique OGM des aliments, des produits et parties des services et des ingrédients de produits (*"a failure to warn"* de caracteristique OGM).

---

[84] Voir TAYLOR, p. 67 ss.

[85] Apud TAYLOR, p. 72.

[86] La norme allemande est la suivante: "§32 (1) Wird infolge von Eigenschaften eines Organismus, die auf gentechnischen Arbeiten beruhen, jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Betreiber verpflichtet, den daraus entstehenden Schaden zuersetzen."

[87] Expressions utilisé pour déterminer la nature du défaut pour OWLES, Derrick, The developement of product liability in the USA, Lloyd's Press, London, p. 9.

Une règle de responsabilité sans faute spéciale pour les OGM allait imposé une responsabilité solidaire par loi (voir l'exemple de la loi allemande, § 32, 2 GenTGesetz) et ainsi éviter la discussion sur la nature (contractuelle ou délictuelle) de la responsabilité imposé aux fabricants, producteur industrielle ou agricole, commerçants et fournisseurs des services. La règle pourrait assuré l'indemnisation des dommages morales et matérielles (voir l'exemple de la loi allemande, §32,4-7 GenTGesetz) et établie même un limite maximum de responsabilité pour chacun des responsables (voir l'exemple des 85 Millions des EURO de la loi allemande, §32,7 GenTGesetz). La prescription et decandence des ces prétentions pourraient suivre les normes générales du fait des produits ou du droit de la consommation, mais le délais doivent commencer à compter seulement après la découverte du dommage et des responsables dans ce cas spéciales (voir l'exemple de loi allemande, §32,8 GenTGesetz). La loi peut prévoir un droit d'information spéciale pour les victimes pour découvrir que type de OGM a causé le dommage et qui était le fabricant (Voir l'exemple de la loi allemande, §35 GenTGesetz). En suivant le principe du meilleur choix de loi et de régime de responsabilité pour la victime (*Günstigkeitsprinzip*),[88] les normes ordinaires sur le fait de produits et la responsabilité civile pourrait être utilisé aussi (voir exemple de la loi allemande, §37 GenTGesetz). Il fallait aussi régler la possibilité de facilitation de la preuve du défaut et du *nexus* de causalité pour la victime.

Reste encore vérifier le problème de l'internationalité des marchés de consommation d'aujourd'hui.

B) La législation de droit international privé concernant le fait des OGM

En Droit comparé, on observe que généralement, en cas de fait du produit, les lois de droit international internationale privé nationales indiquent l'application de la lois de l'Etat sur le territoire duquel le fait dommageable s'est produit, la *lex loci delicti*, comme la loi brésilienne (Art. 9 de la Loi d'introduction au Code Civil, Decreto-Lei 4.657/42) ou indique applicable soit la loi de l'Etat où les effets du dommage se font sentir, comme la ancienne loi allemande et son "Übiquitätstheorie",[89] ou la loi de l'Etat où le producteur a sont siège,

[88] VON HEIN, Jan, Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktrechts, Mohr, Tübingen,1999,p.2.
[89] VON HEIN, p. 89s.

comme la loi suisse (Art. 135,1 IPR-Gesetz)[90] ou le cumule de facteurs, comme celui de la résidence habituelle de la victime et du responsable, comme la nouvelle règle allemande du § 40,2 EGBGB.[91] La jurisprudence aide avec l'application de la loi du 'pays du marché' ou le produit été acheté.[92] Quelques lois prévoissent la possibilité de choix de la loi applicable au delict après le dommage (autonomie de la vonlonté), comme la nouvelle loi allemande, § 42 EGBGB. Ce choix devait être limite en cas de responsabilité du fait des OGM. Ici, il faut appliquer aussi les règles de droit internationale privé spéciales pour la protection des consommateurs,[93] qui normalement indiquer un *forum* privilégié[94] et des connexions plus flexibles et favorables pour les consommateurs. Les ordres juridiques prévoient des clauses d'exception pour les consommateurs et même l'application de la 'proper law of the tort'[95] ou la loi avec le lien plus étroite.[96]

Quelques règles de droit internationale privé semblent trop rigide, comme la loi brésilienne qui date de 1942. La ratification de la 'Convention sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits' de la Haye du 2 de octobre 1973[97] pourrait aider le Brésil et d'autres pays a arrivé a la nécessaire flexibilité de connexion en matière d'OGM. La Convention de la Haye de 1973 introduit la notion de responsabilité des fabricants, des producteurs, des fournisseurs de produits et d'autres personnes, y compris les entrepositaires, constituant la chaîne de préparation et distribution commerciale des produits (Art. 3), la convention connaît la notion de dommage pour fausse ou manque d'information (Art. 1) et inclut les produits naturels ou agricoles dans les produits qui peuvent causé les dommages (Art. 2).[98] La Convention prévoit dans les Articles 4,5 et 6 l'application de la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel le fait dommageable s'est produit *(lex loci delicti)* ou la loi de l'Etat de la résidence habituelle de la personne directement lésée.[99] C'est une bonne flexibilité

---

[90] WANDT, p. 72.
[91] Voir KADNER GRAZIANO, Thomas, Europäisches Internationales Deliktsrecht, Mohr, Tübingen, 2003, p. 67-68.
[92] KADNER GRAZIANO, p. 69.
[93] KADNER GRAZIANO, p. 71.
[94] Voir WANDT, p. 52s.
[95] Voir la jurisprudence de les Etats Unies, WANDT, p. 142s.
[96] Voir KADNER GRAZIANO, p. 78.
[97] WANDT, p. 58ss.
[98] Voir Conférence de La Haye de droit internationale privé, Actes et documents de la douzième session- 2 au 21 octobre 1972, Tome III- Responsabilité du fait des produits, Ed. Bureau Permanent de la Conférence, La Haye, 1974, p. 246-250. Voir aussi WANDT, p. 58s.
[99] Voir FREITAG, Robert, Der Einfluss des Europäischen Gemischaftsrechts auf das internationale Produkthaftungsrecht, Mohr, Tübinge, 2000, p. 171ss.

de la *lex loci delicti commissi,* visant appliquer la loi plus favorable à la réparation de la victime, qui est recommandable aussi pour le Brésil.[100] Les critiques à la Convention de la Haye de 1973 pour l'utilisation de la théorie allemande, *Ubiquitätstheorie*, d'une façon trop compliqué,[101] n'est sont pas importantes pour le cas brésilien.[102] La loi brésilienne est trop ancienne et inflexible pour les temps actuels. La ratification de la convention sera déjà un grand progrès. L'autre possibilité est la création d'une règle spéciale de droit internationale privé pour la responsabilité du fait de l'OGM. La tendance mondiale aujourd'hui est l'utilisation pour des faits des produits et des services de la loi du pays du marché d'acquisition ou utilisation pour les consommateurs.[103] Alors, on peut suggérer l'application de cette loi d'origine de l'OGM (*lex origines* ou lois du pays du marché de commercialisation).

Conclusion

En conclusion, au vue des règles de l'ONU, des règles constitutionnelles et des règles de droit de la consommation brésiliennes, la doctrine pourrait entamer une réflexion sur l'idée d'un droit aux informations nécessaires à la santé et dignité humaine, comme par example l'information sur la caractéristique OGM d'un aliment ou les informations sur les médicaments.

L'analyse du cas brésilien, de la législation du Mercosur et de l'Union Européenne indique que le droit de la consommation brésilien a déjà développé des instruments suffisants pour la prévention des dommages ou à tout le moins pour l'information des consommateurs. Le problème est l'efficacité de tels instruments.

---

[100] WANDT, p. 61. Voir sur la flexibilité de la lex loci delicti en droit international privé comparé, LIMA MARQUES, Claudia, Novos rumos do Direito internacional privado quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, in Revista dos Tribunais (São Paulo), vol. 629 (mar. 1988), p. 72-92.
[101] KADNER GRAZIANO, p. 77.
[102] LIMA MARQUES, Novos rumos, p. 92.
[103] KADNER GRAZIANO, p. 78.

Comme le commerce internationale actuellement n'est connaît presque plus de barrière,[104] il faut suggérer une action mondial pour assuré l'information des consommateurs et les contrôles efficaces, sans préjudice des efforts et sucés du *Codex Alimentarius*.[105] L'Association Internationale de Droit de la Consommation pourrait arriver à une Résolution avec cette finalité, à l'exemple de las résolutions de l'Association de Droit International, avec des suggestions aux gouvernement des pays. Les suggestions seraient seulement une inspiration pour des futures législations. Mais aujourd'hui, avec la crise de légitimation des institutions gouvernementaux et avec l'esprit post-moderne de narration des objectives, peut-être ces suggestions des professeurs de Droit de la Consommation pourraient tomber dans des champs fertiles.

Au sujet de la prévention des dommages faits aux consommateurs par les OGM au Brésil, il faut suggérer au gouvernement brésilien:

1) la création de mécanismes assurant une évaluation préalable des risques sur la santé publique avant la mise sur le marché des OGM ou des produits contenant des composants OGM ou des produits pour l'alimentation animale; avec OGM.

2) l'imposition de l'étiquetage ou d'une information complète de tous les produits agricoles ou industriels, nationaux ou importés, avec plus de 1% d'OGM.

3) la création de contrôles administratifs de surveillance après la mise sur le marché des OGM, au moyen de rapports annuels obligatoires aux autorités compétentes provenant des fournisseurs ou importateurs, ou par l'information du public, obligatoire en cas de danger ou de modification de des résultats de la recherche scientifique ou par la surveillance des effets des OGM par les associations de défense du consommateur;

4) la création d'un système transparent d'échange d'informations et d'expériences sur les OGM au sein du Mercosur.

---

[104] Il faut noter, que les premiers décisions de 'panels' de l'OMC sont sensiblement contraires aux intérêts de l'environnement, comme dans les cas de la pêche de 'saumon', la viande aux hormones et les cas de mesures phytosanitaires européennes (voir FABRI, Hélène Ruiz, Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, in Journal du Droit International, n. 3, jul/sept., 2000, p. 605s. et sur les OGM, MALJEAN-DUBOIS, p. 975s.). On parler inclusive d'une "diabolisation de l'OMC", voir MALJEAN-DUBOIS, p. 995. Aussi les premiers décisions arbitrales du Mercosur (http://www.mre.gov.br) sont contre les intérêt du consommateur et de la protection de la santé public, même si le Traité d'Asunción créant l'ALADI a dans l'article 50 une clause d'exception au libre commerce pour des motives de santé public et défense du consommateurs, voir détailles dans mon Course à l'OEA, LIMA MARQUES, p. 657ss.

[105] Voir NOIVILLE, p. 274s. et MALJEAN-DUBOIS, p. 973s et p. 996.

En ce que concerne l'obligation de sécurité et les règles sur la responsabilité, l'Association pourrait suggérer:

1) la création des règles spéciaux pour la responsabilité sans faute et aggravée du fait des OGM. La règle de responsabilité pour du fait OGM ne devait pas permettre l'exclusion de responsabilité pour des risques de développement.

2) la règle de responsabilité sans faute pourrait imposé la responsabilité sans nécessité de recourir à l'idée du défaut des produits ou aliments OGM, au modèle de le paragraphe 32,1 de la loi allemande, *Gesetz zur Regelung der Gentechnik*/1990: "Si quelqu'un soufre un dommage à cause des caractéristiques de l'organisme, qui était génétiquement modifié, celui qui a fabriqué , utilisé ou libéré au marché l'OGM doit répondre."

3) La règle de responsabilité sans faute spéciale pour les OGM devait imposé une responsabilité solidaire par loi aux fabricants, producteur industrielle ou agricole, commerçants et fournisseurs des services.

4) La règle pourrait assuré l'indemnisation des dommages morales et matérielles et même un limite maximum de responsabilité pour chacun des responsables.

5) La loi spéciale peut prévoir un droit d'information spéciale pour les victimes pour découvrir que type de OGM ont causé sont dommages et qui était le fabricant . La prescription et décandence des ces prétention pourrait suivre les normes générales du fait des produits ou du droit de la consommation, mais le délais doit commencer à compter seulement après la découverte du dommage et des responsables dans ce cas spéciales.

6) En suivant le principe du meilleur choix de loi et de régime de responsabilité pour la victime, les normes ordinaires sur le fait de produits et la responsabilité civile pourrait être utilisé aussi. Il fallait aussi régler la possibilité de facilitation de la preuve du défaut et du *nexus* de causalité pour la victime.

En droit internationale privé, la tendance mondiale actuelle est l'indication pour régler les faits des produits et des services de la loi du pays du marché d'acquisition ou utilisation pour les consommateurs. Alors, on peut suggérer:

1) L'application de la loi d'origine de l'OGM, *lex origines* ou loi du pays du marché de commercialisation;

2) La ratification de la 'Convention sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits' de la Haye du 2 de octobre de 1973, car la Convention peut aider la réparation des consommateurs en matière du fait internationale d'OGM.

ITALY

1 - 2000 – MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da Reparação. *Revista Roma e América – Diritto Romano Comune*, n. 10, separata, Roma: Mucchi Editore, 2000, p. 157-185. ***(waiting confirmation)***

2 - 2002 – MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A Boa-fé como Modelo. *Revista Roma e América - Diritto Romano Comune*, n. 13, separata, Roma: Mucchi Editore, 2002, p. 71-98.

3 - 2002 – LIMA MARQUES, Claudia. Défis d'un dialogue entre les règles régionales, universelles et du Mercosur en matière de procédure civile internationale. In : *Congress to Celebrate the 75th Anniversary of the Fouding of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Harmonisation Mondiale du Droit Privé et Integration économique régionale.* Rome, 2002 (CD). (***waiting confirmation***)

4 - 2003 – LIMA MARQUES, Claudia. Procédure civile internationale et Mercosur : pour un dialogue des règles universelles et régionales. *Revue du Droit Uniforme/ Uniform Law Review - UNIDROIT,* , vol. VIII, 2003-1/2, Roma, p. 465-484. (***waiting confirmation***)

5- 2003 - ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Mauro Cappeletti and the Brazilian Procedural Law. International Association of Procedural Law (Ed.), *In honor Mauro Capeletti*, Milan, CEDAM, 2003/2004.

6- 2003 - ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Considerazioni intorno all'eficacia della sentenza. International Association of Procedural Law (Ed.), *In honor Giuseppe Tarzia*, Milan, CEDAM, 2003/2004.

A Boa-Fé como Modelo
(uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale)[1]

Judith Martins-Costa

Uma coisa, pertencente a uma ordem de espíritos, é a organização da vida jurídica da sociedade, e outra muito diversa, pertencente a outra ordem, é a análise ou a síntese dos elementos componentes do direito. Entre a crítica e a encarnação do direito haverá sempre grande distância. Assim como nem a história, nem a teoria da arte, foi nunca obra dos grandes artistas, não são também os legisladores que fazem a sistematização dos fatos e das relações jurídicas. (Joaquim Nabuco, "Um Estadista do Império").

Sumário: Introdução. I) **A Teoria dos Modelos: dos modelos doutrinários aos modelos jurisprudenciais. II) A Casuística da Boa-Fé Objetiva nos Tribunais Brasileiros.**

---

[1] Texto originalmente apresentado, com o título "A Boa-Fé como Modelo (notas para a compreensão da boa-fé obrigacional como modelo doutrinário e jurisprudencial no Direito Brasileiro") ao Convegno La Formazione del Sistema Giuridico Latinoamericano: Codici e Giuristi, Amalfi, abril de 2001, tendo sido atualizada apenas a referência ao novo Código Civil Brasileiro.

A boa-fé obrigacional, também dita boa-fé objetiva, chegou tarde ao Direito Brasileiro. Só muito recentemente, a partir de 1990, o direito legislado passou a contemplá-la como regra específica, e ainda assim no domínio próprio das relações de consumo[2]. O vigente Código Civil Brasileiro, de 1916, não contém regra acerca da boa-fé obrigacional, diversamente do que ocorre com o novo Código, ora em aguardo da sanção presidencial, no qual são expressivas as referências ao princípio[3]. É bem verdade que o vetusto Código Comercial, de 1850, alude, no art. 130, à boa-fé como cânone hermenêutico dos contratos[4], mas este texto jamais desempenhou funções de cláusula geral, pouco passando de letra morta[5]. Mesmo assim, nos últimos quinze anos, o princípio, em sua feição objetiva, impositiva de *standard* de conduta aos que entram em relação obrigacional, vem sendo aplicado pela jurisprudência nacional como fonte de específicos deveres de conduta e como limite ao exercício de direitos, conquanto nem sempre seja usada idêntica gramática, havendo mesmo expressivas diferenças quanto ao modo e às hipóteses de sua incidência.

---

[2] Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.90) a prevê no art. 4º, inciso III, como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, visando à *"harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo"* e no art. 51, inciso IV, como critério de aferição de abusividade de cláusula contratual, cujo efeito é a nulidade.

[3] Para as referências ao novo Código Civil, vide o texto O novo Código Civil Brasileiro: em busca da "ética da situação", ora nesta obra e ainda MOREIRA ALVES, José Carlos, "A Boa-Fé Objetiva no Sistema Contratual Brasileiro", Revista Roma e América Roma, vo. 7,1999.

[4] Art. 130, *caput* e inciso I, *in verbis: "Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras".*

[5] Acentua, a propósito, José Carlos MOREIRA ALVES: *"É de notar-se, porém, que esse dispositivo, que se apresenta com a natureza de cláusula geral, até época relativamente recente foi tido como simples princípio de hermenêutica que se baseia na boa-fé subjetiva".* (in "A Boa-Fé Objetiva no Sistema Contratual Brasileiro", cit., p. 194).

Pesquisa realizada em *sites* de Tribunais brasileiros[6] indica que no ementário de decisões do Superior Tribunal de Justiça — ao qual compete, constitucionalmente, unificar a jurisprudência nacional[7] — dezoito (18) decisões encontram fundamento no princípio[8]. No Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição Federal, embora sejam inúmeras as decisões fundadas na boa-fé possessória e na proteção aos terceiros de boa-fé, há um único acórdão que revela a função da boa-fé como regra de conduta, aí sendo o princípio alegado, no Direito Administrativo, como limite à defesa, em juízo, da Administração Pública[9]. No âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados é o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pioneiro na sua aplicação, que apresenta o maior número de decisões fundadas na boa-fé objetiva, havendo mais de trezentas (300) referências, das quais aproximadamente vinte e cinco por cento(25%) apresentam uma feição inovadora, da qual é possível retirar uma verdadeira construção das funções que, tal qual observa-se no Direito Comparado,

---

[6] Pesquisa realizada nos meses de março a junho de 2001, pela Internet, tendo em conta os seguintes critérios: Tribunais Superiores (STF e STJ) e Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul (304 acórdãos), Rio Grande do Norte (9 acórdãos) Pará (9 acórdãos) Bahia (2 acórdãos), Goiás (6 acórdãos), Paraná (1 acórdão), Paraíba (1 acórdão), Rondônia(1 acórdão), Pernambuco (9 acórdãos) e Distrito Federal (24 acórdãos). Os demais Tribunais estaduais ou não têm nenhuma referência em seus ementários, ou não têm a jurisprudência acessível em suas *home pages*. Foram feitas consultas por *e-mail* junto aos Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio de Janeiro, Pernambuco, Mato Grosso e Espírito Santo, as quais não tiveram resposta, salvo a procedida junto ao Tribunal de Justiça de Pernambuco. A Justiça estadual de São Paulo, através do Juizados Especiais Cíveis, conquanto não tenha jurisprudência disponibilizada pela Internet, está começando a utilizar o princípio como "mandamento de recíproca confiança incumbente às partes" notadamente em tema de Direito do Consumidor, como exemplificativamente, os acórdãos proferidos pelo seu Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Capital nos Recursos n°os 7.959 (j. em 14.12.2000); 7.766 (j. em 13.11.2000); 7747 (j. em 1°. 11. 2000 e 7.767(j. em 13.11.2000), em todos eles sendo Relator o Juiz Laerte MARRONE. Para a realização desta pesquisa os verbetes procurados foram: "boa fé objetiva"; "boa-fé e obrigação"; "boa-fé contratual" , "boa-fé e contrato" e "boa-fé e princípio". Foram desconsiderados os acórdãos relacionados às palavras-chave 'boa-fé e contratos" relativos à proteção da boa-fé de terceiros que diziam respeito a situações subjetivadas da boa-fé. Assinala-se que, segundo os sistemas de indexação usuais, as expressões buscadas deveriam constar da ementa. Para esta pesquisa devo registrar o meu agradecimento ao valioso auxílio prestado pelo acadêmico de Direito Alexandre PEREIRA DUTRA, da Faculdade de Direito da UFRGS, que desenvolve projeto de iniciação científica sob minha orientação, com bolsa de estudos patrocinada pelo CNPq-BIPIC.]

[7] Constituição Federal, art. 105, inciso III, ao conferir a competência para julgar, em recurso especial (Resp), *"as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios"*, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

[8] Nomeadamente: Agr. Reg. no AI n° 47. 901 - 3 – SP;AGA 47901;EDRESP 167691;RESP 256274;RESP 107211;RESP 80036; RESP 32890;RESP 3714/RS;RESP 7187/SP; RESP 85521/PR; RESP 101061/PB; RESP 157841/SP; RESP 5932/RS; RESP 158728/RJ; RESP 18.4573/SP, RESP 95535/SP;REMS n° 6183-MG;.ROMS 6183; ROMS 1694/RS.

[9] STF, 2ª T, RE 158448/MG, Relator Ministro Marco Aurélio de MELLO, j. em 29.06.1998, sendo a boa-fé invocada articuladamente aos princípios da continuidade da prestação de serviços e da realidade.

notadamente o direito alemão e o italiano, têm sido cometidas ao princípio[10].

Ora, os dados desta pesquisa sinalizam uma "modelagem brasileira" da boa-fé objetiva, de cunho fortemente jurisprudencial.

Numa cultura jurídica na qual é ainda forte a tradição legalista, ao apego à lei em seu aspecto formal, à sua mais espessa literalidade, uma tal circunstância é curiosa. Na busca das razões que a expliquem, recorro preliminarmente (Parte I) a um específico recorte teórico, qual seja, o da teoria das fontes e dos modelos jurídicos, proposta por Miguel Reale[11].Compreendido este aporte teórico — que é aqui suporte, e busca de explicação — tentarei visualizar a formação de um modelo jurisprudenial da boa-fé objetiva no Direito Brasileiro, mediante a indicação das funções que, na concreta prática da vida jurídica, é o mesmo chamado a operar (Parte II).

I) A TEORIA DOS MODELOS: DOS MODELOS DOUTRINÁRIOS AOS MODELOS JURISPRUDENCIAIS.

Ao debruçar-se sobre o fenômeno da normatividade, percebeu Miguel Reale que as normas jurídicas, provindas das quatro fontes às quais são reconhecidos os atributos da autoridade e da prescritividade — a saber, a fonte legislativa, a jurisprudencial, a consuetudinária e a negocial — podem apresentar-se como modelos, vale dizer, como "*estruturas normativas que ordenam fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas conseqüências*"[12]. Correspondentes, no plano jurídico, às estruturas normativas verificadas nas estruturas sociais, os modelos são constantemente construídos pela experiência jurídica, distinguindo-se entre modelos jurídicos — assim os provenientes das quatro fontes de produção jurídica, dotados que são de força prescritiva — e os modelos dogmáticos, ou hermenêuticos, cuja elaboração é doutrinária e cuja força é indicativa, argumentativa ou persuasiva.

---

[10] Para este cômputo a autora considerou as invocações a boa-fé não repetitivas e as decisões nas quais as funções da boa-fé objetiva são efetivamente desenvolvidas, desconsiderando aquelas em que o princípio é meramente alegado, sem a correspondente motivação e o estabelecimento dos nexos com a concreta situação fática e ainda os acórdãos fundados em similar situação de fato e idêntica argumentação.

[11] Veja-se, de Miguel REALE, "Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico", São Paulo, Saraiva, 1994, e, "Para uma teoria dos modelos jurídicos", *in* "Estudos de Filosofia e de Ciência do Direito", São Paulo, Saraiva, 1978.

[12] REALE, Miguel, "Para uma teoria dos modelos jurídicos", *in* "Estudos de Filosofia e de Ciência do Direito", cit., p. 17.

A referência à força meramente indicativa ou persuasiva da doutrina merece, no Direito Brasileiro, um cuidado particular. Somos, os luso-brasileiros, tributários de uma longa tradição "bartolista"[13], e, portanto, a força da doutrina tem um peso específico, de alta densidade cultural. É que, desde as nossas mais fundas origens, o *mos italicus,* refletido exemplarmente na obra de Bartolo de Saxoferrato, conformou uma mentalidade. Se razão cabe a Fernand Braudel ao aludir à "longa permanência" das estruturas na História[14] — comparativamente às conjunturas e aos eventos, conformadores de ciclos de média e de curta duração — o certo é que a estrutura das mentalidades, dos "enquadramentos mentais" a que alude Braudel[15] é a que apresenta a mais longa duração. É o que ocorre com a nossa visão do papel da doutrina na formação do Direito.

No antigo direito lusitano nem o centralismo jurídico representado pela precoce ordenação do Direito sob o signo da autoridade estatal — nossas primeiras Ordenações do Reino são de 1447[16], — teve força para afastar a doutrina como verdadeira fonte de direito.

---

[13] Veja-se ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, "Romanismo e Bartolismo no Direito Português", Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra vol. XXXVI, 1960, p. 16.

[14] BRAUDEL, Fernand, "História e Ciências Sociais", tradução portuguesa de Rui Nazaré, Lisboa, Editorial Presença, 4ª edição, 1982, notadamente o ensaio "A Longa Duração", p. 7 a 39. Para a apreensão das categorias braudelianas na História do Direito, PARADISI, Bruno, "Questioni Fondamentali per una Moderna Storia del Diritto", *in* Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, vol. 1, Firenze, 1972, em especial pp. 31 e ss., e VARELA, Laura Beck, 'Algumas Contribuições da Ciência Histórica à Tarefa do Historiador do Direito", *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 18, Porto Alegre, 2000.

[15] BRAUDEL, Fernand, "História e Ciências Sociais, cit., p. 14.

[16] Ordenações Afonsinas cuja conclusão ocorreu no segundo semestre de 1446 ou no primeiro de 1447. O seu sistema de fontes estabeleceu (Livro II, título IX) a hierarquia entre as leis do reino que, se insuficientes seriam supridas *"pelas Leys Imperiaies, e pelos Santos Canones"*, e sucessivamente *"se o caso de que se trauta em partica, nom fosse determinado per Ley do Regno, ou estilo, ou custume suso dito ou Leyx Imperiaaes, ou Santos Canones, entom mandamos que se guardem as grosas d"Acursio encorporadas nas ditas Leys. E quando pelas ditas grosas o caso non for determinado, mandamos, que se guarde a opiniom de Bartholo, nó embargante, que os outros Doutores diguam o contrario".* O sistema foi mantido, com pequenas variantes, nas Ordenações Manuelinas (redação definitiva em 1521) e nas Ordenações Filipinas (1603, que vigoraram no Brasil até 1916).

Ainda que os textos legislativos previssem, formalmente, o caráter de fonte subsidiária, relatam os historiadores do *ius commune* ibérico ter por vezes cabido à doutrina de Acursio e Bartolo papel proeminente frente ao próprio direito do rei[17].

Isto significa dizer que em nossa profunda mentalidade, paradoxalmente,[18] articulou-se, ao legalismo, a atenção à doutrina como fonte de produção de modelos hermenêuticos, mesmo os derivados da experiência estrangeira. Para os efeitos de uma possível história das mentalidades jurídicas, o termo "bartolismo" indica, pois, este fenômeno cultural, marca permanente, o de em nossa *forma mentis* estar fortemente arraigada a idéia de a doutrina não apenas desenvolver o papel de formadora dos cânones de interpretação, mas o de, concebendo *"os modelos hermenêuticos destinados a preencher as lacunas do sistema"*[19], tornar-se fonte prescritiva. Diferentemente do que ocorre em outros países, entre nós os juízes recorrem, em suas decisões, a largas citações da doutrina, nacional ou estrangeira. Por esta via, os modelos doutrinários, largamente aceitos pela jurisprudência, são convertidos em modelos jurídicos jurisprudenciais, estes sim marcadamente prescritivos, *"graças ao poder constitucionalmente conferido ao juiz"*[20], assim dinamizando de maneira exponencial (ou, por vezes, cristalizando), as soluções oferecidas pela fonte legislativa, em si mesma estática.

Os modelos jurisprudenciais incluem-se entre os modelos jurídicos ou prescritivos. Estes, diz Reale, não são o mesmo que normas, constituindo suas especificações, geralmente resultando de uma pluralidade de normas que, entre si articuladas numa certa estrutura, compõem uma unidade lógica de sentido[21]. Se determinada estrutura serve de base *"a uma série ordenada e conjugada de atos tendentes a alcançar certos objetivos visados"*, tem-se um modelo, que assim se apresenta como uma *"estrutura paradigmática"* a qual, no campo das ciências sociais, notadamente no Direito, é marcada por um essencial dinamismo, sendo-lhe

---

[17] Afirma HESPANHA que em Portugal *"apesar de as Ordenações conferirem ao direito romano um lugar apenas subsidiário no quadro das fontes do Direito (Ordenações Filipinas, III, 64) na prática ele era o direito principal, sendo mesmo aplicado contra o preceito expresso do direito local"* (HESPANHA, Antonio Manuel, "Panorama da Cultura Jurídica Européia" Lisboa, Publicações Europa-America, 1997, p. 67, nota 79, por "direito romano" devendo entender-se fundamentalmente a obra de Acursio e Bartolo).

[18] O paradoxo diminuirá se considerarmos que a doutrina brasileira vem recoberta, em larga medida, pela tradição praxista, a qual é pouco criativa, pois cingida aos comentários da prática forense, caracterizando-se, por vezes, por uma vocação de retrospectividade mais do que de prospectividade.

[19] REALE, Miguel, "Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico", cit., p. 107.

[20] Idem, ibidem.

[21] REALE, Miguel, "Fontes e Modelos do Direito – para um novo paradigma hermenêutico", cit., pp. 29 e 30.

inerente "*o movimento, a direção no sentido de um ou mais fins a serem solidariamente alcançados*"[22]. Um modelo pode, assim, articular normas de hierarquia diversa, compondo, numa unidade de sentido, princípios constitucionais, regras infraconstitucionais e prescrições que resultam da atividade jurisdicional. Por isto é que, enquanto expressivas de modelos, as normas "*passam a ser captadas (...) em sua plenitude só quando o intérprete atende à dinamicidade que lhes é inerente e à totalidade dos fatores que atuam em sua aplicação ou eficácia, ao longo de todo o tempo de sua vigência*"[23].

Bem por isto, não são os modelos estruturas estáticas ou fixas, presas ao passado: sendo elaborados continuamente têm, a par da vocação retrospectiva (por decorrerem das fontes, que são estáticas) a vocação prospectiva, pois se projetam no presente e para o futuro, assim agregando a experiência do passado, mas estando abertos para o que está por vir, nesta perspectiva possibilitando a solução de novos problemas ou a adequação das soluções tradicionais às novas escalas axiológicas vigentes[24].

Ora, no Direito Brasileiro a boa-fé objetiva apresentou-se, inicialmente, como um modelo hermenêutico, ou doutrinário, na acepção que lhe dá Miguel Reale, podendo ser atribuída à obra de Clóvis do Couto e Silva[25], eminente jurista falecido em 1992, Professor Titular da Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul, a sua

---

[22] REALE, Miguel, "Jurisprudência e Doutrina", in "Questões de Direito", São Paulo, Sugestões Literárias, 1981.

[23] REALE, Miguel, *Fontes e Modelos* ,cit., p. 30, grifos do autor.

[24] Creio que a percepção de Reale acerca da prospectividade dos modelos plasma a antecipação, em décadas, do pensamento que, na Europa, viria a ser desenvolvido por adeptos mais recentes da Teoria Hermenêutica, como Giuseppe ZACCARIA acerca da positivação das normas como um processo dinâmico — e não por acaso estruturado numa tríade — , ou por Friederich MÜLLER sobre a normatividade como "processo estruturado", conseqüente à distinção que procede entre o texto da norma e o seu "programa" como "pauta ordenadora" obtida no processo de interpretação, o sentido e o alcance da norma sendo alcançados apenas na concretização (para estas referências vide ZACCARIA, Giuseppe, "Sul concetto di positività nel diritto",in Diritto Positivo e Positività del Diritto, Turim, Giappichelli, 1991, e L'Arte dell'interpretazione, Pádua, Cedam,1990 e MÜLLER, Friedrich, "Discours de la Méthode Juridique", Paris, PUF, 1996, em especial pp. 186 e ss.)

[25] Notadamente em "A Obrigação como Processo", Tese de Cátedra, Porto Alegre, 1964, posteriormente publicada (São Paulo, José Bushatsy Editor, 1976) e em "O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português", *in* "Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 43-72.

efetiva conformação como princípio ativo, capaz de operar "*verdadeira transformação jurídica através da doutrina e do Poder Judiciário*[26] ". Conquanto referência à boa-fé contratual já constasse das obras de Miguel Maria de Serpa Lopes[27], Orlando Gomes[28] e de Alípio Silveira[29], as decisões que iniciaram a trajetória de seu acolhimento como modelo jurisprudencial fazem expressas referências à obra de Couto e Silva e a de autores que divulgou, como o português Mario Júlio de Almeida Costa,[30] os quais deram ao princípio um desenvolvimento dogmático ausente das demais obras mencionadas, explicitando os deveres de cooperação que, na relação obrigacional, decorrem da sua incidência. Como observa Couto e Silva, "*os autores que escreveram, posteriormente ao CC brasileiro, não mencionam em geral a importância do princípio da boa-fé para uma moderna concepção da relação obrigacional, não a definem como uma complexidade, uma estrutura ou um sistema de processos*"[31]. E, confirmando o nosso "bartolismo", a boa-fé objetiva ingressa na doutrina brasileira pelas mãos de Emilio Betti, como alude Couto e Silva ao lembrar o '*magnífico curso*" proferido pelo extraordinário jurista italiano na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1958[32].

Com base na percepção da relação obrigacional como um processo que se desenvolve no tempo, em sucessivas fases, polarizado pelo adimplemento, transpôs Couto e Silva para o direito civil brasileiro a concepção bettiana da existência imanente, nestas relações, de deveres de colaboração, ora secundários ou anexos à obrigação principal, ora apresentando-se, por força da boa-fé, como deveres autônomos. Conjugando esta concepções aos aportes da doutrina e da jurisprudência alemãs, que

---

[26] COUTO E SILVA, Clóvis, "O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português", cit., p. 43.
[27] SERPA LOPES, Miguel Maria. "Curso de Direito Civil", Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1ª edição, 1957.
[28] GOMES, Orlando, "Transformações Gerais do Direito das Obrigações", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1ª edição de 1967.
[29] SILVEIRA, Alípio, "A Boa-Fé no Código Civil", Tomos I e II, São Paulo, Editora Universitária de Direito, 1973. Este, autor de um amplo estudo que procura distinguir entre a "boa-fé crença" e a 'boa-fé lealdade", mesmo assim atribui, à segunda, o caráter de um estado subjetivado, como se observa pelos grupos de casos que analisa no 2° volume de sua obra.
[30] ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, "Direito das Obrigações", Almendina, Coimbra, ora na 8ª edição (2000), e cuja primeira edição é de 1968.
[31] COUTO E SILVA, Clóvis, "O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português", cit., p. 58.
[32] COUTO E SILVA, Clóvis, "O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português", cit., p. 43, nota 1.

deram um notável desenvolvimento à norma do parágrafo 242 do BGB, atribuiu Couto e Silva, à boa-fé objetiva, o papel de fonte autônoma de direitos e obrigações, por cuja incidência "*transforma-se a relação obrigacional manifestando-se no vínculo dialético e polêmico, estabelecido entre devedor e credor, elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento*"[33].

Enfatizou Couto e Silva que o fato de o Código Civil não contemplar de forma expressa o princípio — constatação que decorreria de uma interpretação "*meramente gramatical*", consagradora de "*um absurdo*"[34] — não poderia levar à conclusão de que o mesmo não integra o ordenamento. "*Quando num código não se abre espaço para um princípio fundamental, como se fez com o princípio da boa-fé, para que seja enunciado com a extensão que se pretende*" afirmou, "*ocorre ainda assim a sua aplicação por ser o resultado de necessidades éticas essenciais, que se impõem ainda quando falte disposição legislativa expressa*", reconhecendo, porém, que, neste caso, '*a percepção ou captação de sua aplicação torna-se muito difícil, por não existir uma lei de referência a que possam os juízes relacionar a sua decisão*'[35].

Estas dificuldades foram e continuam a ser sentidas. No entanto, progressivamente, a partir da década de 80, parte da jurisprudência passa a acolher esta doutrina, concretizando o princípio e formando, em pequenos passos, a sua dogmática.

A jurisdição, acentua Reale, "*é antes de mais nada, um poder constitucional de explicitar normas jurídicas, e, entre elas, modelos jurídicos*"[36]. Este poder, embora desenvolvido normalmente na "*realização das normas legais adequadamente aos casos concretos*"[37] também se apresenta, excepcionalmente, como "*poder de editar criadoramente regras de direito, em havendo lacuna no ordenamento*"[38].

A inexistência de expressa previsão no Código Civil ao princípio da boa-fé passou a exprimir lacuna, angustiosamente sentida quando os tradicionais princípios de Direito das Obrigações — o da autonomia privada, expresso na auto-vinculação, e o da responsabilidade por culpa — começaram a se mostrar mais que nunca insuficientes para uma justa solução de casos resultantes, por exemplo,

---

[33] COUTO E SILVA, Clóvis, "O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português", cit., p. 47.
[34] As expressões grifadas estão em COUTO E SILVA, Clóvis, "O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português", cit., p. 61.
[35] COUTO E SILVA, Clóvis, "O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português", cit., p"p. 61 e 62.
[36] REALE, Miguel," Fontes e Modelos do Direito" , cit., p. 69.
[37] Idem, p. 70.
[38] Idem, ibidem.

da contratação por adesão, ou do exercício abusivo de posição contratual, ou do indevido recesso das tratativas contratuais, ou da necessidade de revisão das bases contratuais em casos de excessiva onerosidade, entre outros tantos que poderiam ser aqui lembrados. Aí está a razão pela qual o princípio da boa-fé – que, bem lembrava Couto e Silva, "*endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos*"[39] passou a conformar verdadeiro e próprio modelo jurisprudencial.

E constitui modelo a boa-fé porque, para a sua correta aplicação, não pode o juiz prescindir da articulação, coordenada, de outras normas integrantes do ordenamento, compondo-as numa unidade lógica de sentido. É preciso recorrer, exemplificativamente, às regras da mora, ou da resolução contratual, ou da responsabilidade civil, ou do adimplemento, ou a tópicos integrantes do direito legislado, como o da "utilidade da prestação" para o credor[40], ou a que consagra o poder do juiz de reduzir a cláusula penal[41], ou às regras da exceção de contrato não cumprido[42] e ainda as do abuso de Direito[43], ou a outros princípios ou diretrizes, expressos ou implícitos no ordenamento, como o da moralidade e razoabilidade ou a solidariedade social, ou, enfim, aos cânones de interpretação e integração do contrato, para lograr uma adequada concreção do princípio — adequada porque viabilizadora da inserção, no ordenamento, da nova solução alcançada por via jurisprudencial, e porque afastada do puro e simples voluntarismo judicial.

Para saber como vêm os juízes brasileiros implementando este modelo, essencial é o exame casuístico das funções que lhe estão sendo concretamente cometidas. É do que agora me ocuparei, tendo em conta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

II) A CASUÍSTICA DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Se o sentido geral da boa-fé é o de nortear o teor geral da colaboração intersubjetiva, especialmente no Direito das Obrigações, é porque a boa-fé produz deveres instrumentais e "a v o l u n t a r í s t a s"[44], neologismo que emprego para indicar que não derivam necessariamente do exercício da autonomia privada nem de punctual explicitação legislativa: sua fonte reside justamente no princípio,

---

[39] COUTO E SILVA, Clóvis. "O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português", cit., p.53.
[40] Código Civil, art. 956, parágrafo único.
[41] Código Civil, art. 924.
[42] Código Civil, art. 1092, *caput*.
[43] Código Civil, art. 160, inciso I, *a contrario*.
[44] Assim o meu "A Boa-Fé no Direito Privado", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 438.

incidindo em relação a ambos os participantes da relação obrigacional[45].

O efetivo desenho destas hipóteses deve ser recortado da jurisprudência que vem empregando o método de raciocínio tópico para modelar "grupos de casos típicos" de violação do dever de agir segundo a boa-fé, em construção ainda não-sistemática, das hipóteses[46], porém indicativa das figuras componentes de um possível código discursivo da boa-fé em efetivo uso em alguns Tribunais brasileiros.

A fim de sistematizar estes casos, proponho agrupá-los em três setores, o primeiro deles atinente ao que chamarei de "função de otimização do comportamento contratual", o segundo relativo à "função de reequilíbrio" do contrato e o terceiro correspondente à "função de limite" no exercício de direitos subjetivos, recolhendo casos que dizem respeito às relações privadas de direito comum, de direito do consumidor e de direito administrativo, campo de também especial relevância na atuação da boa-fé objetiva.

A) A BOA-FÉ E A FUNÇÃO DE OTIMIZAÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRATUAL

A função otimizadora do comportamento contratual é obtida por dois modos diversos: de um lado, pela imposição de deveres de cooperação e de proteção dos recíprocos interesses, deveres instrumentais de conduta, pois visam o exato processamento da relação obrigacional, a satisfação dos interesses globais envolvidos, auxiliando na realização positiva do fim contratual e na proteção à pessoa e aos bens da contraparte[47]. De outro, pela utilização do princípio da boa-fé como cânone de interpretação e integração do contrato consoante à função econômico-social que concretamente é chamado a realizar.

---

[45] Para a explicitação deste tema, ver o meu "A Boa-Fé no Direito Privado", cit., em especial pp. 437 e ss.

[46] É natural a formação tópica ou casuística quando se trata de dar concreção aos modelos jurídicos semanticamente abertos, como o de boa-fé, ocorrendo a ressistematização das decisões mediante a formação de "grupos de casos típicos" conforme o interesse concretamente lesado e consoante a identidade ou a similitude da *ratio decidendi*, em torno destes construindo a jurisprudência certos tópicos ou parâmetros que possam atuar, pela pesquisa do precedente, como amarras à excessiva flutuação do entendimento jurisprudencial. Facilitada, assim, estará a pesquisa do precedente e a elaboração, progressiva e aberta de tópicos, nos sentido viehweguiano, obtendo-se, pouco a pouco, a ressistematização das *fattispecies* já previstas e permitindo-se a incorporação de novas hipóteses sem que fosse necessário recorrer à punctual intervenção do legislador. (Para o exame das funções e modos de operar as cláusulas gerais, o meu "A Boa Fé no Direito Privado", cit., 330 a 377).

[47] Sobre os deveres instrumentais vide o meu "A Boa-Fé no Direito Privado", cit., p. 440.

O mais imediato dever decorrente da boa-fé é o dever de lealdade com a contraparte. Já decidiu a jurisprudência[48] ferir a boa-fé objetiva o comportamento de cliente de banco, titular de conta-corrente que, depois de sucessivos saques, a limite coberto ou não, alega a inexistência de débito. Assim também detectou-se a quebra do dever de lealdade de contratante de seguro privado de saúde que não preenchera, com lealdade e honestidade, o questionário sobre doenças pré-existentes, que lhe fora fornecido pela seguradora no período antecedente à conclusão do negócio jurídico, estando ciente da existência de moléstia[49].

A atuação contratual dos profissionais liberais, como a dos médicos e dos advogados, caracteriza relação fiduciária, na qual os deveres de agir segundo a boa-fé não são "anexos", mas absolutamente nucleares, a fidúcia integrando o conteúdo do próprio dever principal. Por isto, já decidiu o Judiciário que "*o advogado que recomenda providência judicial onerosa para o cliente e benéfica a ele, estipulando-a no contrato de honorários, age com deslealdade, violando o princípio da boa-fé contratual*", o que, na espécie, conduziu à nulidade do ajuste[50].

A lealdade marca também as relações de Direito Administrativo. Em paradigmática decisão, o Superior Tribunal de Justiça assentou que "o *compromisso público assumido pelo Ministro da Fazenda, através de Memorando de Entendimento, para suspensão da execução judicial de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorrerá, preenchida a condição*". Daí decorrer o direito do particular de " *obter a suspensão fundado no princípio da boa-fé objetiva, que privilegia o respeito à lealdade*"[51]. A violação da lealdade restou evidente na medida da presunção que o compromisso público assumido pelo Governo, através do seu Ministro da Fazenda, o condutor da política financeira do país, e com a assistência dos estabelecimentos de crédito diretamente envolvidos, tivesse sido celebrado para ser efetivamente cumprido. Por isto a invocação, no aresto, do princípio geral da boa-fé que, se vale no Direito Privado, "*vale ainda mais para a administração pública*

---

[48] TJRGS, Ap. Civ. nº 598225720 – 17ª C. Civ., j. 06.4.99, Rel. Demétrio Xavier LOPES NETO

[49] TJRGS, Ap. Civ. nº 597019439 – 6ª C. Civ., j. 12.11.97, Antonio Janyr DALL'AGNOL JUNIOR.

[50] TJRGS, Ap. Civ.194.045.472 - 9ª C. Civ., j.26.4.94, Rel. Des. Antônio Guilherme Tanger JARDIM, in Revista Direito do Consumidor, vol. 14, p, 173.

[51] REMS nº 6183-MG, STJ, 4ª T. Rel. Min. Ruy ROSADO DE AGUIAR , unânime, j. 14.12.1995, p. DJ 8.12.95. Tratava-se de hipótese em Banco do Brasil, que é entidade bancária oficial, vinculada à Administração Pública, havia ajuizado processos de execução de dívida contra clientes inadimplentes. O Ministro da Fazenda, autoridade à qual, em última instância está a autarquia bancária vinculada, havia firmado "Memorando de Entendimento" no curso de tratativas visando solucionar a questão, que atingia um grande número de devedores, comprometendo-se a suspender temporariamente a execução se os devedores se apresentassem para renegociar o débito. Embora o compromisso, o Banco do Brasil prosseguiu, mesmo assim, a execução judicial, negando o caráter obrigacional do mencionado "Memorando de Entendimento".

e para a direção das empresas cujo capital é predominantemente público, nas suas relações com os cidadãos", sendo *"inconcebível que um Estado democrático, que aspire a realizar a Justiça, esteja fundado no princípio de que o compromisso público assumido pelos seus governantes não tem valor, não tem significado, não tem eficácia. Especialmente quando a Constituição da República consagra o princípio da moralidade administrativa"*[52].

Reforçando o dever de lealdade nas relações de direito administrativo — mas já agora o dever de lealdade de servidor para com a Administração Pública — está o caso em que médica, servidora municipal, foi licenciada para tratamento de saúde. No período da licença, porém, passou a atender pacientes em clínica particular, o que motivou a sua punição (suspensão disciplinar). Inconformada, a médica ajuizou ação indenizatória contra a Administração, decidindo o Judiciário pela improcedência da demanda, face ao dever, descumprido pela médica, de não atender paciente particular, ou trabalhar em instituição hospitalar particular, no período da licença, comprometendo a plena recuperação de sua saúde, objetivo precípuo da licença que lhe havia sido concedida[53].

Como mandamento de cooperação intersubjectiva e de consideração aos interesses do parceiro contratual a boa-fé provoca um aumento dos deveres, isto é, a sua "otimização", como demonstra decisão que impôs à companhia seguradora o dever de, previamente à suspensão dos efeitos de contrato de seguro, por inadimplemento do devedor, notificar o segurado, especificando os efeitos do não-atendimento[54]. Este acórdão aponta, exemplarmente, à concreção que deve presidir a aplicação da boa-fé como mandamento de consideração, pois o relativo "peso" dos deveres ata-se, de modo incindível, à natureza do contrato e às concretas circunstâncias no qual é concluído e desenvolvido. Dada a natureza essencial do seguro-saúde, a sua intrínseca importância relativamente a um bem fundamental, como o é a saúde, à extremada massificação destas prestações e a gravidade das conseqüências, para o segurado, penalizado com a perda da indenização, foi acrescido o dever de informação que, em outras circunstâncias, eventualmente não se manifestaria, assim demonstrando o acórdão o traço essencial da "circunstancialidade" que preside a incidência da boa-fé objetiva.

No mesmo sentido de otimização do conteúdo contratual pela imposição de deveres de consideração para com o parceiro contratual está acórdão que examinou hipótese de inadimplemento contratual, caracterizado pela violação do dever de abstenção de condutas que pudessem prejudicar o co-contratante, afrontados que foram, pelo contratado, os legítimos interesses daquele. Na hipótese, valendo-se da licença para uso de marca comercial, a empresa contratada, a par de não executar corretamente as obrigações principais decorrentes do contrato, passou a veicular, na Internet, propaganda comercial na qual utilizava, no mundo virtual, o "nome de domínio" da empresa contratante, assim prejudicando, no mundo real,

---

[52] Conforme os fundamentos da decisão citada.
[53] TJRGS, Ap. Civ. nº 596131060, 3ª C. Civ. j. 26.07.97, Rel. Des. Moacyr ADIERS.
[54] TJRGS, Ap. Civ. nº 598037257, 5ª C. Civ. Rel. Des. Carlos Alberto BENKE, j. 19.03.98.

os seus legítimos interesses econômicos[55].

Por isto é que, tendo presente o mandamento de consideração, tem a jurisprudência atentado aos deveres de proteção com a pessoa e o patrimônio da contraparte. Acórdão exemplar neste sentido encontra-se na jurisprudência do STJ, pelo qual, "*o estabelecimento bancário que põe à disposição dos seus clientes uma área para estacionamento de veículos assume o dever, derivado da boa-fé objetiva, de proteger os bens e a pessoa do usuário*"[56].

Ao apreciar a lide, não teve em conta o julgador apenas os deveres principais, decorrentes do contrato bancário, mas a totalidade dos interesses envolvidos. A proteção dos bens e da pessoa do usuário (consumidor) dos serviços bancários encontra-se finalisticamente vinculada à relação de consumo dos serviços bancários que liga o Banco e os usuários dos seus serviços. Não estando orientados diretamente ao cumprimento da prestação principal, estes deveres estão referidos à otimização da relação obrigacional visualizada complessivamente, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos.

Do mesmo modo, em ação na qual litigava-se acerca de contrato de participação financeira em sociedade por ações, decidiu o Judiciário caber à sociedade o dever de promover à subscrição, no prazo de doze (12) meses, do montante das ações, correspondentemente ao valor patrimonial de cada ação na data do pagamento do preço pelo aderente, a ser obtido no balanço do período anterior à integralização, tudo fundado no princípio da boa-fé objetiva[57]. O mesmo dever de proteção conduziu,

---

[55] TJRGS, Ap. Civ. nº 70001059641, 6ª C. Civ., Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de OLIVEIRA, j. em 25.04.2001. Na fundamentação do voto do Relator lê-se a seguinte passagem: "*O imperativo da boa-fé exigia da demandada conduta que respeitasse a parceira, não tentando se apropriar, em lance de esperteza, do patrimônio desta, iludindo sua confiança e assim tornando inviável a continuação do contrato*".

[56] STJ, 4ª T, Agr. Reg. no AI nº 47. 901 - 3 - SP, j. 12/09/04, Rel. Min. Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR.

[57] TJRGS, Ap. Civ. nº 70000457093, 10ª C. Civ., j. 25.5.00, Rel. Luiz Ary VESSINI DE LIMA, a exemplo de outras dezenas de acórdãos similares.

em contrato de consórcio para a alienação de automóveis, ao dever, da empresa, de restituir as parcelas pagas por consorciado desistente, e não contemplado com o sorteio do bem[58].

Os deveres de proteção, diretamente derivados do dever geral de colaboração imanente às relações obrigacionais, podem se estender às fases pré e pós contratual. Muito embora não exista, no ordenamento brasileiro, regra similar à do art. 1337 do *Codice Civile* italiano, os juízes brasileiros têm iniciado a construção desta *fattispecie* com base no princípio da boa-fé objetiva e no dever de proteção das legítimas expectativas dos contratantes e dos pré-contratantes.

Vejamos, em primeiro lugar, as hipóteses de responsabilidade pré-contratual[59], seja nos casos de recesso injustificado das tratativas – nos quais é máxima a tensão entre o princípio da boa-fé objetiva, de um lado, e a autonomia privada, de outro – seja na concreção de deveres pré-contratuais de proteção, de informação e de sigilo.

Recente acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, confirmando já iterativa jurisprudência[60], considerou caber o pagamento de perdas e danos à demandante que havia tratado a locação de imóvel, rompendo o proprietário do imóvel, injustificadamente, as negociações e locando-o a um terceiro. "*Tendo havido tratativas sérias referentes à locação de imóvel, rompida pela requerida sem justificativa, e sem a observância de deveres anexos, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva*", consignou-se no aresto, "*cabe indenização*"[61].

Em outra hipótese a boa-fé foi utilizada para determinar a responsabilidade pós-contratual[62], imputada ao fornecedor de serviços, que não sustara a cobrança de título extra-judicial já pago pelo devedor/consumidor, embora com retardo. Entendeu-se que o

---

[58] TJRGS, Ap. Civ. nº 70000094433 – 14ª C. Civ., j. 25.11.99, Rel. Aymoré Roque POTTES DE MELLO.

[59] Como aponta MOREIRA ALVES, muito embora não haja no Código Civil regra expressa acerca da responsabilidade pré-contratual, a doutrina a aceita, sendo "*dominante o entendimento de que a denominada «culpa in contrahendo» se funda na inobservância da boa-fé.* ("A Boa-Fé Objetiva no Sistema Contratual Brasileiro", cit., p. 197).

[60] Para o exame de anteriores acórdãos que romperam com a tradição de conectar a responsabilidade pré-contratual à prova do comportamento culposo veja-se o meu "A Boa-Fé no Direito Privado", cit., págs. 472 a 514.

[61] TJRGS, Ap. Civ. nº 598209179, 16ª C. Cív. J. em 19.08.98, Rel. Des. Helena Cunha VIEIRA.

[62] Também aqui há a prévia modelagem pela doutrina. Assim aponta MOREIRA ALVES ("A Boa-Fé Objetiva no Sistema Contratual Brasileiro", cit., p. 200,) segundo o qual "*a doutrina brasileira, apesar do silêncio da legislação, reconhece a existência de condutas a ser observadas no período pós-contratual (post contractum). Para os que não admitem que, em nosso sistema jurídico vigente, se possa ter a boa-fé objetiva, sem textos legislativos expressos, como cláusula geral no direito das obrigações para justificar a existência desses deveres secundários, socorrem-se eles da teoria do abuso de direito - e, portanto, segundo a doutrina alemã, de teoria vinculada à boa-fé objetiva*", aludindo à doutrina de Darci BESSONE acerca da interpretação dos contratos comerciais.

fornecedor deveria ter determinado ao estabelecimento bancário incumbido da cobrança do título o cancelamento do débito, para que assim fosse evitado um novo — e agora injustificado — protesto do título[63]. É que os deveres de colaboração implicam em agir positivamente para que o fim contratual seja alcançado e em não agravar a situação da contraparte.

Porém, conforme o caso, o dever de colaboração incumbe ao próprio devedor. Assim é hipótese em que o débito, expresso em duplicata, foi pago com três dias de atraso na própria sede da empresa credora. Ocorre que o título de crédito havia sido entregue à instituição bancária com autorização para cobrança, o que motivou o protesto. O devedor pleiteou, então, indenização por dano moral, o que foi rejeitado. Entendeu o Tribunal que o autor, mesmo ciente do protesto iminente, nada fez para evitá-lo, sequer solicitando à empresa credora que o sustasse, *"não agindo com a preocupação daqueles que se sentem atingidos em sua dignidade, não podendo agora pretender indenização por dano moral"*[64]. O dever infringido foi o de colaborar para obstar a prática do ato, *"o que poderia ter feito em decorrência da lealdade que deve presidir às relações negociais"*, como expressa a fundamentação do voto do Desembargador Relator que, apelando à doutrina de Karl Larenz, determinou que a omissão, caracterizando ofensa ao princípio da boa-fé, estabelecia uma concorrência de culpa, de modo a diminuir a responsabilidade da instituição bancária pelo indevido protesto do título.

A proteção da expectativa legitimamente criada pela contraparte é de exponencial relevância também no Direito Administrativo, pois a conduta da Administração Pública, para além da adstrição ao princípio constitucional da moralidade pública[65] vem ainda revestida pela presunção da legalidade dos atos administrativos. Por esta razão, entendimento longamente mantido acerca da interpretação da lei só pode ser subitamente alterado se houver a proteção das expectativas daqueles que confiaram na prática por longos anos mantida. Já se decidiu, neste sentido, em sede de Ação Civil Pública, rejeitar a pretendida anulação de aposentadoria de professoras, especialistas em educação, na medida em que *"as requeridas optaram pelo cargo de especialista após longos anos de exercício em sala de aula, época em que vigorava o entendimento administrativo no sentido de o benefício da aposentação*

---

[63] TJRGS, Ap. Civ. nº 70001037597 – 9ª C. Civ., j. 14.6.00, Rel. Paulo de Tarso Vieira SANSEVERINO, em cuja ementa se lê: *"(...) Descumprimento do dever de diligência pela fornecedora apelante, decorrente da boa-fé objetiva, no período pós-contratual, em face da não comprovação das medidas necessárias para o recolhimento do título posto em cobrança bancária".*

64TJRGS, Ap. Civ. nº 589078542, 5ª C. Civ. j. 13.02.90, Rel. Des. Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, in RJTJRGS 148/282.

[65] Constituição Federal, art. 37, *caput.*

abranger quem exercia dito cargo", fundando-se a decisão nos princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica[66].

A proteção da justa expectativa conduz à adoção de medidas positivas, razão pela qual acórdão do STJ entendeu que, *"nas circunstâncias do negócio, o credor tinha o dever, decorrente da boa-fé objetiva, de adotar medidas oportunas para, protegendo o seu crédito, impedir a alienação dos apartamentos a terceiros adquirentes de boa-fé"*[67]. Na espécie, vê-se a conjugação entre, de um lado, o dever de agir segundo a boa-fé objetiva, imposto à incorporadora – esta deveria agir para impedir a alienação dos imóveis, não apenas propondo a ação de execução, mas averbando-a no Registro de Imóveis e informando a empresa financiadora – e, de outro, a boa-fé subjetiva, ou boa-fé crença, dos terceiros adquirentes. Fica aí evidente a distinção que há entre agir segundo a boa-fé e agir de boa-fé.

Importante grupo de deveres positivos diz com a prestação de informações, de aconselhamento, de aviso, assim compondo os deveres de informação, em sentido amplo e de veracidade. Atuando, como todos os deveres que decorrem do princípio da boa-fé, em relação a ambos os partícipes do vínculo contratual, o dever de informação é imposto, por exemplo, aos segurados que, no contrato de seguro saúde, não podem omitir circunstância relevante. Neste sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, fundado no princípio da boa-fé objetiva, faltar *"direito a segurado que omite circunstância relevante, capaz de aumentar o risco, quanto o mais quando demonstrado o liame de causalidade entre aquela e o fato que se pretende acobertado"*[68]. As companhias seguradoras têm, por sua vez, o dever de prestar informações detalhadas acerca do conteúdo do contrato, no momento da conclusão da avença[69], cabendo-lhes informar a parte sobretudo sobre as cláusulas de exclusão do benefício[70]. Do mesmo modo o princípio da boa-fé foi considerado a fonte do dever de sociedade anônima de telefonia informar à contraparte o real valor da venda de ações[71].

---

[66] Comarca de Porto Alegre, 2ª Vara da Fazenda Pública, Ac. Civ. Pub. nº 01195487226, Rel. Juiz Clademir MISSAGIA, j. 07.08.98.

67 STJ, REsp. nº 32890/SP, 4ª T. j. 12/12/94, Rel. Min. Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, in RSTJ 73/227.

[68] TJRGS, Ap. Civ. nº597019439, 6ª C. Civ., j. 12.11.97, Rel. Des. Antônio Janyr DALL'AGNOLL JÚNIOR.

[69] TJRGS, Em. Dec. nº 196722656 – 6ª C. Civ., j. 17.4.97, Rel. Roque Miguel FANK.

[70] TJRGS, Em. Inf. nº 598007607 – 3º Grupo de C. Civ., j. 03.4.98, Rel. Antonio Janyr DALL'AGNOL JUNIOR.

[71] TJRGS, Ap. Civ. nº 59907596 – 6ª C. Civ., j. 05.4.00, Rel. João Pedro FREIRE.

Por vezes a boa-fé mostra-se a via adequada para a recepção de doutrinas que se formam no Direito Comparado, o que mais uma vez confirma o nosso "bartolismo". Assim ocorreu com a Teoria da Violação Positiva do Contrato *(Positive Vertrageverletzung)* cuja origem, nos direitos da "família" romano-germânica radica-se nas idéias do alemão H. Staub, em 1902, constituindo também conceito versado no direito do *common law* sob a denominação de *anticipated breach of contract.*

Afirma Couto e Silva que esta recepção "*haveria de contribuir decisivamente para uma nova concepção da relação obrigacional*"[72]. O incumprimento antecipado ocorre quando o devedor, em contrato cujo adimplemento é sujeito a prazo mais ou menos longo, pratica, no transcorrer desse prazo, atos que, por força da natureza da prestação ou da lei, tornam impossível o futuro cumprimento. Alguns doutrinadores, notadamente os discípulos de Couto e Silva[73], passaram a examinar a aplicabilidade desta concepção ao direito brasileiro utilizando, para tal fim, regras legisladas acerca da impossibilidade e da mora, interpretadas segundo o princípio da boa-fé, para entender que "*além da impossibilidade, o incumprimento antecipado pode resultar da conduta contrária do devedor, por ação (...) ou omissão (...) ou a declaração do devedor expressa no sentido de que não irá cumprir a prestação*"[74], podendo também resultar do chamado "comportamento concludente".

De modelo doutrinário logo migrou o Inadimplemento Antecipado para a modelagem jurisdicional, entendendo-se caracterizado, por exemplo, o dever do construtor de construir, em tempo hábil, a prometida obra industrial em terreno que havia sido adquirido por preço subsidiado, o qual, descumprido, deu ensejo ao provimento da demanda resolutória[75] .

A função otimizadora do conteúdo contratual também opera por via da interpretação e integração de lacunas do contrato. Por evidente, a invocação da boa-fé deve ser congruente aos

---

[72] COUTO E SILVA, Clóvis, "O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português", citado, p. 47.
[73] Assim FRADERA, Vera Maria , "A Quebra Positiva do Contrato", Revista Ajuris, v. 44, Porto Alegre, 1988, p. 144-152, AGUIAR JR, Ruy Rosado, "Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)", Rio de Janeiro, Aide, 1991, p. 126 e ss e FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa, "A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato", Porto Alegre, 1999, no prelo.
[74] AGUIAR JR., Ruy Rosado, "Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor ", cit., p. 127.
[75] TJRGS, Ap. Civ. nº 596251181 – 1ª C. Civ., j. 18.3.98, Rel. Armínio José ABREU LIMA DA ROSA. Em sentido similar, TJRGS, Ap. Civ. nº 59671530 – 5ª C. Civ., j. 23.5.96, Rel. Paulo Augusto MONTE LOPES.

fatos considerados e às demais normas do sistema, tendo-se em conta, notadamente, o programa contratual considerado concretamente, pois, se assim não ocorrer, corre-se o risco, não descurável, de a boa-fé servir de anteparo ao *parti-pris* do julgador.

Decisão em que tal não ocorreu, caracterizando, a meu juízo, o emprego adequado do princípio, é exemplificado por acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[76] em matéria de contrato de seguro automobilístico que previa a responsabilidade da seguradora, em caso de infortúnio, para "danos pessoais". Recusando-se a empresa a pagar indenização por danos extrapatrimoniais, por entender que a expressão 'danos pessoais" indicava tão só os "danos corporais", assentou o julgador o primeiro elemento contextual, qual seja, a incindibilidade da "*indenização da dor causada pelo dano corporal ou pessoal da do dano moral ou psicológico, forte na bioestrutura de ser humano, corporal e psicologicamente indissolúvel. A divisão existente - corpo e psiquê -, por evidente, tem o fim apenas pedagógico, para poder melhor estudar a pessoa humana e não como pretende a seguradora*".

Em seguida, recorreu o magistrado ao princípio da boa-fé objetiva, estatuindo que, na dúvida quanto ao significado de cláusula predisposta por uma das partes, "*a interpretação deve ser no sentido menos favorável a quem a redigiu*", assim reenviando ao princípio da *interpretatio contra preferentem*, ou ainda a regra *in dubio contra stipulatorem*, que, assinalou, *'é especialmente importante hoje em dia, devido à difusão dos contratos padronizados e de adesão"*.

No "ir e vir' entre o texto e o contexto, não esqueceu o julgador da função econômica do contrato. Afirmando constituir este "*nada mais que o revestimento jurídico de uma operação econômica*" entendeu de "*sopesar, na análise de contrato, a satisfação da necessidade, a obtenção do bem que levou as partes a contratarem, e a função econômica que o pacto exerce na vida de relação*". Realizada a ponderação entre todos os elementos, de fato e de direito, enfim decidiu: "*E a escolha deverá ser feita de modo a assegurar prevaleça o interesse que se apresenta mais vantajoso em termos de custo social*", o qual, no contexto do programa contratual considerado, apontava à divisão dos prejuízos.

Também considerando a "*própria consecução da finalidade do contrato*", o que é dizer, a sua objetiva causa, há decisão em matéria de contrato de seguro-saúde cuja cláusula de "vigência temporária" foi tida como abusiva, por impeditiva do alcance daquela concreta finalidade[77]. A interpretação do contrato, com o conseqüente afastamento da cláusula abusiva, ocorreu complessivamente, fazendo o relator apelo à doutrina de Cláudia Lima Marques[78] que examinou a boa-fé no âmbito das relações de consumo.

---

[76] TJRGS, EI n° 196032114, 4° Grupo de C. Cíveis, Rel. Des. Roberto Expedito da CUNHA MADRID, j. em 17. 3. 97.

[77] TJRGS, Ap. Civ. n° 596230888, 5ª C. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe BRASIL SANTOS, j. em 5.6.97.

Para além destas hipóteses – aqui lembradas a título exemplificativo – outras se verificam para promover o concreto reequilíbrio das prestações contratuais ameaçado seja pela inexistência de sinalagma genético, seja pela quebra do sinalagma funcional, seja ainda, notadamente no âmbito das relações de consumo, pela inserção de cláusulas abusivas.

B) A BOA-FÉ E O EQUILÍBRIO CONTRATUAL

O relativo equilíbrio entre prestação e contraprestação que deve presidir os contratos bilaterais e sinalagmáticos é quebrado ou pela lesão ou pela excessiva onerosidade. Ambas hipóteses hoje em dia têm específica previsão legal no âmbito das relações jurídicas de consumo e no Código Civil projetado. Porém, no campo do direito comum é por vezes a boa-fé chamada para ensejar a revisão das prestações[79] lesionárias ou excessivamente onerosas[80], muito embora nem sempre os juízes realizem o correto discrime entre ambas.

O instituto da lesão, conquanto previsto nas Ordenações Filipinas (Livro IV, Título XIII) do Reino português, constituindo, pois, figura antiquíssima no direito luso-brasileiro, inclusive regulado por Teixeira de Freitas na Consolidação das Leis Civis (art. 359), estava ausente de nossa legislação desde 1916[81], tendo sido reincorporado no domínio das relações de consumo pelo Código de Defesa do Consumidor, de 1990[82]. Manteve-se aí a nossa tradição de considerar a lesão *(laesio enorme*, e *enormissima)* defeito objetivo, diferentemente dos sistemas de raiz francesa. Também o Projeto de Código Civil a prevê, no art. 157.

Segundo Moreira Alves, no concernente à lesão o Projeto se afastou também do sistema alemão e do italiano — e, portanto, do adotado pelo Código Civil português de

---

[78] MARQUES, Cláudia Lima, "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1999.

[79] TJRGS, Ap. Civ. nº 196105167, 6ª C. Cív. j. em 8.8.96, Rel. Des. Armínio José ABREU LIMA DA ROSA, e assim ementada: *"Contrato de financiamento. Excessiva Onerosidade. Embora não se aplique, diretamente, aos contratos bancários, o CDC pode ser objeto de utilização analógica quando manifesta a excessividade de interesses remuneratórios do capital. Caso em que, de resto, caberia recorrer a princípios gerais de Direito e evitar Locupletamento indevido de uma das partes. Mantença da TR, juros moratórios de 1% ao mês e multa. Apelo provido em parte".*

[80] No tocante à revisão por quebra da base negocial objetiva o *leading case* foi a Ap. Civ. nº 5880591113, TJRGS, 3ª C. Cív., j. 6.12.88, Rel. Des. Ruy Rosado DE AGUIAR JR.

[81] Na década de 50 a lesão foi recebida no Direito penal através da figura da usura, prevista na Lei nº1521, de 26/12/51, art.4º.

[82] Código de Defesa do Consumidor, Lei nº8.078, de 11 de setembro de 1990, art.6º, inciso V, primeira parte.

1967 — não se preocupando em punir a atitude maliciosa do favorecido, mas em tutelar o lesado. Assim sendo, a lesão ocorre *"quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta"*, admitindo a lei a suplementação da contraprestação, ou a redução do proveito, para afastar a conseqüência anulatória[83]. A lesão introduzida pelo Projeto é um defeito que se instala no momento da conclusão do negócio, já impedindo a formação do sinalagma genético, razão pela qual, no meu entender, pressupõe contrato bilateral e comutativo, mensurando-se o desequilíbrio tendo-se em conta o contrato como uma totalidade, isto é, não devem ser consideradas apenas as prestações principais.

Para além da lesão, o Código de Defesa do Consumidor e o projetado Código Civil também permitem ao juiz revisar o contrato quando fatos supervenientes à sua conclusão tornarem excessivamente onerosa a prestação, embora o façam por modos distintos, exigindo distintos pressupostos.

O Código do Consumidor não exige que a desproporção tenha por causa acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis, razão pela qual, conquanto a referência, na lei, à excessiva onerosidade[84], mais proximamente se trata da adoção da Teoria da Base Objetiva do Negócio. Nesta é imediata a correlação entre a revisão do contrato e o princípio da boa-fé, o que, de resto, vem do Direito alemão, como relata Hattenhauer[85], ao comentar a pioneira sentença de 28 de novembro de 1923 do Tribunal Supremo[86]. Igualmente Clóvis do Couto e Silva estabelecera

---

[83] Assim pronunciou-se MOREIRA ALVES ao dar parecer sobre a emenda supressiva do Senador Gabriel Hermes: *"A lesão ocorre quando há a usura real. Não há, na lesão, ao contrário do que ocorre com o estado de perigo, que vicie a simples oferta. Ademais, na lesão não é preciso que a outra parte saiba da necessidade ou da inexperiência: a lesão é objetiva. Já no estado de perigo é preciso que a parte beneficiada saiba que a obrigação foi assumida pela parte contrária para que esta se salve de grave dano (levando-se em conta, pois, elemento subjetivo")*.In "O Projeto de Código Civil no Senado", Tomo II, Brasília, Senado Federal, 1998, p. 015.

[84] CDC(Lei nº 8.078/90, art. 6º, inciso V, primeira parte.

[85] HATTENHAUER, Hans, "Conceptos Fundamentales del Derecho Civil", trad. espanhola, Ed. Ariel, Barcelona, 1987, p. 90.

[86] RGZ, 107, 78, 87 e ss, *apud* HATTENHAUER, op., e p., acima referidas. Por esta decisão precisou-se que não era somente o devedor, mas ambos os partícipes da relação contratual que deveriam suportar, conjuntamente, os prejuízos da inflação, fundando-se o decidido justamente na cláusula geral da boa-fé objetiva inscrita no parágrafo 242 do Código Civil. Estabelecido que a adstrição ao pactuado *(pacta sunt servanda)* devia amoldar-se à boa-fé e aos costumes do tráfego jurídico, reformulou-se, no direito alemão, a teoria da base do negócio e o antigo princípio da equivalência, com o que, afirma HATTENHAUER, *"a teoria das relações obrigacionais abriu-se para novos caminhos"*.

esta correlação[87], acolhida pela jurisprudência brasileira[88]. Já o Projeto de Código Civil, no art. 478 prevê a resolução por excessiva onerosidade nos moldes como este instituto é previsto em sua matriz italiana, podendo, na forma do art. 480, caber a revisão para evitar a excessiva onerosidade. Se, contudo, a revisão conduzir a que o contrato perca o seu sentido original como regramento objetivo de interesses dotado de determinada função econômico-social, aí sim caberá o remédio extremo da resolução.

Não vigorando ainda o novo Código, a jurisprudência faz apelo à boa-fé objetiva. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu revisar contrato com fundamento no princípio da boa-fé, entendendo cabível a ação revisional de contrato de locação, por excesso de onerosidade, uma vez que indexação do valor locatício fora pactuada pela variação do dólar americano, que sofrera súbita valorização em face do real. Neste caso, embora inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, pois não configurada a relação de consumo, caberia, "*diante das peculiaridades da situação econômica vigente após a edição do Plano Real, em que os índices inflacionários tem sido insignificantes (...) a análise de cada caso a fim de se verificar a possibilidade ou não de revisão dos contratos pretendidos revisar*". Na espécie, considerando a indexação dos encargos contratados pela variação do dólar americano e a elevação súbita deste, pareceu ao Judiciário "*perfeitamente possível a revisão do contrato firmado pelas partes, com base na boa-fé objetiva*[89] ".

É o mesmo princípio, por igual, que está no substrato das regras do Código de Defesa do Consumidor que preceituam a nulidade de cláusulas abusivas, que desequilibrem o contrato e que sejam iníquas, atentatórias à boa-fé e à equidade[90]. Entre outros inúmeros casos que poderiam ser aqui lembrados está a decisão que cominou de nulidade, por abusividade, já que atentatória à boa-fé objetiva, cláusula de contrato de seguro que estabelece, como parâmetro à indenização, o preço de mercado do bem, determinando devesse o mesmo ter em conta o valor indicado na apólice de seguro[91].

Por fim, o modelo jurisprudencial da boa-fé no Direito Brasileiro tem sido ainda composto por hipóteses em que a boa-fé opera negativamente, impedindo ou sancionando condutas contraditórias e vedando o exercício de direitos subjetivos ou de direitos potestativos.

---

[87] COUTO E SILVA, Clóvis, "Teoria da Base do Negócio", São Paulo, RT v. 655, 1990.

[88] Exemplificativamente, Ac. TJRGS, Ap. Civ. nº 588059113, 5ª C. Civ., Rel. Des. Ruy Rosado de AGUIAR JR., j. em 6.12.88.

[89] TJRGS, Ap. Civ. nº 70000078626, 15ª C. Civ, Rel. Des. Ricardo RAUPP RUSCHEL, j. em 22.3.2000.

[90] CDC, art. 51, parágrafo 4º.

[91] TJRGS, Ap. Civ. nº 599443694 – 1ª C. de Férias Civ., j. 21.10.99, Rel. Paulo de Tarso Vieira SANSEVERINO, a exemplo de outros acórdãos.

C) A BOA-FÉ COMO LIMITE AO EXERCÍCIO DE DIREITOS

Ao operar negativamente, por forma a impedir ou a sancionar condutas contraditórias, a boa-fé é reconduzida à máxima que proíbe *venire contra factum proprium*. A expressão *"venire contra factum proprium"* indica uma especificação da antiga Teoria dos Atos Próprios tradutora de princípio geral que tem como injurídico o aproveitamento de situações prejudiciais ao *alter* para a caracterização das quais tenha agido, positiva ou negativamente, o titular do direito ou faculdade[92]. O princípio atua em todos os "ramos" do Direito, tendo sua raízes no Direito Romano que, sistematizado no Direito Intermédio, deu causa ao brocardo *adversus factum suum quis venire non potest*[93]. Todavia, já no Digesto (50,17,75), Papiniano assinalava a inadmissibilidade de alguém modificar de critério em prejuízo alheio[94], o que se estende modernamente ao Direito Civil, Administrativo, Penal e Processual com particular intensidade.

Trata-se de uma regra de fundo conteúdo ético que, por refletir princípio geral, independe de recepção legislativa, verificando-se nos mais diversos ordenamentos como uma vedação genérica à deslealdade. Na proibição do *venire* incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o *factum proprium*) contrariado pelo segundo[95].

A proibição da contraditoriedade no processo também é conhecida mediante o instituto anglo-saxão da *estoppel*, pelo qual entende-se estabelecida uma presunção *iure et de iure* que impede juridicamente que uma pessoa afirme ou negue a existência de um fato determinado, em virtude de haver anteriormente executado um ato, feito uma afirmação ou formulado uma negativa em sentido precisamente oposto, como explica o jurista argentino Alejandro Borda em sua clássica monografia[96]. Pode indicar, outrossim, um freio erguido à

---

[92] Assim escrevi em "A Boa-Fé no Direito Privado", cit., p. 462.

[93] Conforme BORDA, Alejandro, "La Teoria de los Actos Proprios", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª edição atualizada e ampliada, 2000, p. 13.

[94] Idem, p. 14.

[95] Conforme MENEZES CORDEIRO, Antonio M., "Da Boa-Fé no Direito Civil", Coimbra, Almendina, 1989, p. 745.

[96] Op. cit., p. 25 e ss.

pretensão de quem reclama algo em aberta contradição com o que havia anteriormente aceitado, como explica o também argentino Moisset de Espanés[97].

Este breve delineamento conceitual explica a razão pelo qual o *venire* tem tido progressiva aceitação nos Tribunais. Em matéria de contrato de seguro, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a boa-fé veda o comportamento contraditório inclusive na fase processual, por forma a incidir na fixação do *dies a quo* para o cálculo da prescrição extintiva, pois se a recusa da seguradora a aceitar os dados de que dispunha em seu departamento médico como suficientes para caracterizar a incapacidade coberta pelo seguro, e a não-aceitação do laudo apresentado pelo segurado ao propor a ação conduziu à realização de perícia em juízo, não poderia ensejar a invocação daquelas datas dos laudos não-aceitos para a fluência do prazo prescricional, estatuindo a decisão: *"a boa fé objetiva, que também está presente no processo, não permite que uma parte alegue contra a outra um fato que ela não aceita e para o qual exige prova judicializada"*[98].

Também pela invocação ao *venire* a Administração Pública viu limitada a pretensão de exigir a devolução de vencimentos pagos a servidor durante o período de concessão de licença remunerada, a qual, constatou-se posteriormente, havia sido equivocadamente concedida[99], em outra hipótese sendo a boa-fé foi o limite que impediu a revisão de contrato que já fora alvo de transação, em anterior oportunidade[100].

Pela mesma via da boa-fé objetiva têm a jurisprudência brasileira acolhido também o conceito de Adimplemento Substancial, oriundo do direito do *common law*, pelo qual limita-se ou se impede o exercício do poder formativo (potestativo) de resolução contratual nos casos em que a prestação contratual, embora não totalmente cumprida, foi "substancialmente adimplida".

O adimplemento substancial significa, segundo o magistério de Clóvis do Couto e Silva, o cumprimento próximo do resultado final, que exclui o direito de resolução, facultando apenas o pedido de adimplemento e de perdas e danos[101]. Fazendo expressa remissão a esta

---

[97] MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "La Teoria de los Propios Actos y la Doctrina y la Jurisprudencia Nacionales", *apud* BORDA, op. cit., p. 26.

98 STJ, REsp nº 18.4573/SP, STJ, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, DJ. 15.03.99. p. 241. Também no STJ, e fundado na máxima do *venire* o RESP 95535/SP, DJ 14.10.96, p. 39015.

[99] TJRGS, Ap. Civ. nº 597200237 – 3ª C. Civ., j.04.6.98, Rel. Perciano CASTILHOS BERTOLUCI.

[100] TJRGS, Ap. Civ. nº 598474237 – 20 C. Civ., j.15.2.00, Rel. José Aquino FLORES DE CAMARGO.

[101] COUTO E SILVA, Clóvis, "O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português", cit., pp. 56 e 57.

doutrina[102], já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que *"o comprador que pagou todas as prestações de contrato de longa duração, menos a última, cumpriu substancialmente o contrato, não podendo ser demandado por resolução"*[103]. Em outra hipótese considerou-se atentatório contra a boa-fé almejar-se a reintegração de posse de bem alienado fiduciariamente quando o devedor adimplira a quase totalidade do débito (vinte e uma de vinte e quatro prestações)[104].

A mesma doutrina do Adimplemento Substancial fundamentou decisão adotada ao apreciar o Judiciário lide decorrente de contrato de compra e venda de imóvel que apresentara defeitos na construção. Entendeu-se que, não sendo estes suficientes para caracterizar o inadimplemento do vendedor, incidiria a regra do art. 1.056 do Código Civil, ensejadora de perdas e danos, e não a do parágrafo único do art. 1.092, que consagra a resolução por inadimplemento. Isto porque o apartamento, objeto do contrato, conquanto apresentasse condições deficientes para a habitação, e que poderiam ser sanadas, não era maculado por vícios quanto à sua estabilidade e solidez. Assim, manteve-se o contrato, afastando-se a pretensão resolutória, condenando-se, porém, o vendedor ao pagamento de indenização suficiente para suportar as despesas com a reforma do imóvel, até a sua integral habitabilidade[105].

Por igual atua a boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos nos casos indicados sob a denominação de *supressio*. Segundo recente acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[106], esta *"constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão da boa-fé objetiva"*. Exige-se, para a sua configuração, *"(I) o decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor"*.

Diferentemente da *supressio*, que indica o encobrimento de uma pretensão, coibindo-se o exercício do direito em razão do seu não exercício, por determinado período de tempo, com a conseqüente criação da legítima expectativa, à contraparte, de que o mesmo não seria

---

[102] Também explicitada por BECKER, Anelise, "A doutrina do adimplemento substancial no Direito Brasileiro e em perspectiva comparativista", Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 9, Porto Alegre, 1993, pp. 60-77.

103TJRGS, Ap. Civ. nº 588012666, j. 12. 04.88, Rel. Des, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR.

[04] TJRGS, Ag. I. nº 70000027623 – 1ª C. de Férias Cív., j. 18.11.99, Rel. Des. Paulo de Tarso VIEIRA SANSEVERINO. Em sentido similar, os Agravos de Instrumento nºs 70000539908 – 14ª C. Cív., j. 16.12.99, e 7001005586 – 14ª C. Civ., j. 29.6.00, ambos tendo como Rel. o Des. Aymoré Roque POTTES DE MELLO.

[05] TJRGS, Ap. Civ. nº 588016147, 5ª C. Civ. Rel. Des. Ruy Rosado de AGUIAR JR., j. em 3. 4. 1988.

[106] TJRGS, Ap. Civ. nº 70001123561, 2ª C. Civ., j. 28.06.2000, Rel. Des Maria Isabel de AZEVEDO SOUSA.

utilizado, outra figura, a *surrectio* aponta ao nascimento de um direito como efeito, no tempo, da confiança legitimamente despertada na contraparte por determinada ação ou comportamento. Assim ocorreu ao examinar-se lide decorrente de contrato de locação[107] que previa a resilição unilateral, mediante prévio aviso de sessenta (60) dias à contraparte, por carta protocolada que expressasse o poder extintivo da denúncia contratual, contemplando, outrossim, a possibilidade de renovação do contrato, desde que, por meio de carta protocolada, a parte interessada assim expressasse vontade com antecedência mínima de sessenta (60) dias. Por um período superior a doze (12) anos, as partes vinham prorrogando a avença, sempre mediante o recurso à formalidade do envio de cartas. Em certa ocasião, contudo, em resposta ao pedido de prorrogação, feita pelo locatário, respondeu a locadora que não pretendia renová-lo. O debate centrou-se na argumentação, do lado locatário, do "direito à automaticidade" da prorrogação, de outro, por parte da locadora, da legitimidade de sua pretensão a resilir a avença.

A decisão, embora considerando caber razão à locadora, no sentido da inocorrência de uma "automaticidade" da prorrogação contratual, uma vez terem as partes sempre observado o requisito da forma contratualmente prevista, entendeu, porém, obstado o poder formativo extintivo de resilição (denúncia contratual), apontando, consequentemente, ao nascimento do direito à prorrogação pelo fato de, no período imediatamente anterior ao *dies ad quem* do prazo contratual, ter a locadora imposto, ao locatário, a realização de despesas com reformas no prédio, levando-o a acreditar que não romperia, inopinadamente, uma tradição de doze (12) anos no sentido da continuidade da relação contratual. Nos fundamentos do acórdão está o princípio da boa-fé objetiva, como proteção à confiança traída.

Estes exemplos são suficientes, no meu entender, para demonstrar como vem a jurisprudência brasileira construindo a normatividade do princípio da boa-fé objetiva como norma reitora da proteção da confiança, da colaboração e da consideração com os interesses alheios que presidem a relação obrigacional. Neste modelo em plena construção é necessário, no entanto, atentar para três pontos importantes.

O primeiro está em que o princípio da boa-fé objetiva é a via para a concretização, no domínio das relações obrigacionais, notadamente as contratuais, dos deveres que defluem da diretriz constitucional da solidariedade social[108]. A doutrina e jurisprudência italianas têm, neste aspecto, uma lição a ensinar, na medida em reconduzem os deveres de agir

---

[107] TJRGS, IM nº 197280175, 1ª C. Cív, j. 19.8.98, Rel. Des. Irineu MARIANI.

[108] Escrevi sobre o tema *in* " Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo", ensaio integrante de "A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e garantias constitucionais no Direito Privado", no prelo.

segundo a boa-fé no período contratual e pré-contratual à diretriz constitucional da solidariedade social[109], reconhecendo que esta, por sua hierarquia constitucional, *"qualifica o complexo das atividades juridicamente relevantes dos sujeitos, aí compreendidas as pré-negociais"*[110], constituindo a boa-fé *"um aspecto do princípio geral (que) exprime a necessidade de um espírito de colaboração recíproco entre os contraentes e em condições de paridade, em função da realização da pessoa humana e de seu pleno e igual desenvolvimento"*[111].

Com efeito, constituindo "norma-princípio"[112], mais propriamente um modelo, a boa-fé objetiva em sua concreta atuação opera articuladamente com outros princípios e com outras regras. No substrato desta técnica combinatória está a consideração das transformações que sofre a ordem econômica em razão da chamada "globalização" e que utiliza as normas vagas, em combinação com normas imperativas, juntamente com outros procedimentos, tais como novas formas de articulação negocial, para minimizar os riscos das fissuras econômico-sociais, tendendo a assegurar, como assinala José Eduardo Faria, *"um equilíbrio substantivo"* entre os partícipes das relações econômico-sociais e criando, na medida do possível, *"as condições para a consecução de padrões básicos de solidariedade e cooperação"*[113].

O segundo traço a assinalar diz com a responsabilidade da doutrina ao apontar os modelos hermenêuticos que auxiliarão o juiz, e mesmo ao legislador, na elaboração dos modelos jurídicos. Vivemos em um tempo que tem pressa, mas a atividade doutrinária não pode prescindir da reflexão, do tempo de maturação das idéias e das novas concepções, equilibrando-se na tensão entre o apontar de novos caminhos, constitutivo da sua missão antecipante de novas soluções, e a necessidade de ponderação, a cada dia mais dificultosa e

---

[109] Neste sentido PIGNATARO, Gisela, "Buona Fede oggettiva e rapporto precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese, Salerno, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 47, e MONATERI, Pier Giuseppe, La Responsabilità Contrattuale e Precontrattuale, Turim, UTET, 1998, p. 377 e ss, com indicação da jurisprudência.,

[110] PIGNATARO, Gisela, "Buona Fede oggettiva e rapporto precontrattuale, cit, p. 48, traduzi.

[111] PIGNATARO, Gisela, "Buona Fede oggettiva e rapporto precontrattuale, cit, p. 48, traduzi.

[112] Utilizo aqui as lições de ALEXY, Robert, "Teoria de Los Derechos Fundamentales", **Madri,** Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, em especial pp. 81 a 93.

[113] FARIA, José Eduardo, "O Direito na Economia Globalizada", Tese apresentada ao concurso para Professor Titular de Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, 1999, p. 304.

necessária porque, como disse Hannah Arendt[114], a irreflexão, "*a imprudência temerária ou a irremediável confusão ou a repetição complacente de 'verdades" que se tornaram triviais e vazias parece ser uma das principais características do nosso tempo".*

O terceiro traço, por fim, diz com a missão da jurisprudência. Se o Direito não é um 'dado" que o jurista recebe, *"é uma tarefa que o concita a um ingente esforço e a uma profunda responsabilidade*[115] ", devemos considerar que o princípio da boa-fé objetiva, justamente por configurar norma vaga, semanticamente aberta, carreia, para o juiz, um extraordinário acréscimo de sua responsabilidade. Não pode nem recair no crasso decisionismo, nem no voluntarismo, tanto primário quanto perigoso aos valores da Democracia.

Se é bem verdade que o princípio enseja uma tarefa de reconstrução dogmática do Direito obrigacional, também é verdadeiro que esta não é absolutamente uma tarefa arbitrária. A invocação da boa-fé contratual está "*contida nos limites da realidade do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade, com aplicação dos princípios admitidos pelo sistema*"[116]. Toda e qualquer reconstrução dogmática está, em primeiro lugar, atada aos valores e diretivas do ordenamento, os quais exigem do juiz não apenas ato de vontade, mas, fundamentalmente, ato de conhecimento e de responsabilidade, razão pela qual a exigência constitucional da motivação da sentença deve ser acrescida pela mais completa explicitação dos elementos de fato e de direito que ensejaram, na hipótese examinanda, a invocação da boa-fé. Em segundo lugar depende do domínio técnico do magistrado acerca dos mecanismos – metodológicos e dogmáticos – que permitem a solução justa nos quadros do ordenamento.

Bem sopesadas estas condicionantes, creio que, com passos às vezes hesitantes, nem sempre adequados, mas com a coragem para enfrentar os desafios cotidianamente colocados pela tensão entre o Direito e a realidade, a jurisprudência brasileira começa a construir o seu próprio modelo da boa-fé objetiva.

---

[114] ARENDT, Hannah, "A Condição Humana", 5ª edição, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 13.
[115] A expressão é de CASTANHEIRA NEVES, "O Papel do Jurista no Nosso Tempo", ora in Digesta, vol. 1°, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 32.
[116] AGUIAR JR, Ruy Rosado de, "A Boa-Fé nas Relações de Consumo", Revista Direito do Consumidor vol. 14, São Paulo, 1995 p. 25.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR, Ruy Rosado, "Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)", Rio de Janeiro, Aide, 1991.

———."A Boa-Fé nas Relações de Consumo", Revista Direito do Consumidor vol. 14, São Paulo, 1995.

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, "Romanismo e Bartolismo no Direito Português", Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XXXVI, 1960

———. "Direito das Obrigações", Almendina, Coimbra, 8ª edição, 2000.

ALEXY, Robert, "Teoria de Los Derechos Fundamentales", Madri, Centro de Estudios Constitucionales,1993.

ARENDT, Hannah, "A Condição Humana", Rio de Janeiro, Forense Universitária, 5ª edição, 1991 .

BECKER, Anelise, "A doutrina do adimplemento substancial no Direito Brasileiro e em perspectiva comparativista", Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 9, Porto Alegre, 1993.

BORDA, Alejandro, "La Teoria de los Actos Proprios", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª edição , 2000.

BRAUDEL, Fernand, "História e Ciências Sociais", tradução portuguesa de Rui Nazaré, Lisboa, Editorial Presença, 4ª edição, 1982.

CASTANHEIRA NEVES, " O Papel do Jurista no Nosso Tempo", Digesta, vol. 1°, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 32.

COUTO E SILVA, Clóvis, "A Obrigação como Processo", São Paulo, José Bushatsy Editor, 1976.

———. "O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português", *in* "Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

———. "Teoria da Base do Negócio, São Paulo, RT v. 655, 1990.

FARIA, José Eduardo, "O Direito na Economia Globalizada", Tese apresentada ao concurso para Professor Titular de Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, 1999.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa, "A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato", Porto Alegre, 1999, inédito (no prelo).

FRADERA, Vera Maria , "A Quebra Positiva do Contrato", Porto Alegre, Revista Ajuris, v. 44, 1988.

GOMES, Orlando, "Transformações Gerais do Direito das Obrigações", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1967.

HATTENHAUER, Hans, "Conceptos Fundamentales del Derecho Civil", trad. espanhola, Barcelona, Ariel, 1987.

HESPANHA, Antonio Manuel, "Panorama da Cultura Jurídica Européia", Lisboa, Publicações Europa-America, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima, "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1999

MARTINS-COSTA, Judith, "A Boa-Fé no Direito Privado", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

———. "O Projeto de Código Civil Brasileiro: em busca da 'ética da situação", Porto Alegre, Revista Jurídica vol. 282, 2001.

———. "Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo", ensaio integrante de "A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e garantias constitucionais no Direito Privado", no prelo.

MENEZES CORDEIRO, Antonio M., "Da Boa-Fé no Direito Civil", Coimbra, Almendina, 1989.

MONATERI, Pier Giuseppe, La Responsabilità Contrattuale e Precontrattuale, Turim, UTET, 1998.

MOREIRA ALVES, José Carlos, "A Boa-Fé Objetiva no Sistema Contratual Brasileiro", Revista Roma e America, vol. 7/99, Roma, 1999.

MÜLLER, Friedrich, "Discours de la Méthode Juridique", Paris, PUF, 1996.

PARADISI, Bruno, "Questioni Fondamentali per una Moderna Storia del Diritto", *in* Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, vol. 1, Firenze, 1972,

PIGNATARO, Gisela, "Buona Fede oggettiva e rapporto precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese, Salerno, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

REALE, Miguel. "Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico", São Paulo, Saraiva, 1994.

———. "Para uma teoria dos modelos jurídicos", *in* "Estudos de Filosofia e de Ciência do Direito", São Paulo, Saraiva, 1978.

———. "Jurisprudência e Doutrina", *in* "Questões de Direito ", São Paulo, Sugestões Literárias, 1981.

SERPA LOPES, Miguel Maria. "Curso de Direito Civil", Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1ª edição, 1957.

SILVEIRA, Alípio, "A Boa-Fé no Código Civil", Tomos I e II, São Paulo, Editora Universitária de Direito, 1973.

VARELA, Laura Beck, "Algumas Contribuições da Ciência Histórica à Tarefa do Historiador do Direito", *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 18, Porto Alegre, 2000.

ZACCARIA, Giuseppe, "Sul concetto di positività nel diritto", *in* Diritto Positivo e Positività del Diritto, Turim, Giappichelli, 1991.

———. L'Arte dell'interpretazione, Pádua, Cedam, 1990.

DECISÕES CITADAS

STF:

RE 158448/MG.

STJ:

Agr. Reg. no AI nº 47. 901 - 3 – SP;

AGA 47901;

EDRESP 167691;

RESP 256274; RESP 107211; RESP 80036; RESP 32890; RESP 3714/RS; RESP 7187/SP; RESP 85521/PR; RESP 101061/PB; RESP 157841/SP; RESP 5932/RS; RESP 158728/RJ; RESP 18.4573/SP; RESP 95535/SP.

REMS nº 6183-MG.

ROMS 6183; ROMS 1694/RS;

TJRGS

Ap. Civ. nº 598225720; Ap. Civ. nº 597019439; Ap. Civ.194.045.472; Ap. Civ. nº 596131060; Ap. Civ. nº 598037257; Ap. Civ. nº 70001059641; Ap. Civ. nº 70000457093, Ap. Civ. nº 70000094433 ; Ap. Civ. n.º 598209179, Ap. Civ. nº 70001037597; Ap. Civ. nº 589078542; Ap. Civ. nº597019439; Ap. Civ. nº 59907596; Ap. Civ. nº 596251181; Ap. Civ. nº 59671530; Ap. Civ. nº 596230888; Ap. Civ. nº 5880591113; Ap. Civ. nº 196105167; Ap. Civ. nº 588059113; Ap. Civ. nº 70000078626; Ap. Civ. nº 599443694; Ap. Civ. nº 597200237; Ap. Civ. nº 598474237; Ap. Civ. nº 588012666; Ap. Civ. nº 588016147, Ap. Civ. nº 70001123561;

Agr. I. nº 70000027623; Agr. I. nº 70000539908 ; Agr. I 7001005586

Em. Dec. nº 196722656;

Em. I. nº 598007607; Em. I nº 196032114;

IM nº 197280175;

2ª Vara da Fazenda Pública, Comarca de Porto Alegre, Ac. Civ. Pub. nº 01195487226..

Justiça de São Paulo - Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Capital - Recursos nºs 7.959; 7.766; 7747 e 7.767.

GLOSSÁRIO

AGA – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento.

Agr. I. – Agravo de Instrumento.

Ap. Civ. – Apelação Cível.

C. Civ. -Câmara Cível.

CNPq- PIBIC – Conselho Nacional de Pesquisa – Programa de Incentivo à Bolsas de Iniciação Científica.

Des. – Desembargador.

Em. Dec. – Embargos de Declaração.

Em. Infr. – Embargos Infringentes.

EDRESp. Embargos de Declaração em Recurso Especial.

j. – julgado.

RE – Recurso Extraordinário.

Rel – Relator.

RESP – Recurso Especial

REMS – Recurso Especial em Mandado de Segurança.

ROMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança.

RT – Revista dos Tribunais.

STF – Superior Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

RSTJ – Revista do Superior Tribunal de Justiça.

TJRGS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Mauro Cappelletti And The Brazilian Procedural Law

C. A. Alvaro de Oliveira

Professor of Law at the Federal University of Rio Grande do Sul
Member of the International Association of Procedural Law

1. Brazilian judges have long enjoyed wide power in the appreciation of acts by the Executive and Legislative Branches. Although it lined up to the dual system in the early colonial days and even in imperial times, and adopted administrative litigation, the Brazilian Law promptly introduced itself into the unique system at the time of the first Republican Constitution, in 1891.

Nowadays, a simple overview of the Federal Constitution of 1988 can evidence a wide jurisdictional control of the administration. Every act of public character is subject to judicial review either by the State Courts or by the Federal Courts, on a case by case basis. Besides, in the wake of the Republican tradition, art. 5, subparagraph XXXV, clarifies that "the law will not exclude from judicial appreciation any damage or threat to rights." Furthermore: Brazilian citizens enjoy constitutional writs like those of the common law system: *writ of mandamus*[1], *habeas corpus*[2], and now

---

[1] Federal Constitution, art 5th, subparagraph LXIX: "a writ of mandamus shall be granted to protect clear legal right, not supported by habeas corpus or habeas data, when the responsible for the ilegality or abuse of power is a public authority or an agent of a legal entity in the exercise of his/her duties for the Public Power." It is about a documental summary proceeding largely employed in the Brazilian juridical experience which is preferential to the other proceedings in trial, even allowing preliminary order if the pleading is relevant or fundamented and in case the measure is inefficient if the final sentence is granted.
[2] Federal Constitution, art. 5, subparagraph LXVIII: "an habeas corpus shall be granted whenever someone suffers from or feels under the threat of violence or coercion in his/her liberty of locomotion, for ilegality or abuse of power."

habeas data[3], not to mention the *writ of injunction* [4] an incomparable remedy in Comparative Law.

According to the doctrine and the constitutional system itself, there is no obstacle to the exam of excessive power by the Judicial Branch. It is also possible to perform a deconstitution of administration acts by the Judicial Branch, and there is also no limit to the possibility of judicial review of an act carried out by the administration, no matter which responsible authority it is.

In the substantial plan, the present Constitution has created as its fundamental principle the protection of meta-individual values like citizenship, people's dignity and the social value of work and free enterprise, proclaiming the desideratum of a free, fair, sympathetic society towards everybody's well-being, without any kind of discrimination (art 1st, subparagraphs II, III and IV, and 3rd, subparagraphs I and IV), at the same time limiting property use to its social function (art. 5th, subparagraph XXIII), values which naturally impose limits to extremely diverse kinds of abuse. Several hypotheses integrate the category of collective rights in the new constitutional order, like the right to a balanced environment (art. 225, *caput*), admiting redress to it (art. 225, § 3rd); respect to the full development of a city's social function including the guarantee of its inhabitants' well-being (art. 182); objective civil liability for nuclear damage (art. 21, paragraph XXIII, *c*) and the preservation of the urban environment historical and cultural continuity and unity (art. 18, 4th). It is also important to mention that art. 170, V, has elevated "consumer defense" to the outstanding condition of *the* principle of the economic order, empowering the Union, the States and the Federal District to legislate in a concurrent way about consumer damage liability (art. 24, subparagraph VIII).

---

[3] Federal Constitution, art. 5, subparagraph LXXII: "an habeas data shall be granted: a) to ensure information about the petitioner recorded in public or governmental register or database; b) for data ammendment, when you do not prefer to do it by confidential, judicial or administrative proceedings."

[4] Federal Constitution, art. 5, subparagraph LXXI: "a writ of injunction will always be granted every time lack of a regulating norm makes the exercise of constitutional rights and liberty and the prerogatives inherent to nationality, sovereignty and citizenship unfeasible". The Supreme Court of Brazil has been extremely cautious in the application of this norm. It as much as notifies the authority in order to supply the necessary regulation, tackling the matter as unconstitutionality for omission, regulated from art. 103, § 2 of the Constitution, because it does not regard the writ of injunction as a constitutional successor of the political-juridical functions of the state defaulters – the constitutional principle of functional division of powers must be observed. Nevertheless, in rare cases, recognizing the National Congress unconstitutional default and previous legal notice of the institution, the writ petitioners may be assured the possibility of lawsuits according to their interests, provided the lack of norm is supplied (thus, v.g., in the trial of Writ of Injunction 248-DF, Justice Celso de Mello as a relator, 11/22/1991, RTJ,139/702).

Within these rules, the infraconstitutional legislation has long been enpowering Brazilian judges to the practice of empire-like acts by means of warrants and writs to the public authorities and to individuals, establishing *res judicata erga omnes* or *ultra parte* of court decisions in claims of social or political nature[5], or creating autonomous summary guardianships[6].

2. The outline of public and social guidelines which have been informing the Brazilian social procedure for a long time proves to be important because it allows an appraisal of the actual dimension of Mauro Cappelletti's work in Brazil, whose docttinal organization displays as a consistent point a phenomenological aproach both inspired by a critical view of the concrete situation and centered around a solution project, and thus a reform one, with a reflection on a practical basis.

For nearly thirty five years, Mauro Cappelletti has been essentially concerned about fundamental issues like the orality principle, the fundamental guarantees of the proceedings and their social dimension, access to justice either by means of participation or by the protection of the so-called diffuse interests, alternative ways of guardianship and coexistential justice based on conciliation ways, the judge's role and his responsibility, not to mention, of course, the question of ideology[7].

He states that orality is an important instrument not only to solve the problem of extreme delay in proceedings but also to improve the quality of the Civil Courts, especially concerning realization of evidence and judges' breast of the court, thees the importance of the party's testimony by himself. The splendid cathedra thesis *La Testimonianza della Parte nel Sistema dell 'Oralità (Contributo alla Teoria della Utilizzazione Probatória del Sapere delle Parti nel Processo Civile)*, Milano, Giuffrè, 1962, is from that time, followed by

---

[5] Inasmuch as to quote the most important federal statutes, the following may be referred; a) n. 1.533 from December 31, 1951, about the writ of security, b) n. 4.717 from June 29, 1965, about the popular action; c) n. 7.437 from July 24, 1985, regulating the public civil action; d) n. 8.078 from 9/11/1990, which establishes the so-called Consumer Defense Code. In the constitutional sphere, art. 5, subparagraph LXXIII from the Federal Constitution has spread the range of popular action, which has also begun to protect - apart from rights of strictly public nature - diffuse rights, like the environment and the historical and cultural patrimony. Furthermore, Art. 129, subparagraph III, attributes constitutional status to the popular civil action, a fundamental means to rights protection and diffuse and collective interests.

[6] Thus, for example, Law n. 5.478 from July 25, 1968, which regulates alimony action within the sphere of Family Law.

[7] It is what results from the reading of a conference delivered by him in the 1st Brazilian Conference of Civil Procedural Law, held in Curitiba, Brazil, in May 1994, where he tries to do what he called "a hard conscience search" about his professional activity. See Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas, in O Processo Civil Contemporâneo, coordinator Luiz Guilherme Marinoni, Curitiba, Juruá Editora, 1994, p. 9-30.

Procédure Orale et Procédure Écrite, Milano-New York, Giuffrè-Oceana, 1971[8].

In the field of fundamental guarantees of the proceedings, he highlights the importance of the need for judicial freedom before the political power, but not without pointing out that impartiality and passiveness cannot be confounded. Thus the distinction between "party- presentation principle or principle of dispositive election in a substantial or proper sense" and "party- presentation principle or principle of dispositive election in a procedural or improper sense"[9] and the importance given to the guarantee of the *due process of law*, adding social guarantees to the formal constitutional guarantees, and second generation to first generation human rights, which are intended to assure and provide rights to everyone instead of working as a fake to the favoured party. Along this line, the general report of the *Conference of the International Association of Legal Science*, from 1971: *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil* Proceedings[10] and innumerable other papers[11].

Another important domain of Mauro Cappelletti's investigations is related to social dimension awareness of the proceedings, which he named copernic revolution, because it breaks the traditional aproach, leaving room for the procedural experts to turn their attention from Law as a rule to Law in its effective role in the concrete world, and thus focus the procedure in the light of the user's necessities[12]. It may be said that the issue has been object of his attention for a long time because the famous essay about Procedural Law ideology[13] dates back from 1962.

---

[8] General report presented at the VIII International Conference of Comparative Law organised by the International Academy of Comparative Law in Pescara, from August 25 to September 5, 1970. Among others on this theme, also see: Interrogatorio della parte e principii fondamentali del processo civile nell'Europa comunista, Rivista di Diritto Processuale, XIV(1959):39-59; Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte, Rivista di Diritto Civile, VII-I(1961):556-575, Giuramento, in Enciclopedia Forense, vol. III, Milano, Vallardi, 1958, Il giuramento della parte nel processo litisconsortile, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, IX-4(1955):1151-1195, Valore attuale del principio di oralità, a report presented at the II Latin American Conference of Procedural Law (Mexico City, February 1960), Giur. It., CXII-IV(1960):89-95. Still in the volume Giustizia e società, Milano, edizioni di Comunità, 1977: L'oralità nel processo civile italiano: ideale contro realtà, p. 130-144.

[9] Iniziative Probatorie del Giudice e Basi Pregiuridiche della Struttura del Processo, Rivista di Diritto Processuale, XXII(1967):407-428.

[10] In Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation, published by Mauro Cappelletti and Denis Tallon, Milano-New York, Giuffrè-Oceana, 1973, p. 661-773.

[11] Beginning with La prejudizialità costituzionale nel processo civile, Milano, Giuffrè, 1957, following: Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, settima ristampa, Milano, Giuffrè, 1978, Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (art. 24 Costituzione e "due process of law clause"), Giur. Cost., VI(1961):1284-1292, Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle legge nel mondo contemporâneo, Rivista di Diritto Processuale, XXIII(1968):483-500, Il ricorso costituzionale nel sistema delle impugnazioni, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, XXII (1968):1056-1061.

[12] Cappelletti, O processo civil contemporâneo, cit., p. 15. About it, the essays Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano and Aspetti sociali e politici della procedura civile (Riforme e tendenze evolutive nell'Europa occidentale e orientale), in Giustizia e Società, cit., p. 23-47 e 48-105.

[13] Cappelletti, Ideologie nel diritto processuale, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, XVI(1962):193-291.

The problem of access to justice is also a relevant matter there, with its questioning about highly expensive proceedings fees and delay in judgment delivery, judges' powers, and the protection of the so-called diffuse interests, typical of a mass society[14].

This scenario also tackles the question of the use of differentiated procedural techniques to make justice more accessible to everyone: procedures simplification and the creation of alternative ways either by the incentive of conciliation (coexistential Justice)[15] or by the establishment of small claims courts.

Yet another frequently emphasized aspect of Mauro Cappelletti's work involves, as it could only be, the judge's role in the proceedings. He highlights the judge's essentially creative activity, pointing out the growing intensity of judges' discretionary powers in the modern civil procedure and the politicization in the exercise of their functions, which draws our attention to their legal and social responsibility [16].

3. In Brazil, his work was widely spread and is still being studied and quoted, not to mention the remarkable influence of his presence in several conferences and workshops where he delivered lectures and speeches.

As early as in 1969, the *Rio Grande do Sul Appelate Court Report* published a translation by Athos Gusmão Carneiro of the seminal essay *Ideologie nel diritto processuale*[17]. Later, the publisher Sérgio Antonio Fabris, who has been contributing so much to the spread of foreign classics among us, would publish the Brazilian translation of *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, *Access to Justice: The*

---

[14] This way, the extraordinary The Florence Access-to-Justice Project, from which Access to Justice, A World Survey derived, published by Mauro Cappelletti and Bryant Garth, Milano, Giuffrè, 1978, in which is the publishers' general report, Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report, vol. I, book I, p. 5-124, with its three "waves": legal aid to the poor, the representation of diffuse interests, and a wider and more updated conception of access to Justice. With the same drive, the general report of the 9th Conference of the International Academy of Comparative Law, Teeran, from September 27 to October 4, 1974, The Role of the Ministère Public, the Prokuratura, and the Attorney General in Civil Litigation — With a Glance at Other Forms of Representation of Public and Group Interests in Civil Proceedings, in Mauro Cappelletti and J. A. Jolowicz, Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation, prefaced by C. J. Hamson, Milano-New York, Giuffrè-Oceana, 1975, p. 13-153. Also see: Il processo como fenomeno sociale di massa, Il Ponte, XXV(1969):1234-1240, La giustizia è uguale per tutti?, Resistenza, XXIII-6(giugno 1969):8, Povertà e giustizia Foro Italiano, 91-V(1968):114-119.

[15] As Cappelletti warns, O processo civil contemporâneo, cit., p. 21, deals with a kind of Justice which takes into consideration the whole situation where the litigation episode is involved and which is intended to heal and not to exasperate the situation under tension: The "Kampf ums Recht must give in to the Kampf um die Billigkeit, that is, to the struggle for equity, for a fair, acceptable solution to all the parties."

[16] The fruit of this line of research may be quoted as: The 'Mighty Problem' of Judicial Review, 53 S. Calif. L. Rev. 409(1980), The Law-Making Power of the Judges and its Limits, 8 Monash Univ. L. Rev. 15(1981), Giudici Legislatori?, Milano, Giuffrè, 1984, Giudici Irresponsabili? (Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici), Milano, Giuffré, 1988.

[17] A Ideologia no Processo Civil, in Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 13(1969):2-17.

Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report; *Giudici Irresponsabili?* and *Giudici Legislatori?* [18].

It would not be hard to portray his presence in the work of the top procedural experts in Brazil for his frequently quoted and commented fundamental ideas. I abstain to end up the inventory for fear of some omission, always unpleasant, mainly because his doctrine is so widely spread and accepted and the new way of seeing Procedural Law that his writings inspire is so greatly welcomed.

Above all, it is very easy to see the influence of Mauro Cappelletti's doctrine in three very important legislative statutes for citizens' rights defense which concern issues as important as the diffuse interests, the smal claims courts and consumer rights, which were all so important to him, as it was mentioned before.

Cappelletti's ideas were strong and decisive enough for the implementation of small claims special courts (Federal Statute n. 7.244, from 11/7/1984), which were later renamed as special courts (Federal Statute n. 9.099, from 9/26/1995), as the whole system is based on an easier access to justice, proceedings deformalization, increment of orality and equal protection, with the effectiveness deriving from it. The community's participation through lay judges and conciliators could be added.

Concerning the issue, Professor Cândido Rangel Dinamarco, one of the authors of the bill eventually turned into Federal Statute n. 7.244/84, suggests a greater access way to the Judicial Branch as the democratic aspiration of the society and reports that "This concern has been coming up in the work of top jurists, especially the monumental work coordinated by Mauro Cappelletti about access to justice, with the contribution of specialists from all over the world"[19].

Another important legal statute of the Brazilian Law is established in Federal Statute n. 7.347, from 7/24/1985, which governs the public civil action of liability for damage to the environment, consumer, goods and rights of artistic, aesthetic, touristic and landscaping value, as well as to any other diffuse or collective interest.

---

[18] Following: O controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado, Porto Alegre, 1984, translated by Aroldo Plínio Gonçalves and revised by José Carlos Barbosa Moreira, Acesso à Justiça, Porto Alegre, 1988, translated and revised by Ellen Gracie Northfleet, Juízes Irresponsáveis, Porto Alegre, 1989, translated and revised by Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, and Juízes Legisladores?, Porto Alegre, 1993, translated and revised by Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. The latter is dedicated to José Carlos Barbosa Moreira and Sérgio Bermudes, having been suggested that thanks to these friends, he was fortunate enough to feel "at home in this big and wonderful country: Brazil."

[19] Cândido Rangel Dinamarco, Princípios e Critérios no Processo das Pequenas Causas, in Juizado Especial de Pequenas Causas, a collection of essays coordinated by Kazuo Watanabe, São Paulo, RT, 1985, p. 110. As a matter of fact, most papers in the book refer to the outstanding contribution of Mauro Cappelletti.

In this matter, the pioneer work of Professor José Carlos Barbosa Moreira is duly recognized. It was prepared in Florence and published in Brazil in 1977, under the title *A ação popular do Direito Brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*[20], because it was after this essay that the Brazilian doctrine began to worry about the issue. It contained several references to the ideas and the work of Mauro Cappelletti, whose influence is confirmed by Professor Ada Pellegrini Grinover[21], along with Professors Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe and Waldemar Mariz de Oliveira Jr, authors of the Bill.

Not coincidently, three bright procedural experts who, along with other jurists, wrote the bill turned into the Brazilian Consumer Act, (Federal Statute n. 8.078, from September 11, 1990), Professors Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe and Nelson Nery Júnior, are very linked to Mauro Cappelletti's work, making his influence clear in so many regulations of such an important legislative monument. In their comments on the Act, they pay him recognized homage, mainly about the class actions statuted there[22]. Professor Ada Pellegrini Grinover claims, with a clear mention to Cappelletti's work, that exactly because it is related to consumer protection, legislators' concern right now is towards this protection's effectiveness and with an easier access to justice[23]. So does Professor Kazuo Watanabe by highlighting, also quoting Cappelletti, the manifest intention of the Brazilian Congress to increment the substantial instrumentality and the greater effectiveness of the proceedings and adapting it to the new socio-economic reality we are living, marked so strongly by mass economy[24].

---

[20] Dedicated to Liebman, the essay was originally published in Temas de Direito Processual, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 110-123, and later in Studi in onore di Enrico Tullio Liebman, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1979, p. 2673-2692.

[21] *Novas tendências na Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, in O Processo em sua Unidade — II, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 88-121. As informed there, p. 116, the bill was initially presented at the I National Conference of Procedural Law, held in Porto Alegre from July 11 – 16, 1983, where José Carlos Barbosa Moreira reported, in a favourable opinion, that he made profound, important considerations about the theme, suggesting a control prevision of the liminar measure in the inhibiting civil actions, apart from formal modifications. After the favourable manifestations by Professors Galeno Lacerda, Calmon de Passos and Ovídio Baptista da Silva, it was passed by acclamation.

[22] See Ada Pellegrini Grinover et allia, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 6a. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, passim.

[23] Ada Pellegrini Grinover, Código Comentado, cit., p. 701.

[24] Kazuo Watanabe, Código Comentado, cit., p. 706.

4. Any modern thinking about the proceedings must take their internal and external connections into consideration. The sheer study of technique - a simple means to obtain a certain result - is not enough, because the proceedings, as a cultural phenomenon, conform to a society's values, ideas, utopias, power strategies, social, economic and political factors. So, it is always necessary to pay attention to the ties of the outside social reality: the greatest myopia a procedural expert may suffer from is to regard the proceedings as a measurement for everything. No attempt to control state discretion and at the same time establish patterns which allow the proceedings to reach their goals in reasonable time and also add up to justice may result fruitful if it does not regard political, cultural and axiological currents of the conditioning and determining factors of its structural process and organization[25].

Mauro Cappelletti was the greatest inspirer of our times towards a more humanistic and realistic approach to feeling and thinking the procedural phenomenon. His sociological view of the proceedings, inherited from Piero Calamandrei, the shared experience of the civil law and the common law and the skill of his refined spirit to post-modernity odds make him a priviledged observer of the great conflicts of value of the 20th Century, and most of all, an insuperable reformer in the studies of Procedural Law.

[25] A better development of such ideas in C. A. Alvaro de Oliveira, Do Formalismo no Processo Civil, São Paulo, Saraiva, 1997, passim.

Considerazioni Intorno All'eficacia Della Sentenza

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Ordinario di Diritto Processuale Civile
Università Federale del Rio Grande do Sul
Porto Alegre Brasile

1. Il problema della efficacia della sentenza resa nella procedura di cognizione è questione delicata e dibattuta tra i processualisti, sopratutto negli ultimi tempi. L'interesse si è intensificato a causa della presa di coscienza della necessità di garantire al processo una vera e propria effetività quale strumento della giurisdizione (oltre alla preocupazione legittima di costruire concetti adeguati). A volte affrontata come questione concernente il diritto processuale, a volte integrata nell'ambito del diritto sostanziale, la questione non ha avuto finora, a mio parere, soluzione soddisfacente.

Questo saggio parte dall'esame dello stato atuale della dottrina (n. 2 e 3), analizzata criticamente (n. 4 e 5) per arrivare, alla conclusione, con una positiva elaborazione del tema (n. 6) più adatta alle esigenze odierne.

2. Nella dottrina brasiliana emergono due teorie contrapposte.

L'opinione tradizionale fa dipendere l'efficacia della sentenza dal tipo di tutela giurisdizionale concessa dal giudice alla parte. In questo ambito, si adotta l'usuale tripartizione: sentenza di accertamento, di condanna, costitutiva.

Humberto Theodoro Jr. espone con chiarezza la prima teoria: "la più rilevante classificazione delle sentenze (sia la decisione monocratica, sia quella collegiale), è quella che prende spunto dalla natura del bene giuridico che è oggetto del giudizio, ossia, dal tipo di tutela giurisdizionale resa alla parte". Conseguentemente, Theodoro Jr. adotta la tripartizione sopra richiamata. Per quanto riguarda le sentenze dette mandamentale e esecutorie - che danno luogo a ordini da attuare nell'ambito stesso della procedura nella quale sono stati

emanati - l'autore ritiene che siano catalogabili in una delle tre categorie tradizionali: "Siano quelle cosidette esecutorie che quelle mandamentale realizzano l'essenza delle sentenze di condanna, cioè, accertano la situazione giuridica dei litiganti e ordinano una prestazione di una parte in favore dell'altra. La forma processuale attraverso la quale viene realizzata questa prestazione segna il punto di differenza. In altre parole, la differenza risiede nella esecuzione e nel corrispettivo procedimento. Se così è, non esiste motivo per attribuire natura diversa a queste sentenze"[1].

Cândido Rangel Dinamarco, nonostante alcuni aggiustamenti e modifiche da lui introdotti, aderisce sostanzialmente a questa teoria.

L'autore pone in rilievo che la classificazione ternaria delle azioni, basata sul tipo di sentenza richiesta, ha il merito di ben adattarsi al campo processuale, evitando i criteri trasmessi dalla tradizione romanistica, derivati da elementi del diritto sostanziale (inerenti al diritto soggettivo affermato dall'autore) che conducevano alle sentenze 'reali', 'personali' etc. Rileva, inoltre, che una siffatta classificazione ternaria è più coerente con la moderna impostazione del processo civile, secondo la quale le domande sono classificate come iniziative concrete volte a richiedere la tutela giurisdizionale.[2] La classificazione è ternaria: sentenze di condanna, di accertamento e costitutive. Per quanto riguarda le sentenze mandamentale, integrerebbero la classe delle sentenze di condanna: "La sentenza mandamentale è titolo per l'esecuzione, così comme lo è quella di normale condanna. È, perciò, anch'essa una sentenza di condanna. La differenza specifica stà nel contenuto della sanzione che avviene nel momento posteriore, nel quale si intensifica il fattore *commando o ordine.* (...) In codeste sentenze il commando ha una tale intensità che autorizza il giudice, nel *proprio processo di cognizione* (senza bisogno di ricorrere al processo di esecuzione) a infliggere misure dirette a rendere all'attore vittorioso l'effettiva soddisfazione del suo diritto[3]. Più avanti, vienne rinforzata la stessa idea: "Non si tratta di una quarta categoria di sentenza, accanto a quelle di accertamento, di condanna o costitutiva. Secondo la sua struttura, funzione ed efficacia, le sentenze mandamentale hanno natura di condanna. (Cintra-Grinover-Dinamarco), nonostante il rafforzamento di efficaci datogli dalla legge"[4].

Dinamarco ammette, peraltro, la sottocategoria delle sentenze esecutorie, allorchè la sentenza di condanna trova esecuzione nello stesso processo nel quale è stata proferita, senza, dunque, l'istaurazione autonoma del processo esecutivo. Per il giurista, questi casi

---

[1] Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 39a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, n° 497, p. 468-469, n° 499, p. 470.

[2] Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, 2a. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, n° 894, p. 204-205.

[3] Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil, cit., n° 919, p. 242-243.

[4] Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil, cit., n° 919, p. 245.

sono rari e eccezionali nel sistema e esistono soltanto nella misura in cui sono ammessi dal diritto positivo specificamente (il che ocorre nelle azioni di convalida di sfratto, possessorie, nelle espropriazioni imobiliarie etc.)[5].

3. L'altra teoria prende spunto delle idee elaborate da Pontes de Miranda, posteriormente riprese e sviluppate da Ovídio A. Baptista da Silva.

Sostiene Pontes de Miranda, inanzitutto, che l'efficacia della sentenza è indissolubilmente legata all'azione di diritto sostanziale esercitata dall'autore. Non è per caso che, quando riferisce semplicemente *azione* (senza virgolette, cioè, nel senso di azione di diritto sostanziale) afferma: "L'azione, la cui nascita suppone trasgressione di una norma giuridica, costituisce un *plus* e si dirige ad un effetto giuridico specifico e non alla prestazione"[6] . Più avanti, riafferma: "Mentre il diritto soggettivo e la pretesa tendono alla prestazione, l'azione suppone combatività e, dunque, tende all'effetto giuridico specifico e non alla prestazione"[7] . In questa prospettiva, "Il concetto di azione, la classificazione delle azioni secondo la sua efficacia, tutto questo si riferisce al diritto materiale, poichè il fine principale del processo è la realizzazione del diritto oggettivo. Nella propria classificazione delle azioni e delle sentenze, il diritto processuale deve consentire l'efficacia delle azioni, secondo il diritto materiale. Il margine di libertà lasciatogli è ristretto, e però esiste". [8]

Ancora Pontes de Miranda: "Le azioni sono o di accertamento (si tenga presente che i rapporti giuridici che hanno per contenuto diritti e pretensioni, oppure fatti dai qualli essi derivano, inanzitutto *esistono*) o costitutive (positive o negative, cioè, che generano o modificano o estinguono rapporti giuridici), o di condanna, o mandamentale; oppure sono esecutive"[9] , "restando superate le classificazioni fatte dai giuristi europei. Sia la classificazione binaria che quella ternaria (azione di accertamento, di condanna e costitutive) non resistono a critiche e contribuirono per creare confusioni ingenti che ancor'oggi si presentano nello spirito di alcuni giuristi i quali non si sono accorti che forza di sentenza (eficcacia preponderante) e eficcacia immediata o mediata sono cose diverse (a prescindere di quelle efficacie minori, con le quali si completa la costante di efficacia delle azioni e sentenze)".[10]

Secondo Pontes de Miranda, la classificazione giusta è la seguente: "a) L'azione di accertamento ha che fare con l'essere o non-essere del rapporto giuridico. b.) In generale, l'azione costitutiva si riferisce alla pretesa costitutiva, *res deducta*, quando si esercita una

---

[5] Cândido Rangel Dinamarco,Instituições de Direito Processual Civil, cit., nº 920, p. 245-246.
[6] Pontes de Miranda, Tratado das Ações, tomo I, São Paulo, 1970, RT, p. 33.
[7] Pontes de Miranda, Tratado, cit., p. 93.
[8] Pontes de Miranda, Tratado, cit., p. 126.
[9] Pontes de Miranda, Tratado, cit., p. 117.
[10] Pontes de Miranda, Tratado, cit., p. 118.

pretesa alla tutela giuridica. Quando l'azione costitutiva si lega al diritto, immediatamente, non esiste nel piano della *res in iudicium deducta* pretesa costitutiva (esiste nel piano del diritto soggettivo alla tutela giuridica, che altro non è che la specializzazione, tramite l'esercizio della pretesa, alla tutela giuridica in pretesa costitutiva). c.) L'azione di condanna presuppone che coloro ai quali si dirige abbiano operato contro diritto, che abbiano causato danno e meritino, perciò, di essere condannati (con-damnare). d.) L'azione mandamentale si riferisce ad atti che il giudice o altra autorità ordini. Il giudice adotta la misura mandamentale perchè l'attore ha pretesa al mandamento e, esercitando la tutela giuridica, ha proposto l'azione mandamentale. e.) L'azione esecutoria è quella tramite la quale trasferisce nella sfera giuridica di una persona quello che in questa sfera doveva stare e non è invece presente."[11]

Si schiera al fianco di Pontes de Miranda, Ovídio A. Baptista da Silva: "Riprendendo ciò che già è stato detto, dobbiamo distinguere nettamente le due forme di agire, e, perciò, le due specie di azioni: una, che si svolge nel piano del diritto sostanziale e che corrisponde all'agire contro l'obbligato al fine di realizare il diritto, prescindendo della sua collaborazione; un'altra, diretta contro lo Stato e provocata dall'interessato (attore) perchè esso (lo Stato) eserciti attività giurisdizionale (alla quale è obbligato) e renda la rispettiva tutela, adeguata alla richiesta (dell'autore). La prima specie presuppone un diritto sostanziale preesistente, del quale l'attore è titolare; l'altra, la 'azione' processuale, è pure fondata su un diritto anteriore. Anch'essa, come qualsiasi attività lecita, deve corrispondere ad un diritto esigibile (pretesa), perchè non diventi arbitrio e violenza." Più avanti, afferma: "Colui che agisce (esercita azione) sul piano processuale non può assolutamente prescindere dalla attività dello Stato diretta alla realizzazione del diritto dell'autore alla giurisdizione. Al contrario, l'esercizio della 'azione' in questo caso, comprende sia l'agire che l'esigere l'azione dello Stato, per attuare la tutela giuridica".[12]

In tema di classificazione delle azioni, osserva l'autore: "Quando si classifica l'atto giurisidizionale tipico - decisioni e sentenze del 'processo di cognizione' e dell'esecuzione creditizia - si deve esaminare e ordinare il risultato di questa attività statale a seconda degli effetti che ciascuna azione produce nel mondo giuridico, e cioè, a seconda del verbo tramite il quale la sentenza riflette l'azione di diritto sostanziale corrispondente, contenuta nella domanda, dalla quale la decisione giudiziale è conseguenza necessaria."

Seguendo questo criterio, l'autore divide le sentenze, di accertamento, costitutive, di condanna, esecutorie e mandamentale, "a seconda che la pretesa di diritto sostanziale dell'autore vittorioso sia diretta a ottenere semplice dichiarazione dell'esistenza o non esistenza di un determinato rapporto giuridico; alla sua costituzione, modificazione o estinzione; alla

[11] Pontes de Miranda, Tratado, cit., p. 118-122.

[12] Ovídio A. Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, vol. I, 5a. ed. riveduta ed atualizzata, São Paulo, RT, 2000, p. 92-93.

condanna del convenuto a compiere un'obbligazione o alla realizzazione immediata del diritto in contestazione nel processo di cognizione, tramite un'atto di esecuzione del giudice o tramite un semplice comandamento o ordine emesso dal magistrato, come parte del contenuto della sentenza"[13]. Si veda anche: "Quando si afferma che le azioni - e le corrispettive sentenze di procedenza - possono essere di accertamento, costituttive o di condanna, si fa riferimento ad azioni di diritto sostanziale che stanno alla base dell'atto introduttivo della domanda e che sono prese in considerazione all'interno del rapporto giuridico processuale come semplici ipotesi di lavoro che si offrono al magistrato".[14]

4. È certamente insufficente il tentativo di classificare le azioni tenendo conto unicamente di fattori processuali. Sembra aver ragione Ovídio A. Baptista da Silva quando afferma: "l' 'azione' processuale, una ed astratta, non può avere contenuto di accertamento, costituttivo o di condanna, senza diventare azione della tradizione civilistica (...). Il prodigio di una qualche cosa che, non avendo sostanza - perchè è uguale a se stessa e concessa a tutti, senza discriminazione - possa essere dichiaratoria, costitutiva o di condanna è una contraddizione che non arriva a offendere la razionalità dei processualisti".[15]

D'altra parte, la teoria dell'azione astratta sembra non tenere nel conto dovuto il fatto che le diverse forme procedurali reagiscono sull'azione (l'agire in giudizio) e determinano poteri, facoltà e oneri diversi: un solo atto è comune a tutti i tipi di azioni (che deriva dal potere astratto di attivare la procedura), ma non si deve ignorare che gli atti posteriori possono avere dimensioni diverse, a causa dell'oggetto del processo, della forma etc.[16] E questo perchè non sembra possibile respingere il legame col diritto sostanziale in virtù della inerente strumentalità che la funzione giurisdizionale esercita in rapporto ad esse, al quale servono, azione e processo, tramite l'esercizio dei poteri, facoltà e oneri delle parti.

Il processo è sempre indissolubilmente legato al diritto sostanziale. Come osserva giustamente il Fazzalari, l'attore allega dei fatti, ma non già qualsiasi "episodio della vita" bensì dei fatti Che, rientrando nello schema di una norma, generano determinate conseguenze giuridiche. Deduce, cioè, i fatti costitutivi della situazione giuridica (sostanziale) preesistente, e, innanzitutto, la fattispecie concreta da cui sia derivata la posizione di preminenza rispetto al bene: il che val dire il diritto soggettivo (sostanziale). Si tratta, ovviamente, di realtà meramente affermata come esistente e che diventa problematica dal momento in cui è oggetto di discussione, per finire come realtà accertata, nella ipotesi di sentenza di accoglimento della domanda[17]. Un'altro punto di contatto si avverte nella richiesta immediata che caratterizza il

---

[13] Ovídio A. Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, vol. I, cit., p. 112.
[14] Ovídio A. Baptista da Silva, Curso cit., vol. I, p. 160.
[15] Ovídio A. Baptista da Silva, Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica, São Paulo, RT, 1996, p. 179.
[16] Elio Fazzalari, Note in tema di diritto e processo, Milano, Giuffrè, 1953, p. 151, nota 129.
[17] Fazzalari, Note in tema di diritto e processo, cit., p. 122-123.

tipo di tutela giurisdizionale adatta al caso (accertamento, condanna, costituzione, ordine o esecuzione), e che si presenta come strettamente legato al diritto sostanziale. La stessa lesione affermata dall'autore - che conduce al venir meno di una situazione materiale protetta e che giustifica l'interesse nella tutela giurisdizionale richiesta - ha a che fare col diritto sostanziale.

Tutto ciò sta a dimostrare che non è possibile attenersi soltanto al diritto processuale per costruire la teoria della efficacia della sentenza.

5. D'altro verso, non è soddisfacente l'uso del poco chiaro concetto di azione di diritto sostanziale.

Si riprenda Pontes de Miranda: "L'esercizio di pretesa, azione o eccezione è esercizio del diritto che li contiene. Ad alcuni poteri corrispondo azioni dirette alla rispettiva realizzazione o 'dichiarazione'. Ecco che siamo arrivati a uno dei punti più rilevanti della Teoria Generale del Diritto: in ogni diritto, pretesa, azione od eccezione, si innesta il potere di rivelarsi, ogniqualvolta il diritto viene ostacolato o difficoltata la sua 'revelabilità'. Questo potere di rivelarsi consiste nell' l'*actio* e trova corrispondenza nel contenuto favorevole della sentenza, quando si esercita la pretesa alla tutela giuridica"[18] . L'azione (di diritto sostanziale) è l'esaltazione del diritto o della pretensione[19]. "L' 'azione' è, peraltro, un'altro grado nel quale si conferisce a un soggetto, autore, titolare dell'azione (di diritto sostanziale), il potere di esigere la verifica e l'attuazione della legge"[20]. L' 'azione' si esercita insieme con l'azione[21].

Quando si afferma che "l'azione (di diritto sostanziale) è l'esaltazione del diritto o della pretesa" vengono subito alla memoria le idee di Savigny il quale considerava l'azione di diritto sostanziale come un'emanazione (*Ausfluss*) dello stesso diritto sostanziale, cioè, come la sua efficacia. A questo riguardo, distingueva il giurista tra i diritti in se stessi (*Rechten an sich*), i diritti vulnerati (*verletzen Rechten*) e i diritti in stato di difesa (*im Zustand der Vertheidigung*)[22], tutti fenomeni del diritto materiale. Questo inserimento dell'azione nel piano del diritto sostanziale trascura la necessaria separazione tra questo piano e quello del processo.

Sta di fatto che, se già non appare possibile affermare l'esistenza del proprio diritto sostanziale prima del contraddittorio, a *fortiori* è problematica l'affermazione dell'esistenza di una 'azione di diritto sostanziale' già all'inizio della domanda. La sua esistenza potrà essere affermata solo alla fine del processo, con il transito in giudicato della sentenza. In questo momento però essa (la azione), si confonderà con la propria efficacia della sentenza.

---

[18] Pontes de Miranda, Tratado, cit., p., 67.
[19] Pontes de Miranda, Tratado, cit., p. 116.
[20] Pontes de Miranda, Tratado, cit., p. 277.
[21] Pontes de Miranda, Tratado, cit., p. 94-95, 110.
[22] Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Berlin, 1841, tomo V, p. 1 e 2, §§ 204 e 205.

Pontes de Miranda, per cercare di evitare questa contradizione, sostiene che il diritto alla pretensione di tutela giuridica (meglio: *pretensione alla giustizia*) non è affatto pretesa ad una sentenza favorevole [23]: "Se, anzichè avere la sentenza favorevole, si ottiene quella negativa (l'attore ha proposto un'azione che non gli spettava), si dichiara l'inesistenza dell'azione. Poichè l'attore non aveva l'azione, ha esercitato pretensione all rimedio giuridico-processuale, cioè, non poteva aspettarsi una sentenza favorevole riguardo all'azione di cui se credeva titolare" [24]. La spiegazione non è convincente perchè, nello stesso tempo in cui si riconosce che l'istante non aveva azione (di diritto sostanziale), si afferma che l'azione è stata esercitata tramite l' 'azione'. È palese, però, che non si può esercitare quello che non si ha.

Ovídio A. Baptista da Silva qualifica l'azione di diritto sostanziale, inerente a qualsiasi diritto, come un' "agire del titolare del diritto *ai fini della sua realizzazione, prescindendo dalla volontà o collaborazione dell'obbligato"* (enfasi originale)[25]. In altro passo, la definisce come "l'agire di ogni diritto, atto - indipendentemente da qualsiasi partecipazione attiva dell'obbligato - a realizzare completamente il rispettivo diritto"[26]. Fa notare l'autore che "la realizzazione coattiva del diritto che dispensa la volontà o collaborazione dell'obbligato è rigorosamente la stessa azione di diritto sostanziale, ossia, lo stesso agire per la realizzazione, inerente a qualsiasi diritto, con l'unica differenza che, vietata l'autotutela privata, la sua realizzazione avviene attraverso l'attuare degli organi statali. Come si vede, anzichè soppressione o sostituzione dell'azione di diritto sostanziale, si ha una vera e propria duplicazione di azioni: la prima, diretta contro l'obbligato, l'altra, verso lo Stato affinchè, una volta certificata l'esistenza del diritto, questo sia realizzato dal Potere Publico per mezzo della stessa atività vietata al suo titolare privato"[27].

Nonostante la generalizzazione fatta dall'autore rispetto la soppressione dell'autotutela, esistono casi in cui si esige la partecipazione attiva dell'obbligato, il che rende inveritiera o alquantomento indebolisce l'affermazione astrattamente fatta. Un'esempio ammesso, tra l'altro, da Ovídio A. Baptista da Silva, consiste nell'atto di integrare in servizio un pubblico funzionario. La sentenza non può realizzarlo direttamente [28]. Per restare coerente con le sue premesse, il giurista è stato costretto a negare l'esistenza della categoria delle sentenze di condanna, poichè l'agire che realizza la pretesa è l'azione di esecuzione (in caso de esecuzione dell'obbligazione)[29].

---

[23] Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil., t. I, Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. XXXIV.
[24] Pontes de Miranda, Comentários cit., p. XLIII-XLIV.
[25] Ovídio A. Baptista da Silva, Curso de Direito Processual Civil, vol. I, cit., p. 80.
[26] Ovídio A. Baptista da Silva, Curso, vol. II, 4a. ed., São Paulo, RT, 2000, p. 354-355.
[27] Ovídio A. Baptista da Silva, Curso, vol. II, cit., p. 84-85.
[28] Ovídio A. Baptista da Silva, Curso, vol. II, cit., p. 354-355.
[29] Ovídio A. Baptista da Silva, Curso, vol. II, cit., p. 204.

In questi casi risalta la fragilità della teoria, nella misura in cui, anche in assenza dell'azione di diritto sostanziale in queste ipotesi, la sentenza (di condanna o mandamentale) seguirebbe avendo tutta l'efficacia che le è propria. D'altra parte, non si avverte l'affermata duplicazione di azioni in alcuni giudizi costitutivi, positivi o negativi, che sono sprovvisti di pretesa materiale, come avvienne nel caso di divorzio, annulamento di matrimonio e interdizione. In modo simile, non è pensabile aversi la duplicazione di azioni nelle azioni di mero accertamento, visto che il titolare del diritto non può agire per se stesso per la sua realizzazione - con o senza la volontà dell'obbligato la dichiarazione del proprio interessato sarebbe un *flatus vocis*, essendo indispensabile la certifica che avviene dall'autorità statale tramite l'esercizio della giurisdizione.

Nell'abbinare il concetto di azione di diritto sostanziale con la titolarità del diritto (un agire del titolare del diritto) già si avverte un compromesso con le teorie immanentiste dell'azione (Savigny) sempre rifiutato, però. Una volta messo in discussione il diritto, non si può avere a che fare con un suo titolare, ma soltanto con un sedicente avente diritto, il che può essere vero o no, a seconda della sentenza.

Oltre a ciò, l'immanenza del diritto sostanziale, che sarebbe presente in tutte le azioni di diritto sostanziale (si traterebbe della propria efficacia del diritto materiale), fa pensare alla teoria del diritto giustiziale sostanziale civile, di James Goldschmidt (anche lui un concretista). Questo diritto, composto dalle norme che regolano la tutela processuale e dalle norme del diritto privato sarebbe totalmente distinto da quest'ultimo (diritto privato), poichè inteso come regolatore dall'attività del giudice (e non dei privati). Per il giurista tedesco, le norme di diritto privato si rivolgono sia ai privati che al giudice, nella misura in cui quest'ultimo deve assicurare la loro attuazione. In altre parole, il diritto privato si dirige ai privati e allo Stato[30], nel regolare la sanzione da applicare ad un trasgressore. In questa prospettiva, il diritto privato ed il diritto giustiziale sostanziale non sarebbero altro che due volti di un unico dominio giuridico[31]. Ancora più importante è il fatto che, così come Savigny attribuisce all'azionabilità un carattere di diritto sostanziale, anche il Goldschmidt dota l'azionabilità giustiziale civile di un significato sostanziale [32]. Non a caso, l'inserzione del fenomeno processuale nel diritto materiale fa diventare il concetto di azione di Goldschmidt molto simile a quello di *actio* del Savigny[33] .

---

[30] James Goldschmidt, Zivilprozessrecht, Neudruck der 2. Auflage, Berlin 1932, Aalen, Scientia Verlag, 1969, § 2, 3, p. 5: "Il diritto può essere visto come un'insieme di imperativi diretti ai soggetti titolari di diritti oppure di regole di applicazionei dirette ai giudici. Quest'ultima caratterizzazione è adeguata al diritto giudiziale ed anche al diritto processuale civile. Da questa perospettiva, le regole giuridiche operano come norme di inibizione o di permesso di una determinata condotta dei particolari e, inoltre, come criterio per una sentenza giudiziale di determinato contenutto."

[31] James Goldschmidt, Über Begriff und Bedeutung des materiellen Ziviljustizrechts (in Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht), in Festgabe für Heinrich Brünner, München/Leipzig, Duncker & Humblot, 1914, p. 109-138, esp. p. 123.

[32] James Goldschmidt, Zivilprozessrecht, cit., § 12, 3, p. 52: "L'azione processuale, quale oggetto concretto del processo (il meritum causae) è un diritto giudiziale di carattere materiale e non di carattere giudiziale."

[33] Osservazione di Andreas Kollmann, Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 598

Di conseguenza, la concezione di Goldschmidt deve affrontare le stesse critiche che si indirizzano nei confronti delle idee di Savigny. Oltre a ciò, da una parte sembra essere fuori dubbio che le norme del processo civile (normalmente di diritto pubblico), sono dirette essenzialmente alla funzione giurisdizionale e non hanno a che fare con il sottostante diritto sostanziale; dall'altra parte, il soggetto della condotta prevista nella norma di diritto sostanziale non è l'organo giudiziale[34] .

La stessa critica può essere puntata verso l'azione di diritto sostanziale, che altro non è che una derivazione del diritto sostanziale (norme dirette al particolare) e che, nonostante ciò, dev'essere attuata nel processo tramite l'organo giudiziale, insieme con l' 'azione' processuale. L'ipotesi di una norma di condotta che contenga in se stessa il meccanismo della sua propria realizzazione giudiziale, quando trascurata, non è armonica con l'ordine giuridico brasiliano che distingue in forma netta il diritto sostanziale dal diritto processuale. Questa teoria è portata ad ammettere l'esistenza di una siffatta norma che contemporaneamente è di primo e secondo grado[35].

Non fossero sufficenti queste osservazioni critiche, non si vede come possa il giudice "agire materialmente" (esercitare l'azione di diritto materiale, secondo Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva), in parallello con l'azione processuale: ciò che il magistrato realizza nel compiere il suo mestiere, tramite l'esercizio di competenze pubbliche attribuitagli da norme di diritto pubblico è attività assolutamente diversa da quella retta da norme di diritto privato. Appena doppo che è stata presa la decisione è che il giudice può intervenire nel mondo sensibile. Ma a questo punto, si tratta già di efficacia della sentenza, del risultato della tutela giurisdizionale. Prima di ciò non si presenterebbe l'azione di diritto sostanziale. Ma, anche questo agire del giudice non può essere equiparato all'agire del particolare, se si tiene presente la natura diversa della tutela giurisdizionale e la sua caratteristica di sostitutività, mirata a ricostruire la realtà fuori processo e non soltanto a riprodurla.

---

[34] Elio Fazzalari, Note in tema di diritto e processo, cit. p. 49, osserva contro Goldschmidt, con ragione, che "...ogni attività, quale risulta in astratto prevista e valutata dalla norma, ha il proprio soggetto , pure indicato dalla norma (...) Dalla costanza di questa indicazione astratta e tipica se trae che ogni norma riguarda una certa categoria di soggetti (quelli che vengono a trovarsi, in concreto, nelle condizioni descritte dalla norma), la quale può anche coincidere, ma non coincide sempre e necessariamente con la generalità dei soggetti. In questi più corretti termini, si potrà allora concludere che vi sono, nel nostro ordinamento, norme le quali indicano, como soggetto delle condotte da esse descritte e valutate, il giudice; altre norme che indicano il privato; altre norma ancora che indicano il legislatore, la pubblica amministrazione e così via. Dal che riceve, poi, conforto l´avviso, già manifestato, secondo il quale non è possibile ritenere che la norma di diritto privato s´indirizzi al privato e, al tempo stesso, al giudice che deve garantirne il funzionamento; ritenere cioè che la norma de qua regoli, al tempo stesso, la condotta del privato e la sanzione."

[35] Comme spiega Norberto Bobbio, Norme Primarie e Norme Secondarie, in Studi per una Teoria Generale del Diritto, Torino, Giappichelli, 1970, p.196, nella stregua di Santi Romano, i numerosi meccanismi e collegamenti di autorità e forza che producconо, modificano, applicano o garantiscono le norme giuridiche costituiscono, /sattamente, le norme di secondo grado. Ciò di cui non si era reso conto (Il Romano) era che quei "numerosi meccanismi o ingranaggi" erano costituiti anch´essi da norme, appunto dalle norme di secondo grado.

6. Una volta stabilito che, seppur non si prescinde dal diritto sostanziale nello stabilire l'efficacia della sentenza, non la si può confondere col diritto di azioni sostanziale, bisogna andare oltre nell'esame del problema.

Il diritto sostanziale costituisce, certo, la materia prima con la quale opera il giudice, che, però, in questo operare, la trasforma. La tutela giurisdizionale non presenta il diritto sostanziale in stato puro, ma qualcosa di più, di qualitativamente diverso. La sua forza ed efficacia sono altre (che quelle del diritto sostanziale non "giurisdizionalizzato") poichè si tratta di opera di ricostruzione - ed anche di creazione - e di autorità. Una conferma di ciò si ha nel fatto di che i verbi "dichiarare", "condannare", "esecutare" e "commandare" sono tipici del diritto processuale e non hanno significato tecnico nel diritto sostanziale che, invece, parla di indenizzi, di risoluzione di contratto, rinunzia ecc. Si badi che, anche la autotutela, che sarebbe per così dire, l'azioni di diritto sostanziale in stato puro, non è equivalente alla tutela giurisdizionale quanto meno perchè, non avendo il marchio della autorità statale (eseguita dal diretto interessato, senza le garanzie del *due process*) può essere oggetto di futura ed eventuale revisione giudiziale.

In un siffatto contesto, l'efficacia processuale si presenta solo come una forma di tutela giurisdizionale, data a chi ha ragione, sia attore, sia convenuto (sentenza di accertamento negattivo)[36].

D'altra parte, la distinzione tra i diversi tipi di tutela giurisdizionale non è arbitraria.

Si deve osservare, soprattutto, i principi della effettività e della sicurezza[37] (quest'ultimo derivato dal proprio concetto di Stato di Diritto e materializzato dalla nozione di *due process of law*), entrambi di stampo costituzionale, nonchè la situazione sostanziale dedotta in giudizio. Sono questi principi, insieme alle specificità di ciascun ordinamento giuridico, che determinano, i possibili tipi di tutela giurisdizionale *in abstracto*.

---

[36] Da un'altra perospettiva, osserva giustamente Flávio Luiz Yarshell Tutela jurisidicional específica nas obrigações e declarações de vontade, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 19 che, nonostante si pensi alla tutela giuridica come protezione, essa esiste anche rispetto a quello che è stato vinto. E questo perchè lo Stato glile ha assicurato, tramite l'esercizio della funzione giurisdizionale e del due process of law, la soluzione del conflitto in base a regole preestabilite e che garantiscono la sua partecipazione (contraddittorio) tendente al risultato finale, che esiste, esattamente per impedire la supremazia del più forte su il più debole.

[37] Nonostante sia diventato un luogo comune, la considerazione di Chiovenda,Della azione nascente dal contratto preliminare, in Saggi di diritto processuale civile, Roma, Foro Italiano, 1930, vol. I, p. 110, mantiene tutta la sua attualità: "il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire." . Luiz Guilherme Marinoni, Tutela Inibitória (individual e coletiva), 3a. ed., São Paulo, RT, 2003, p. 449, benchè presentando una posizione diversa, pone in rilievo nel il fatto che la tutela giurisdizionale dev'essere classificata a partire dai quello che effettivamente fa per realizzare il diritto materiale, e non appena solo in base al tipo di effetto giuridico dichiarato. Osserva che la preocupazione dev'essere quella di analizzare il risultato che il processo deve presentare. Sull'effettività e la sua base costituzionale, si vedano le osservazioni di Marcelo Lima Guerra, Execução Indireta, São Paulo, RT, 1998, p. 48-54.

In concreto, la tutela dipende dalla richiesta fatta dall'attore e dalle eccezioni di diritto sostanziale avanzate dal convenuto. A causa del principio del dispositivo, diventa possibile una pluralità di sentenze e di richieste per un singolo rapporto di diritto sostanziale. Si prenda come esempio la possibilità di chiedere soltanto l'accertamento della situazione di diritto sostanziale, laddove è già avenuta la violazione del diritto (ex vi art. 4°, par. unico del CPC brasiliano). La violazione del diritto potrebbe dare causa anche ad una domanda mandamentale, di condanna od esecutiva. Ma non per questo si può affermare che la classificazione delle sentenze sia una questione puramente processuale [38].

D'altra parte, si deve osservare che il giudice brasiliano è autorizzato, a regola dell'art. 461 del CPC, a non attenersi strettamente a quanto richiesto. Se, la tutela specifica dell'obbligazione (normalmente di carattere ordinatorio) non è giunta ad un risultato soddisfacente, il magistrato può prendere delle misure che conducano a risultati equivalenti, anche attraverso provvedimenti di natura esecuttiva [39].

Si deve, tenendo presente quanto detto, preferire la tutela che garantisca in più alto grado l'efettività. Dal punto di vista della sicurezza, importa essenzialmente che il convenuto possa esercitare in modo adeguato il suo diritto di diffesa. La situazione giuridica sostanziale non può impedire l'eficacia che si pretende. Si prenda come esempio il problema delle obbligazioni pecuniarie. In tale ipotesi, la tutela rappresentata da una sentenza di condanna è la più adatta, poichè la futura esecuzione surrogattoria a che da causa, è normalmente la più effetiva.

L'ambito più adatto alla utilizzazione della tutela mandamentale è quello dei diritti assoluti, nella misura in cui essi danno origine al dovere negativo di astensione dall'invadere la sfera giuridica altrui, *alterum non laedere*[40] .

Non esiste, però, mottivo per determinare un vincolo necessario tra diritti assoluti e sentenze mandamentale [41]. Oltre essi, le obbligazioni di fare e di non fare possono essere oggetto di questo tipo di provvedimento giurisdizionale. Anche in ordine ai diritti relativi si riconosce odiernamente il dovere di astenzione: ogni diritto è relativo in rapporto al suo oggetto e assoluto per quanto riguarda la sua esigenza di inviolabilità da parte di qualsiasi

---

[38] Come sostengono, v.g., Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 12a. ed., München, Beck, 1977, § 93, 3, p. 478.

[39] Interessante, a questo riguardo, l'esempio di Cândido Rangel Dinamarco, A Reforma da Reforma, 4a. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 228: "Il giudice condanna (rectius: commanda ordina, nella proerspettiva qui presentata) un negozio notturno a ridurre fino a livelli sopportabili i rumori che produce. Diventa res iudicata e il convenuto non la osserva." Il giudice "può arrivare al punto di ordinare la chiusura dello stabilimento", anche senza richiesta dell'attore.

[40] Luiz Guilherme Marinoni, Tutela Inibitória, cit., p. 415.

[41] Luiz Guilherme Marinoni, Tutela Inibitória, cit., p. 418. Eduardo Talamini, Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer, São Paulo, RT, 2001, p. 125-127 relativizza la distinzione tra diritti e doveri e sostiene, giustamente, l'applicazione dell'art. 461 del CPC sia ai doveri che alle obbligazioni di fare e non fare.

soggetto. La distinzione ha a che fare soltanto con la forma tramite la quale si realizzano indipendentemente dalla collaborazione altrui. I diritti relattivi, nei rapporti con gli altri il cui comportamento è strumentale per la sua realizzazione[42]. La spiegazione è giusta in parte, perchè nelle obbligazioni di fare non si sta davanti a un dovere di astensione. In questa sede, la tutela mandamentale trova la sua giustificazione nel principio della effettività.

Comunque sia, la questione fu grandemente facilitata nel diritto brasiliano a causa della nuova disciplina data al compimento delle obbligazioni di fare o di non fare, apportata dal nuovo art. 461 del CPC, in particolare, dal suo § 1o (Legge n. 8.952, del 13.12.1994). Con essa è stato capovolto il principio *neminem praecise potest cogi ad factum*: "L'obbligazione si converte in pagamento a richiesta dell'auttore o se impossibile la tutela specifica o l'ottenimento del risultato prattico corispettivo." Si evitò, così, l'equivoca esegesi dei glossatori, privilegiandosi la forza del negozio giuridico o del contratto, fino al punto, ovviamente, in che questa realizzazione è compatibile con il rispetto della dignità del debitore.

Se l'obbligazione di fare è personalissima, o fu convenuto che l'adempimento non sarebbe stato specifico, si mostra adeguata la tutela di condanna. Nell'obbligazione di fare fungibile, che per ipotesi può essere realizzata da un terzo a carico dell'obbligato, l'autore può scegliere tra la sentenza di condanna e quella mandamentale. È questo il significato dalla multa, stabilita nell'articolo 287 del CPC (con redazione secondo la legge n. 10.444, del 07.05.2002)[43].

La tutela di accertamento ha che fare solo con la verifica dell'esistenza o inesistenza di un rapporto giuridico (eccezionalmente si può avere dichiarazione sulla falsità di un documento). L'accertamento di un mero fatto o dell'esegesi di una norma in astratto considerata (la cui fattispecie non si ha verificato) comprometerebbe la garanzia di difesa del convenuto, sia perchè un singolo fatto può servire ad diversi effetti giuridici, sia perchè la norma generale ed astratta può essere applicata ad una serie indefinita di situazioni concrete[44].

La tutela esecuttiva *lato sensu* ha che fare soltanto con il passare dalla sfera giuridica del debittore a quella del creditore ciò che in essa dovrebbe essere già - linea di divisione della tutela esecuttiva *lato sensu* e quella di condanna, secondo Pontes de Miranda. La realizzazione della tutela di condanna, però, perchè si dirige genericamente al patrimonio del debittore, esige più ampie possibilità di difesa (principio della sicurezza) e, di conseguenza, un processo autonomo di esecuzione [45].

---

[42] Marco Comporti, Diritti reali in generale, p. 26-27, apud Marinoni, Tutela Inibitória, cit., p. 417.

[43] Marinoni, Tutela Inibitória, cit., p. 460-462, i base specialmente al principio della effettività

[44] Andrea Proto Pisani, Appunti sulla Giustizia Civile, Bari, Cacucci, 1982, p. 93. "uno stesso fatto può essere rilevante ai fini di più e diversissimi effetti giuridici (...) una tale norma per definizione è suscettibile di trovare applicazione com riferimento ad uma serie pressoché indefinita di fattispecie concrete."

[45] L'introduzione dell'articolo 461-A e la nuova redazione dell'articolo 621 del CPC brasiliano (Legge 10.444, del 7.5.2002), riconoscono, de lege lata, e in modo generico, la tutela esecuttiva lato sensu. Con ciò si prestigia in modo deciso il valore efetività, ma non a scapito del diritto di diffesa del convenuto, tra l'altro riconosciuto costituzionalmente.

La tutela mandamentale, nonostante operi a somiglianza di quella esecutiva *lato sensu* (tramite l'emissione di ordini del giudice), è alquanto diversa da essa perchè agisce sulla volontà dalla parte e non sul suo patrimonio. E questo è esigenza della situazione sostanziale che non racommanda (se si parte dalla perspettiva della più grande efettività) l'uso della condanna[46].

Infatti, sia la tutela esecutiva *lato sensu*, sia quella mandamentale, sono dirette al principio della maggiore effettività possibile. Basta osservare, quanto a quest'ultima, che non sarebbe possibile ottenersi il risultato specifico per mezzo della semplice condanna, poichè essa condurrebbe soltanto alla ottenzione dell'equivalente pecuniario (uso dei mezzi di esecuzione surrogattori).

D'altra parte non sembra giusto confonderle con la tutela di condanna, supostamente perchè anch'essa conterebbe un'ordine di prestazione, cambiando, in questo caso, soltanto la forma di realizzazione[47] . Il fatto è che in questa ipòtesi la sentenza non contiene in sè ordine di qualsiasi natura, ma solo un giudizio di rimprovero. Si tratta soltanto di un'esortazione al convenuto, che non da margine a qualsiasi sanzione, penale o civile.

Si sostiene, inoltre, che la sentenza mandamentale costituisce titolo per l'esecuzione forzata, così come quella di condanna. Sarebbe perciò una condanna di particolare tipo, con un contenuto diverso solo in quanto la sanzione in essa innestata mette in evidenza l'elemento di comando. A ben guardare, però, la differenza sta nel contenuto della sentenza, giacchè i due verbi "comandare" e "condannare" hanno significato e conseguenze giuridiche diverse: il comando (l'ordine) agisce sulla volontà del convenuto, mentre la condanna sul suo patrimonio in un processo futuro (effetto esecuttivo della sentenza), tramite mezzi surrogatori. Nel caso del comando, non si ha propriamente esecuzione nella misura in cui la soddisfazione del creditore è ottenuta per mezzo della collaborazione del convenuto, costretto ad eseguire la sua obbligazione per evitare mali maggiori[48] .

Si deve inoltre sottolineare che tra i cinque tipi di tutela (accertamento, condanna, costituzione, ordine e esecuzione *lato sensu*), solo le sentenze di accertamento e costituttiva soddisfano in sè stesse la pretesa processuale, senza bisogno di qualsiasi atto ulteriore; la sentenza di condanna resta a metà strada e crea soltanto le condizioni giuridiche (titolo esecutivo) perchè questa soddisfazione avvenga in processo autonomo ed independente, detto di esecuzione. Infine, le sentenze mandamentale e di esecuzione soddisfano la pretesa nello stesso processo, tramite atti materiali che producono effetti nel mondo fattuale

Infine, nel caso di tutela mandamentale o esecuttiva *lato sensu*, l'attività giurisdizionale si conclude soltanto con la realizzazione del diritto affermatosi nella sentenza. L'articolo 463 del CPC brasiliano impedisce solo l'alterazione della sentenza dopo la sua pubblicazione.

---

[46]In modo diverso, Marinoni, Tutela Inibitória, cit., p. 398. Per questo autore, il criterio per definire la qualità mandamentale di una sentenza è puramente processuale.

[47]Questa é la tese di Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, vol. I, cit., nº 497, p. 468-469, nº 499, p. 470, già presentata supra.

[48] Liebman, Processo de Execução, 3a. ed., São Paulo, Saraiva, n. 3, p. 6.

PERU

1 - 2002- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A Garantia do Contraditório. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, vol. V, junho/2002, p. 11-23. (***waiting confirmation***)

2 - 2003- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e Processo de Conhecimento. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, vol. VI, maio/2003, p. 13-26.

3 – 2003 – ROJO, Raúl Enrique. De revoluciones y reformas: Tras un tipo ideal de la reforma social. In: *XXIV° Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociologia*. Arequipa, Peru: Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa (CD-ROM *América Latina: hacia una nueva Alternativa de desarrollo*).

Efetividade e Processo de Conhecimento

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Professor Titular de Direito Processual da Faculdade de Direito da UFRGS
Doutor em Direito pela USP

1. Enquanto ciência cultural, voltado essencialmente à resolução de problemas práticos, o direito sempre tende à realização. Já o havia assinalado Rudolf von Jhering na grande obra que é o Espirito do Direito Romano (cito da 5. ed. alemã, de 1898, a 1. ed. data de 1858): "O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza como direito é direito, mesmo quando não se encontre na lei e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência"[1]. Assim é porque, sobretudo no direito como entidade prática, a determinação da "essência" não comprova a "existência": o direito não é direito sem se manifestar na prática e como prática. Só o cumprimento histórico-concreto, naquele modo de ser que é a vigência e que lhe permite se afirmar como efetiva dimensão da prática humano-social, transforma a juridicidade em direito[2].

---

[1] Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 2, Abteilung 2, Unveränderter Neudruck der 5. (lezten veränderten) Auflage Leipzig 1898, Aalen, Scientia Verlag, 1968, nº XXXVIII, p. 322. Tomo III, nº43, p. 17, da edição espanhola de 1910, trad. de Enrique Príncepe y Satorres, Madrid, editorial Bailly-Bailliere.

[2] Cf., sobre esse tema primordial, A. Castanheira Neves, Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais, Coimbra, Coimbra ed., 1993, p. 25.

No plano processual, a questão da efetividade ganha corpo a partir da consciência adquirida no início do século XX quanto ao caráter público do processo, considerado um mal social ("sozial Übel", expressão de Frederico, o Grande), um fenômeno doentio, a ser extirpado o mais rápido possível[3].

No Brasil, o movimento nessa direção também se agiganta — e parece ser esta uma causa nada desprezível — em razão das notórias deficiências da administração da Justiça, agoniada cada vez mais pela intensificação dos litígios, principalmente após o processo de redemocratização iniciado com a promulgação da Constituição de 1988. Dentro desse quadro atuam como reagentes a permanência do entulho legislativo autoritário, as dificuldades de ordem econômica, política e social por que passa a Nação, os anseios de grande parte dos cidadãos brasileiros, a recorrer em desespero ao Judiciário para solução de conflitos agudos, que normalmente deveriam ser resolvidos pelos demais órgãos do Estado, as contradições entre a velha ordem e as idéias neoliberais, redobradas pelo fenômeno da globalização, pregando a redução do aparelho estatal, mesmo a preço de afrontas ao direito adquirido de significativas parcelas da população. Certamente, tudo isso colabora para o descrédito da Jurisdição e acarreta a demora excessiva do processo, fazendo com que se forme um caldo de cultura propício a que, no limite, se tenda a ver a efetividade não como um meio, mas como um fim em si mesmo.

O paroxismo chegou a tal ponto que para alguns espíritos mais práticos tudo se resume na solução rápida, expedita, fulminante às vezes do próprio valor Justiça. Essa conseqüência, porém, não vem por acaso e parece se iniciar com a condição do homem moderno, posto perante um mundo de faticidade empírica e de causalidade, e por isso axiologicamente neutro. Nessa linha de entendimento, segundo Max Weber o "desencantamento do mundo", o racionalismo, define o desenvolvimento histórico do Ocidente, por meio da substituição dos meios mágicos e extra-racionais pelo método e pelo cálculo racional em todos os setores da vida social[4]. Desse modo, a perspectiva "teleológica", entrosada com uma ordem valorativa, vai sendo substituída por uma visão "mecanicista" ligada a um "esquema causal". Os fins deixam de ser a expressão teleológica de uma ordem onto-axiológica — na qual o valor reina soberano— para se converterem em simples manifestações de pretensões subjetivas, acabando a ação por ser avaliada apenas pela sua eficiência quanto aos objetivos e sua eficácia nos efeitos. Na condição pós-moderna o resultado pode ser assustador: os padrões de avaliação, as categorias da ação e do comportamento em geral (pessoal ou institucional) deixaram de se pautar por valores como o bem, o justo, a validade (axiológica material), para serem as do útil, da oportunidade, da eficiência, da eficácia. Na base de tudo entroniza-se a "ideologia tecnocrática"; a

---

[3] F. Klein, Zeit-und Geistesströmungen im Prozess, conferência proferida em Dresden em 1901, in Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe, Wien, Manz, 1927, vol. I, p. 117-138.

[4] Max Weber, Economia y sociedad (esbozo de sociología comprensiva), ed. preparada por Johannes Winckelmann, trad. de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez e José Ferrater Mora, México, Fondo de Cultura Económica, 7. reimpressão, 1984, passim.

legitimação dá-se pela *performance*, sendo o lugar da ética usurpado pelo conhecimento das relações entre os elementos do sistema e a técnica da sua manipulação eficiente: uma coisa é boa se ela se mostra adequada ao fim perseguido e este fim é ele próprio desejável por produzir resultados que satisfaçam a uma finalidade mais geral[5].

A questão que se coloca em semelhante contexto é se realmente se mostra desejável esse tipo de efetividade, indiferente à justiça, que conduz a uma negativa contraposição entre utilitarismo e justiça na medida em que a relativiza em função da performance, a transformar o juiz em burocrata, assimilando as funções executiva e judicial.

A nosso entender a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pelo da justiça, mas não só por este. Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do processo em prazo razoável, direito à prova). Por isso, a racionalidade do direito processual não há de ser a racionalidade tecnológica-estratégica, mas a orientada por uma validade normativa que a fundamente e ao mesmo tempo fundamentada pelo discurso racional do juízo, de modo a que a sociedade possa controlar tanto a correção material quanto a concordância dogmática da decisão[6]. Não desconheço, é claro, que o próprio valor justiça, espelhando a finalidade jurídica do processo, encontra-se intimamente relacionado com a atuação concreta e eficiente do direito material, entendido em sentido amplo como todas as situações subjetivas de vantagem conferidas pela ordem jurídica aos sujeitos de direito. Por isso mesmo, o acesso à justiça, elevado ao patamar de garantia constitucional na tradição jurídica brasileira, deve certamente compreender uma proteção juridicamente eficaz e temporalmente adequada. O que ponho em questão é a eficiência como fim, sem temperamentos, como meta absoluta, desatenta a outros valores e princípios normativos. O ponto é importante porque esses ditames axiológicos, além de se afinarem mais com a visão de um Estado democrático e participativo, poderão não só contribuir para a justiça da decisão como até para a própria efetividade.

Nessa perspectiva, dois aspectos devem ser destacados: a necessidade de um maior informalismo e a acentuação do princípio fundamental da cooperação entre o órgão judicial e as partes. Em tal concepção estão implicados, como se verá, valores indispensáveis para uma visão atualizada do fenômeno processual.

---

[5] J.-F. Lyotard, A condição pós-moderna, trad. port., p. 322 ss e 87 ss, passim, apud Castanheira Neves, ob. cit., p. 44. Castanheira Neves, ob. cit., p. 60.

[6] Cf. Esser, as diferentes dimensões da racionalidade jurídica se manifestam no controle da correção material (Richtigkeitskontrolle), referido ao problema concreto trazido à consideração do órgão judicial, e o controle da concordância dogmática (Stimmigkeitskontrolle), referido ao sistema da validade normativa (apud Castanheira Neves, ob. cit., p. 79).

2. A história do direito processual, apesar dos naturais e inevitáveis retrocessos, marchas e contramarchas, aponta a um ciclo ascendente de evolução, que chamaria de helicoidal. Esse ciclo se inicia em épocas recuadas no tempo com um formalismo de caráter simbólico e religioso. Prossegue com o formalismo excessivo e exagerado da Idade Média, até atingir uma progressiva humanização, contemporânea ao racionalismo e ao iluminismo, com a lenta aproximação do juiz à realização da prova e ao contato direto com as partes. E culmina com o juiz ativista dos tempos que correm, idealmente em busca de permanente diálogo e colaboração com as partes, época em que se esgota o primado da forma e se concede maior atenção aos fins sociais e políticos do processo[7].

O direito brasileiro, embora tenha acompanhado essa linha de evolução, às vezes ao preço de alguma defasagem temporal, até agora não se preocupou em flexibilizar a conformação material do processo em homenagem ao princípio dispositivo — princípio esse que constitui, sem a menor sombra de dúvida, o maior limite formal à atuação do órgão judicial. O CPC de 1973 revela-se a esse respeito de uma rigidez extraordinária, numa visão mais afeiçoada com o espírito das legislações do século XIX: feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do réu (art. 264, 1ª. parte); depois do saneamento do processo em nenhuma hipótese tal alteração será permitida (art. 264, 2ª. parte).

Decerto razões de política judiciária, em que ganha destaque a imprescindível imparcialidade do órgão judicial, tornam oportuno o seu total afastamento tanto do pedido quanto da indicação da *causa petendi*. Todavia, parece-me de toda conveniência coordenar esse rigorismo formal com o princípio da economia processual, emprestando assim maior agilidade ao processo, em busca da boa efetividade.

Lembro a experiência alemã, ao permitir a modificação da demanda, independente de anuência do adversário, se entendido pelo órgão judicial estar presente o requisito da "utilidade" para a causa (*Sachdienlichkeit*: § 263, com a redação da Novela de 1933). Para a jurisprudência constituem elementos decisivos para a aplicação desse conceito o interesse público no rápido desenvolvimento do processo e as exigências de economia do juízo[8].

Na mesma esteira, o § 235, 3, da Ordenança Processual austríaca autoriza o juiz a permitir a modificação da demanda se não conduz ao "retardamento relevante" e ao "agravamento" do desenvolvimento do processo[9].

---

[7] Sobre o tema, amplo desenvolvimento em C. A. Alvaro de Oliveira, Do formalismo no processo civil, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 11-60, passim.

[8] Como informa Othmar Jauernig, Zivilprozessrecht, 21. ed., München, Beck, 1985, § 41, III, p. 150, os tribunais alemães levam em conta a possibilidade de a modificação evitar um novo processo, mas a consideram inadmissível quando dela resulta a apreciação de relações jurídicas totalmente distintas entre as mesmas partes ou maior dificuldade de defesa do réu.

[9] A respeito, Corrado Ferri, Struttura del processo e modificazione della domanda, Padova, Cedam, 1975, p. 104-6.

A esse modo de ver o problema não ficou alheia a Ordenança Processual de Berna, cujo § 94 admite a alteração da ação ou da reconvenção, sem o consentimento da parte contrária, se apoiada em causa de pedir semelhante à anterior pretensão ou conexa com a exercida, entendendo o órgão judicial não decorrer daí considerável agravamento ou demora no processamento da causa[10].

Nessa mesma perspectiva, revela-se interessante e original a solução preconizada na ampla e profunda reforma introduzida no processo civil português ocorrida em 1995 e 1996 [11], em que se faculta, mesmo sem concordância da outra parte (CPC português, art. 273, incisos 1 a 6): a) a alteração ou ampliação da *causa de pedir* na réplica, se o processo a admitir, a não ser que a alteração ou a ampliação seja conseqüência de confissão feita pelo réu e aceita pelo autor; b) a alteração ou ampliação do *pedido* na réplica, podendo, além disso, o autor, em qualquer altura, reduzir o pedido e ampliá-lo até o encerramento da discussão em 1° grau de jurisdição se a ampliação consistir em desenvolvimento ou conseqüência do pedido primitivo; c) a ampliação ou alteração do *pedido* de aplicação de sanção pecuniária compulsória no caso de obrigações de prestação de fato infungíveis, ao abrigo do disposto no art. 829, I, do Código Civil, respeitados os termos do art. 273, 2, do CPC; d) ao autor requerer nas ações de indenização fundadas em responsabilidade civil, até o encerramento da audiência de discussão e julgamento em 1° grau de jurisdição, a condenação do réu em forma de renda vitalícia ou temporária (art. 567 do Código Civil), mesmo que inicialmente tenha pedido a condenação daquele em quantia certa; e) a modificação simultânea do *pedido* e da *causa de pedir*, desde que tal não implique convolação para relação jurídica diversa da controvertida.

Aliás, em havendo acordo das partes, já a reforma de 1967, dando nova redação ao art. 272 do CPC português, autorizara a alteração ou ampliação do pedido e da causa de pedir em qualquer altura do processo, tanto em 1° quanto 2° grau de jurisdição, salvo se ocorresse perturbação inconveniente da instrução, discussão e julgamento do pleito[12].

---

[10] Alois Troller, Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1945, § 7, p. 94.

[11] Essa reforma, cuja importância é indesmentível, pelo que representa de modernidade e de adequação às determinantes axiológicas do processo atual, decorre da profunda alteração determinada pelos decretos-lei 329-A, de 12 de dezembro de 1995, e 180, de 25 de setembro de 1996. Visão ampla e abrangente a respeito em Miguel Teixeira de Sousa, Estudos sobre o novo processo civil, 2. ed., Lisboa, Lex, 1997, passim.

[12] Especificamente sobre o ponto, José Lebre de Freitas, Introdução ao Processo Civil (conceito e princípios gerais à luz do Código revisto), Coimbra, Coimbra ed., 1996, n° 6.3, p. 128-9, n° 10.2.4, p. 169-72, n° 10.2.5, p. 172. Para Lebre de Freitas, ob. cit., p. 171-2, a modificação simultânea do pedido e da causade pedir é possível não só quando alguns do fatos que integram a nova causa de pedir coincidam com fatos que integram a causa de pedir originária ou a causa de pedir reconvencional ou fundem exceções deduzidas, mas também quando, pelo menos, o novo pedido se reporte a uma relação material dependente ou sucedânea da primeira. Ainda sobre a questão, na ótica da insuficiência das alegações e do princípio dispositivo, as interessantes e relevantes observações de Paula Costa e Silva, Saneamento e condensação no novo Processo Civil, Lisboa, Lex, separata s.d., p. 228-34.

Entendo tratar-se aqui de efetividade virtuosa porque a flexibilização sugerida encaminha uma solução conveniente para a clara tensão verificada entre o direito processual e o direito material. Pense-se como a satisfação deste correria o risco de se prolongar, às vezes de maneira insustentável, por considerações puramente formais, dando lugar a incertezas e injustiças. E sabemos nós, os operadores práticos do direito, como é difícil na tensão carregada da atmosfera do processo articular de modo correto o pedido ou a *causa petendi*, cuja extensão e alcance só podem ser adequadamente aquilatados no final da instrução, ou mesmo depois de prolatada a sentença. Quantas vezes os advogados não arrancam os cabelos e os bons juízes se desesperam ao constatar que anos de trabalho foram perdidos por incorreta formulação do pedido inicial ou em conseqüência de deficiências na fixação do fato jurídico fundamental!

Ainda na seara da contraposição formalismo versus informalismo, registro uma da mais preocupantes tendências atuais do direito brasileiro: o formalismo excessivo, exagerado, na admissão dos recursos. Um dos casos típicos é a formação do instrumento de agravo, agora posta como encargo da parte (art. 525, I, do CPC). Assim, se um dos documentos ali relacionados não integra o instrumento, os tribunais brasileiros quase que invariavelmente, mesmo na instância ordinária, não mandam suprir a falta e se negam a conhecer do recurso por inadmissível. Às vezes o formalismo chega a se alçar aos píncaros dos exageros do processo romano-canônico: o recurso deixa de ser conhecido porque a tempestividade foi demonstrada com cópia do Diário da Justiça e não com certidão do cartório judicial ou porque não se apresentou certidão de inteiro teor da decisão agravada, conquanto reproduzida integralmente no órgão oficial, que o diligente recorrente cuidou de juntar aos autos! Os resultados dessa forma obtidos podem impressionar do ponto de vista meramente estatístico, mas com certeza não servem à justiça. A efetividade que sustenta essa maneira de ver o problema é a efetividade ruim, preocupada tão somente com a performance.

Todavia, o processo não foi feito para punir desatenções, e sim para fazer justiça, desiderato essencial muitas vezes afastado com o não-conhecimento do agravo em questão de extrema importância para a boa solução do litígio. O mero defeito formal não pode servir de fundamento para impedir o acesso à jurisdição. Inexistirá verdadeira efetividade — e assim se entende a efetividade com justiça — na ausência de colaboração entre o órgão judicial e as partes, porque este é realmente o único caminho para serem solucionadas as inúmeras dificuldades decorrentes da angustiante tarefa de prestar jurisdição de forma democrática. O ponto é assaz significativo, na medida em que o Judiciário só pode se legitimar e ser prestigiado — como é altamente desejável pela importância de seu papel institucional — quando se torne real e efetiva essa cooperação, mormente porque o advogado é a interface do Judiciário com a sociedade civil. Colaboração aqui significa, da perspectiva do órgão judicial, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer esclarecimentos sobre a matéria de fato ou de direito, assim como para suprir as faltas acaso existentes.

É com esse espírito, com essa inclinação por fazer justiça, que a jurisprudência da mais alta corte da Suíça, o *Bundes Gericht*, tem considerado excesso de formalismo e

qualificado como denegação de justiça as hipóteses, entre outras, de não-recebimento de recurso interposto por pessoa sem procuração escrita, de manifestação recursal desacompanhada de cópia certificada da decisão impugnada ou posta no correio no último dia do prazo e recebida pela autoridade judiciária a destempo. Tudo isso com base no art. 4º da Constituição Federal suíça, cuja única preocupação é assegurar a igualdade de todos perante a lei [13]!

Registro de passagem inexistir no regime atual do Código de 1973 qualquer regra a impor ao relator do agravo o indeferimento liminar na falta de peças essenciais, pois vedado não está o suprimento da falta, seja no art. 527, *caput*, seja no art. 557. A sanação aqui defendida encontra-se, aliás, em sintonia com o valor relativo das formas legais, assentado no sistema das nulidades adotado entre nós[14]. De qualquer modo, entendo de bom alvitre sugerir à consideração dos doutos, para possível inclusão na próxima reforma do processo civil, a criação de regra semelhante à contida no simples e eficiente art. 742, 4, do CPC português: "Se faltar algum elemento que o tribunal superior considere necessário ao julgamento do recurso, requisitá-lo-á por simples ofício."

3. As últimas considerações introduziram na discussão o valor capital da cooperação, sobre o qual penso ser conveniente centrar agora o foco da análise.

O *iudicium* ou *ordo iudiciarius*, vigorante até o século XVII, era fartamente influenciado pelas idéias expressas na retórica e na tópica aristotélica, concebido e pensado como *ars dissedendi* e *ars opponendi et respondendi* tudo com vistas a resolver o problema, que ocupava o centro da discussão. Na lógica do provável, pressuposta por tal concepção, a investigação da verdade não se apresentava como o resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos "pontos de vista" do outro e o caráter de sociabilidade do saber. Como o *iudicium* era imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer assento em regra escrita, reclamava de maneira intrínseca uma paritária e recíproca

---

[13] Cf., por todos, Alois Troller, L'influence de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse sur les droits de parties devant les tribunaux cantonaux en matière de procédure civile, in Cappelletti e Tallon (organizadores), Fundamental guarentees of the parties in civil litigation, Milano, Giuffrè, 1973, p. 637. Indicação bibliográfica mais ampla em C. A. Alvaro de Oliveira, Do formalismo, cit., p. 193-5.

[14] Atento a esses valores essenciais, Galeno Lacerda já na sua tese de cátedra, nos idos de 1953, o hoje clássico Despacho Saneador, p. 112, afirmava, com inteira razão, que "será sempre sanável a falta de representação das partes por profissional habilitado." Dando exata interpretação ao art. 13 do CPC, o STJ, Corte Especial, un., (RSTJ, 68/383), julgou que "A falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável nas instâncias ordinárias, aplicando-se, para o fim de regularização da representação postulatória, o disposto no art. 13 do CPC." No mesmo sentido: STJ, 2a. Seção, com três votos vencidos, RSTJ, 60/85; 3a. Turma, RESp 115.678-MT, rel. Ministro Nilson Naves, v. u., DJU de 23.6.97, p. 29.128.

regulamentação do diálogo judiciário [15]. O ponto de importância para o nosso tema é essa "ordem isonômica", que visava a garantir a igualdade entre governantes e governados, entre o juiz e as partes e entre as próprias partes[16].

A mudança de perspectiva, introduzida pela lógica de Petrus Ramus (1515-1572)[17], já antecipa uma alteração de rumo que busca incorporar ao direito os métodos próprios da ciência da natureza, um pensamento orientado pelo sistema, em busca de uma verdade menos provável, com aspirações de certeza, a implicar a passagem do *iudicium* ao *processus*. Tudo isso se potencializa, a partir do século XVII, com a estatização do processo, com a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo soberano, pelo príncipe, que passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual, tendência incrementada depois pelas idéias do iluminismo e pelo verdadeiro terremoto produzido pela Revolução francesa.[18] Perde-se, assim, a dimensão retórica do processo. Mais do que isso, a intromissão estatal do processo judicial passa a se refletir nos poderes do juiz. O órgão judicial assume uma posição dominante e superior em relação às partes. O novo *ordo* apresenta um caráter "assimétrico" na medida em que baseado na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática[19].

A partir dos anos cinqüenta do século XX, com a renovação dos estudos de lógica jurídica[20] e a ênfase emprestada ao sentido problemático do direito, resgata-se em certa medida a dimensão retórica e dialética do processo. Tal fenômeno ocorreu exatamente quando — já prenunciando o pós-modernismo — mais agudos e prementes se tornavam os conflitos de valores e mais imprecisos e elásticos os conceitos [21].

---

[15] A respeito, a obra fundamental de Alessandro Giuliani, Il concetto di prova (contributo alla logica giuridica), Milano, Giuffrè, 1961, p. 145-6, passim. Ver, ainda, do mesmo autor, Logica del diritto (teoria dell'argomentazione), in Enciclopedia del Diritto, XXV(1975)13:34. Instigante e por demais reveladora a admirável síntese de Nicola Picardi, Processo Civile (dir. moderno), in Enciclopedia del Diritto, XXXVI (1987):101-118.

[16] Picardi, Processo Civile (dir. moderno), cit., p. 116.

[17] Revela-se significativo o título da tese de graduação de Pierre de la Ramée: "Tudo que Aristotéles ensinou é falso" (1536). A crítica à velha lógica atingiu sua plenitude com a publicação da obra Aristotelicae Animadversiones (1543). A influência de sua lógica pode ser aferida pelo fato de que, dois anos antes da morte de Ramus, Milton tivesse publicado um pequeno tratado a respeito: Artis logicae Plenior Institutio ad Petri Rami Methodum concinnata.

[18] Picardi, Processo Civile (dir. moderno), cit, p. 110-117.

[19] Picardi, Processo Civile (dir. moderno), cit, p. 117. Miguel Teixeira de Sousa, Estudos, cit., p. 87-8.

[20] Assim a obra de Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz (Ein Beitrag zur rechtswissenchaftlichen Grundgenforschung), cuja 1. edição data de 1953, de Giuliani, acima citada, e de Chaïm Perelman (v.g., Tratado da Argumentação (a nova retórica), em colaboração com Lucie Olberechts-Tyteca, 1958, edição brasileira na trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo, Martins Fontes, 1996).

[21] Por isso, já em 1973 observava Fritz Baur, Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en République Fédérale d'Allemagne, in Fundamental Guarantees, cit., p. 3-30, esp. p. 19, que "um sobrevôo da jurisprudência dos tribunais alemães, em particular do Tribunal constitucional federal, no que concerne ao direito de ser ouvido perante os tribunais, permite dizer que essa máxima ofereceu e sempre oferece a possibilidade de permitir a aplicação dos princípios de um processo leal e justo, matéria em que precisamente os códigos de processo são incompletos ou lacunosos."

Recupera-se, assim, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. Essa conseqüência, por outro lado, reforça-se pela percepção de uma democracia mais participativa, com um conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual. Ora, a idéia de cooperação há de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, mas também a recuperação do caráter isonômico do processo, com a participação ativa das partes. O diálogo assim estimulado substitui com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa. Esse objetivo só pode ser alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, dentro de uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes[22]. Aceitas essas premissas axiológicas, cumpre afastar a incapacidade para o diálogo estimulada pela atual conformação do processo judicial brasileiro, assentado em outros valores[23]. Por todas essas razões, é da maior conveniência restabelecer o *ordo* isonômico, propósito que parece ser de magna importância para a efetividade virtuosa no processo de conhecimento.

Claro está que esse desiderato, além da necessária e indispensável predisposição cultural, só pode ser atingido mediante reformas de cunho legislativo. Sem preocupação de esgotar a matéria, alinho rapidamente algumas sugestões que me parecem significativas.

Antes de mais nada, impõe-se a adoção do princípio da cooperação, como pedra angular e exponencial do processo civil[24].

De bom alvitre seria também, dentro dessa linha de orientação, eliminar os reflexos gravosos, de ordem processual, acarretados pelo não pagamento de custas ou de taxa judiciária. O processo não deve ser extinto nem o recurso julgado deserto pelo descumprimento desses encargos, devendo a parte sofrer apenas uma sanção estritamente pecuniária, traduzida pelo agravamento, eventual e substancial, dos montantes devidos[25].

---

[22] A respeito dessas idéias, C. A. Alvaro de Oliveira, Do formalismo, cit., p. 133-140, passim.

[23] Como bem pondera Hans-Georg Gadamer, La incapacidad para el diálogo (1971), in Verdad y Metodo, vol. II, 2. ed., trad. de Manuel Olasagasti, Salamanca, Sígueme, 1994, p. 203-210, embora a capacidade para o diálogo seja um atributo natural do homem, pois a linguagem só se dá no diálogo, muitas vezes não se quer ouvir o outro, ou se ouve mal.

[24] No CPC português, a cooperação intersubjetiva encontra-se expressamente regulada no art. 266, mas tem inflexão direta em diversos dispositivos. Ver, a propósito, Miguel Teixeira de Sousa, Estudos, cit., p. 62-69.

[25] Dentro desse espírito, assim regulam a matéria em Portugal os arts. 13 e 14 do mencionado decreto-lei 329-A/95.

O estabelecimento, como princípio geral do processo, do princípio da adequação formal, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo [26].

Veto ao órgão judicial para decidir questões de fato ou de direito, mesmo que de conhecimento *ex officio*, sem prévio pronunciamento das partes a respeito, de modo a emprestar outra dimensão ao contraditório, afeiçoando-o a uma visão cooperativista do processo. Hoje, esse resultado só é alcançável no direito brasileiro por via interpretativa [27].

Extinção dos chamados "privilégios processuais" dos entes estatais nos litígios em que estejam envolvidos. Esse aspecto mostra-se particularmente relevante diante da recente duplicação do prazo de decadência para o ajuizamento de ação rescisória de sentença pelo Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas autarquias e fundações[28], em flagrante ofensa ao princípio da igualdade.

Intensificação do dever de boa fé processual, sancionando-se como litigante de má fé a parte que, não apenas com dolo, mas com negligência grave, deduza pretensão manifestamente infundada, altere, por ação ou omissão, a verdade dos fatos relevantes da causa, pratique omissão indesculpável do dever de cooperação ou faça uso reprovável dos instrumentos processuais.

Também nesse contexto impõe-se o dever de recíproca correção entre o juiz e os diversos intervenientes ou sujeitos processuais. Como necessário reflexo dessa correção, ao ângulo visual do órgão judicial, podem ser citados, a título de exemplo, os deveres de pontualidade no início dos atos e audiências realizados em juízo [29], o de não motivar falsamente a decisão judicial e o de apreciar integralmente os fundamentos relevantes dos arrazoados das partes.

---

[26] Assim preceitua o art. 265-A do CPC português: "Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações."

[27] Sobre essa nova perspectiva do princípio, cf. C. A. Alvaro de Oliveira, A garantia do contraditório, in Garantias Constitucionais do Processo Civil, coordenação de José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo, RT, 1999, p. 132-150.

[28] Medida Provisória 1.774-20, de 14.12.1998, art. 5º.

[29] O CPC português, art. 456, 2, alargou com boas razões o âmbito da má fé processual aos casos de negligência grave. No mesmo estatuto, o dever de colaboração do órgão judicial com as partes foi sublinhado nos arts. 266, 2, 266, 4, 508, 1, "b", 508-A, 1, "c", 690, 4, e 701, 1. No Brasil, o anteprojeto de lei nº 13, em tramitação no Congresso Nacional, não só propõe a alteração do caput art. 14 do CPC, como também a inclusão de novo inciso: "Artigo 14. São deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: V — cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, antecipatórios ou finais." A declarada intenção da reforma legislativa, como se lê na exposição de motivos, é reforçar a ética no processo, o que só merece aplausos. Na perspectiva do texto, poder-se-ia ainda afirmar que, além disso, a inovação intensifica o dever de cooperação.

Por outro lado, o sistema jurídico brasileiro tem se inclinado por uma crescente supervalorização do trabalho do perito oficial nomeado pelo diretor do processo, reduzindo dessa forma, com intensidade cada vez maior, a importância dos laudos apresentados pelos assistentes técnicos das partes. Essa conseqüência torna-se ainda mais grave pelo notável incremento verificado no número de demandas, a tornar mais rarefeito o exame das conclusões da perícia pelo juiz. Não bastasse essa circunstância, a reforma introduzida pela Lei nº 8.455, de 24.8.1992 no instituto da perícia só veio a estimular, na contramão da história, esses inconvenientes, por ter reduzido de maneira considerável o papel até então desempenhado pelos assistentes técnicos, que, de verdadeiros auxiliares do juízo, passaram à condição de simples informantes e pareceristas pagos pelas partes. Semelhante conclusão encontra-se alicerçada na nova redação do § 2º, 2ª. parte, do art. 422, – a dispensar os assistentes técnicos de prestarem compromisso de cumprir conscienciosamente o encargo que lhes for cometido –, do art. 423, – a determinar que os assistentes técnicos não podem mais ser recusados por impedimento ou suspeição–, do art. 424, *caput*, a não mais prever a possibilidade de substituição do assistente técnico pelo juiz –, e ainda na revogação dos arts. 430 e 431, que impunham prévia conferência entre o perito e os assistentes técnicos e a elaboração de laudo em separado somente em caso de divergência.

A nova realidade aqui retratada está a determinar reflexão mais acurada sobre o *modus operandi* da perícia no sistema jurídico brasileiro. Tudo aconselha — nomeadamente nos parâmetros de uma desejável e inafastável visão cooperativa do processo — a prévia audição das partes a respeito da escolha do *expert*, facultando-se-lhes sugerir quem deve realizar a diligência, não podendo o juiz se eximir de nomear o perito por elas indicado de comum acordo, salvo se tiver fundadas razões para questionar sua idoneidade ou competência[30]. Com essa providência em muito ganharia a busca da verdade dentro do processo, mormente nas espécies de alta complexidade técnica ou científica, ainda mais que a prática do foro demonstra que, no presente estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, seria de todo conveniente desfrutasse o perito da confiança não só do órgão judicial mas também dos litigantes.

4. Penso, porém, que as medidas pontuais sugeridas e outras de caráter puramente legislativo não se mostrarão suficientes para resolver de todo a crise profunda da administração da Justiça entre nós. Aliás, o problema apresenta perfil mundial, pois em todos os países verifica-se aumento desmesurado do número de demandas, intensificação dos litígios e escassez de recursos e material humano para diminuir ou eliminar a defasagem entre o número de juízes e de causas[31].

---

[30]Assim o art. 568, 2, do CPC português. A crítica ao atual sistema brasileiro encontra-se em C. A. Alvaro de Oliveira, Problemas atuais da livre apreciação da prova, in Prova Cível, coordenação de C. A. Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 47-60.

[31] Roger Perrot, O processo civil francês na véspera do século XXI, trad. de J. C. Barbosa Moreira, Revista Forense, 342(abril-maio-junho de 1998):161-168, esp. p. 163, mostra bem como em nossos dias o tempo tornou-se um dos parâmetros da Justiça moderna e como estão os tribunais franceses entulhados de contencioso sempre mais abundante, sem que se possa pensar no aumento do número de juízes, seja por impossibilidades de ordem orçamentária, seja por inexistência de material humano, pois um aumento rápido importaria baixar perigosamente a qualidade do recrutamento.

Paralelamente, o tempo tornou-se em nossos dias um dos parâmetros fundamentais da Justiça moderna, em face da mudança de natureza qualitativa na natureza dos litígios, na maior parte surgidos em virtude da massificação da economia, abrangendo um número enorme de pessoas de poucos ou médios recursos [32]. A tudo isso se acrescenta a extraordinária velocidade do mundo atual, decorrente da revolução informática, a exigir um novo paradigma de Justiça, certamente diverso do modelo iluminista que inaugurou a modernidade.

Esse novo paradigma há de ser criado a partir da experiência brasileira, das suas dificuldades e das suas potencialidades, por meio de uma discussão aberta com toda a sociedade civil, com participação ativa das sociedades representativas dos advogados, dos juízes, dos promotores, dos especialistas, professores e juristas e dos operadores do direito em geral. A meu ver, uma das questões fundamentais de tal pauta deverá ser constituída da necessidade de ser preservado o Poder Judiciário para a solução das controvérsias realmente importantes e, do mesmo passo, estimuladas soluções à margem do sistema estatal, de modo a desafogá-lo e permitir o exercício adequado de suas altas funções. O tema, contudo, pela sua complexidade e extensão, não comporta exame nesta sede.

[32] Cf. Roger Perrot, ob. e loc. cits., "Quando se litigava, como no começo do século, sobre a definição de sucessões, sobre o direito de propriedade, sobre servidões ou usufrutos, a lentidão dos processos era talvez algo de irritante, mas a gente acabava por se resignar a ela, atribuindo a responsabilidade ao formalismo judicial, a cujo respeito ocasionalmente se pilheriava. Hoje, levando em conta a natureza dos litígios, já não é possível resignar-se: uma pensão alimentar, uma indenização por despedida ou destinada a ressarcir um dano não pode esperar meses. Eis porque a celeridade se converteu num dos primeiros imperativos da Justiça moderna."

BIBLIOGRAFIA

Alvaro de Oliveira, C. A. *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1997.

_____. *A garantia do contraditório*, in *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, coordenação de José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo, RT, 1999, p. 132-150.

_____.*Problemas atuais da livre apreciação da prova*, in *Prova Cível*, coordenação de C. A. Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 47-60.

Baur, Fritz. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en République Fédérale d'Allemagne*, in Cappelletti e Tallon (organizadores), *Fundamental guarentees of the parties in civil litigation*, Milano, Giuffrè, 1973.

Castanheira Neves, A. *Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra ed., 1993.

Costa e Silva, Paula. *Saneamento e condensação no novo Processo Civil*, Lisboa, Lex, separata s.d.

Ferri, Corrado. *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, Cedam, 1975.

Gadamer, Hans-Georg. *La incapacidad para el diálogo (1971)*, in *Verdad y Metodo*, vol. II, 2. ed., trad. de Manuel Olasagasti, Salamanca, Sígueme, 1994.

Giuliani, Alessandro. *Il concetto de prova (contributo alla logica giuridica)*, Milano, Giuffrè, 1961.

_____.*Logica del diritto (teoria dell'argomentazione)*, in *Enciclopedia del Diritto*, *XXV*(1975)13:34.

Jauernig, Othmar. *Zivilprozessrecht*, 21. ed., München, Beck, 1985.

Jhering, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 2, Abteilung 2, Unveränderter Neudruck der 5. (lezten veränderten) Auflage Leipzig 1898, Aalen, Scientia Verlag, 1968. Tomo III, da edição espanhola de 1910, trad. de Enrique Príncepe y Satorres, Madrid, editorial Bailly-Bailliere.

Klein, F. *Zeit-und Geistesströmungen im Prozess*, conferência proferida em Dresden em 1901, in *Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe*, vol. I, Wien, Manz, 1927.

Lacerda, Galeno. *Despacho Saneador*, Porto Alegre, La Salle, 1953.

Lebre de Freitas, José. *Introdução ao Processo Civil (conceito e princípios gerais à luz do Código revisto)*, Coimbra, Coimbra ed., 1996.

Perelman, Chaïm. *Tratado da Argumentação (a nova retórica)*, em colaboração com Lucie Olberechts-Tyteca, 1958, edição brasileira na trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo, Martins Fontes, 1996.

Perrot, Roger. *O processo civil francês na véspera do século XXI*, trad. de J. C. Barbosa Moreira, *Revista Forense*, 342(abril-maio-junho de 1998):161-168.

Picardi, Nicola. *Processo Civile (dir. moderno)*, in *Enciclopedia del Diritto*, *XXXVI*(1987):101-118.

Teixeira de Sousa, Miguel. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2. ed., Lisboa, Lex, 1997.

Troller, Alois. *Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1945.

_____. *L'influence de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse sur les droits de parties devant les tribunaux cantonaux en matière de procédure civile*, in Cappelletti e Tallon (organizadores), *Fundamental guarentees of the parties in civil litigation*, Milano, Giuffrè, 1973.

Viehweg, Theodor. *Topik und Jurisprudenz (Ein Beitrag zur rechtswissenchaftlichen Grundgenforschung)*, 5. ed., München, Beck, 1974.

Weber, Max. *Economia y sociedad (esbozo de sociología comprensiva)*, ed. preparada por Johannes Winckelmann, trad. de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez e José Ferrater Mora, México, Fondo de Cultura Económica, 7. reimpressão, 1984.

De Revoluciones Y Reformas: tras un tipo ideal de la Reforma Social[1]

Raúl Enrique Rojo[2]

Introducción

De todas la teorías explicativas del cambio social, el marxismo fue, seguramente, aquella que pareció ofrecer más coherencia, más realismo y, al mismo tiempo, más esperanzas. Es desde esta perspectiva que la revolución apareció a un gran número de sociólogos, de historiadores y de politólogos como un momento privilegiado del cambio social. Había que esforzarse, así, por comprender la génesis, el estallido y los efectos de la revolución y sus efectos a corto y (sobre todo) a largo plazo. Es verdad que la historia de Occidente está marcada por ciertas revoluciones que produjeron una serie de efectos múltiples. El historiador norteamericano del

---

[1] La presente es una versión de la comunicación presentada en el XXIV° Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología organizado en Arequipa (Perú) del 4 al 8 de noviembre de 2003, cuyo resumen publicó ese mismo año la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa en soporte digital (CD-ROM América Latina: hacia una nueva Alternativa de desarrollo). Para su redacción, el autor siguió de cerca el pensamiento de Guy Rocher, con quien tuvo el privilegio de trabajar durante el año académico boreal 2001-2002 en el CRDP de la Universidad de Montreal.

[2] Abogado y notario por la Universidad de Buenos Aires (UBA); Magíster en Sociología por la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires" (UCA); Doctor en Sociología por la École des hautes études en sciences sociales (EHESS, París). Posdoctor en Sociología Jurídica por la Université de Montréal (Quebec, Canadá), en la que se desempeñó como Profesor e investigador visitante del Centre de recherche en droit public (CRDP). Ex docente de la Universidad de Buenos Aires. Director de investigaciones del Centre de recherches sur l'administration de la justice et la société (CRAJS, París). Profesor e investigador concursado de la Universidad Federal de Río Grande do Sul (UFRGS, Porto Alegre), Programas de Posgrado en Sociología, Derecho y Relaciones Internacionales. E-mail: raulrojo@vortex.ufrgs.br

derecho Harold Berman identifica seis grandes revoluciones que han enmarcado la formación del derecho de los países occidentales. Las dos primeras son, en realidad, grandes reformas religiosas que modificaron profundamente la cristiandad occidental. Se trata, primero, de la *Reformatio* llevada a cabo, en buena parte, bajo la autoridad del Papa Gregorio VII, de donde viene el nombre de Reforma Gregoriana, y que Berman data con precisión entre 1075 y 1122. La segunda, fue el cisma que comenzó con los ataques de Lutero contra el Papado, que adoptó en Alemania el carácter de una "revolución nacional" y que es identificada generalmente como la "Reforma Protestante". Berman la sitúa entre 1517 y 1555. Que estas dos grandes transformaciones de la cristiandad lleven el nombre de "reforma" oculta, según Berman, el hecho de que ambas han sido auténticas revoluciones por sus efectos a largo plazo, en particular sobre el derecho. Las otras cuatro revoluciones fueron políticas: la revolución británica de 1640-1688, conocida con el nombre de *Glorious Revolution*, y las revoluciones francesa, norteamericana y rusa, que nos son generalmente más familiares (BERMAN, 1996: 29).

El interés de los sociólogos por las revoluciones fue singularmente grande durante los años 60 y 70 de la centuria pasada. Y si disminuyó por las razones que brillantemente expuso Norbert Lechner y que tan bien conocimos (si no padecimos) tantos intelectuales latinoamericanos (LECHNER, 1990: 17-27), no ha desaparecido, pese a todo. James Tilly ha escrito recientemente que "la construcción de modelos constantes (invariantes) de la revolución continúa siendo la actividad principal entre los sociólogos norteamericanos", una actividad que el propio Tilly encuentra una reverenda "pérdida de tiempo" (TILLY, 1995: 1605). Quizás por eso, a guisa de respuesta a su crítica, se publicó después una recopilación de textos para testimoniar los progresos cumplidos en el análisis de las revoluciones y proponer nuevas hipótesis en la teorización de las mismas (FORAN, 1997).

El predominio (por no decir el terrorismo intelectual) que la teoría marxista del cambio social ejerció durante más de cuarenta años en el medio universitario (del cual la Asociación Latinoamericana de Sociología es uno de sus últimos reductos) y el interés que esa teoría demostró por las revoluciones proyectaron, como consecuencia, un cono de sombra sobre el papel desempeñado por las reformas sociales. Más aún, podríamos decir que la reforma goza de mala reputación: se la acusa de tener como finalidad y como efecto el oponerse a la revolución, de ser contrarrevolucionaria en el sentido literal del término. El reformismo ha sobrellevado así una carga semántica peyorativa, asociado como ha sido al conservadurismo y a la protección y defensa del *statu quo* y de los intereses a él asociados.

Esta manera de considerar toda reforma social, de desacreditarla, no carecía evidentemente de fundamentos reales. Es verdad que ciertas reformas pueden haber desempeñado este papel, a veces sin que sus promotores tuvieran conciencia de ello, pero muy a menudo de manera muy consciente. Sin embargo, el sociólogo que quiera comprender y explicar el cambio social no puede dejarse intimidar por estas

consideraciones y evitar - como ocurrió muchas veces - el estudio de las reformas como fenómeno social y como agente de mudanzas sociales. En efecto, si bien es cierto que grandes mutaciones sociales han ocurrido como consecuencia de ciertas revoluciones, las reformas están también en el origen de muchas transformaciones sociales, económicas, políticas y culturales (y hasta podríamos decir que también espirituales). Su acción puede parecer más modesta, menos brillante o heroica; dan menos alas a la imaginación porque, generalmente más frías que las revoluciones, recurren menos a las pasiones y a las emociones.

Además, la gran variedad de las reformas es un motivo más para aumentar el interés que las mismas despiertan en el sociólogo. La reforma es, así, un vasto campo a desbrozar, empíricamente muy rico y muy diversificado. Ciertas reformas afectan al conjunto de una sociedad, otras se llevan a cabo en el interior de una institución (de una universidad, de un partido político o de un sindicato). La reforma puede venir "de arriba", prohijada por los dirigentes, para proyectarse después, poco a poco, a aquellos a quienes se supone que deben beneficiarse con ella. Pero una reforma puede también producirse desde las bases, puede ser pensada e inspirada por grupos (si no por grupúsculos) de ciudadanos insertados en el tejido social de la vida cotidiana, que hacen tomar conciencia de la necesidad y la urgencia de un cambio, que tratan de realizarlo ellos mismos, o intentan obligar a los dirigentes a aprobar y apoyar *su* reforma. Una reforma puede ser radical y expresar la intención de cambios profundos, aproximándose entonces al tipo de la revolución, con la cual frecuentemente será confundida. Pero puede también proponer mudanzas moderadas y sectoriales que no cuestionen las instituciones en su conjunto.

La floresta de una "sociología de las reformas" es inmensa y sigue más o menos virgen (si algo puede ser "virgen a medias", con el debido respeto al *abbé* Prévost). Y lo que es peor, a la penuria de estudios empíricos sobre las reformas sociales se sigue una la lamentable pobreza en la reflexión sociológica sobre este tema. La revolución ha dado lugar a vastas obras de síntesis, fruto del trabajo de historiadores, sociólogos y cientistas políticos, e inspiró a numerosos filósofos. La reforma social está lejos de haber gozado de una atención similar.

La historia occidental de estos últimos cincuenta años nos ha convencido, sin embargo, de la importancia de las reformas sociales para entender la realidad que nos circunda, para comprender por qué y cómo ciertas cosas han ocurrido. Por eso, habiéndonos interesado desde hace mucho tiempo, como sociólogos (y debo decir que también como ciudadanos), al fenómeno social de las reformas, hemos creído útil hacer de ellas el objeto de este trabajo.

La evolución de la noción de reforma

La noción de reforma exige ser aclarada. La historia del término es ya esclarecedora de por sí. El *Diccionario manual e ilustrado de la lengua española* de la Real Academia nos dice que el verbo "reformar", de origen latino, significa, en primer lugar, "volver a formar... reparar, restaurar, restablecer, reponer". Por su parte, el *Diccionario ideológico* de Julio Casares nos recuerda que el "re", en "reformar", "señala una vuelta al pasado". Siendo aún más específico, este léxico agrega que el verbo indica la acción de "reducir [a alguien o a alguna cosa] a una forma mejor, a un estado preferible, siendo generalmente concebida esta forma como más antigua o primitiva". El sentido original del verbo "reformar" es entonces el de un retorno a unas maneras, ciertos valores o a una forma de vida anteriores, considerados preferibles a los que vivimos ahora, que se perdieron con el tiempo y que habría que revivir o a los cuales es preciso volver para ser mejores, para hacer mejor nuestra existencia o mejorar nuestras condiciones de vida.

Definida de esta forma, no puede extrañarnos que la intención de reformar hunda sus raíces históricas en el universo de las instituciones eclesiásticas cristianas, particularmente en el universo eclesiástico medieval, cuando se trata (como enseña el *Diccionario enciclopédico hispanoamericano*) de "reducir o restituir una orden religiosa u otro instituto a su primitiva observancia o disciplina" volviendo al espíritu y a la letra de la regla original. En la esfera general de la vida religiosa, la vida monacal es particularmente exigente, impone renuncias que a veces es difícil aceptar y hacer respetar. Se hacen, entonces, progresivamente, algunas concesiones, se instala una cierta "rutina" y, como consecuencia, pueden sobrevenir determinadas formas de relajación de las costumbres. Es cuando aparece un reformador, un San Benito, un San Bernardo de Clairvaux, un Papa Gregorio VII que viene a recordar las exigencias olvidadas, un poco a la manera en que lo hacían los grandes profetas de Israel, que recordaban a los judíos su Alianza con Yhaveh, de la cual se habían apartado con culposa indiferencia.

En la historia cristiana de Occidente, el término "Reforma" iba a tomar un sentido idéntico, pero en un nuevo contexto (a raíz de la mal llamada Reforma Protestante), que consistía en oponerse a la Iglesia Romana en nombre de un supuesto retorno a las verdaderas fuentes del cristianismo. Así se instituye una *Iglesia* (presuntamente) *Reformada*, inspirada por Calvino, convirtiéndose el adjetivo "reformado" en sustantivo para designar a un protestante. La expresión "reformarse" toma entonces una significación muy específica para querer indicar "pasarse al protestantismo", "modificar las reglas del cristianismo", es decir: hacerse protestante. La reacción de la Iglesia Católica a la Reforma Protestante adoptó diversas formas, pero los historiadores modernos (haciéndole un flaco favor) le dieron el nombre de "Contrarreforma" (cuando en realidad ella era la verdadera reforma, operada para hacer frente al cisma protestante) (ROJO, 1982).

Fue necesario un viraje increíble para que el término moderno "reforma" no designase más un retorno al pasado, una vuelta a las fuentes, sino un movimiento de avance, un cambio inspirado por un proyecto de futuro visto como una mejora, sin invocar necesariamente un pasado inspirador. Es posible que esta migración de sentido se haya operado, por una parte, a través del sustantivo francés "*réformation*" (y sus equivalentes en otras lenguas romance) de uso común durante mucho tiempo en las cortes europeas, especialmente en el lenguaje jurídico y sobre todo político. Se hablaba a mediados del siglo XIV de la "*réformation du royaume*" para designar un programa político destinado a acabar con las grandes crisis sociales, económicas y políticas y, de esa manera, mejorar el estado del reino de Francia y la condición de su población (DEMURGER, 1990: 21). El término "*réformation*" pasó a las otras lenguas neolatinas (dando "reformación" en castellano, "*riformazione*" en italiano y "*reformação*" en portugués) y cayó en desuso en ellas a partir del siglo XVII en favor de *reforma*. Sin embargo habrá que esperar hasta el siglo XIX para que la noción de "reforma social" sea formulada con un sentido político, en Inglaterra, Francia y los Estados Unidos, para designar una intención no revolucionaria, aunque más o menos radical, de cambio social.

En realidad, los dos términos, el de "reforma" y el de "revolución", han conocido el mismo "giro semántico". De acuerdo a su sentido original, la revolución, como la reforma, expresa un movimiento circular, un retorno al punto de partida. Es la que, siguiendo a François Furet, podemos llamar de "idea *astronómica* de revolución" (FURET, 1985). Cuando decimos que el año es el período de tiempo que transcurre durante una "revolución" real de la Tierra en su órbita alrededor del Sol, aludimos a este concepto de revolución como regreso al punto de partida. Es así como ciertos comentadores de la época veían a la *Glorious Revolution*, no como la transformación radical que del pasado haría *table rase* (según la idea que los jacobinos franceses se hicieron de su propia revolución, y que evoca una estrofa de *L'Internationale*), sino como un retorno a las "viejas buenas leyes de los leales barones" que habían sido desvirtuadas por los "malvados monarcas" (los Estuardo) y sus partidarios jacobitas (ROJO, 2000). Fue preciso un importante cambio de sentido para que la revolución llegase a describir las transformaciones sociales y políticas profundas, llevadas a cabo en un tiempo relativamente corto, como resultado de acciones multitudinarias y acompañadas de un cierto grado de violencia (SKOCPOL, 1985).

Hay, así, un cierto parentesco y, al mismo tiempo, una cierta oposición entre las nociones de reforma y de revolución. Es, por lo demás, comparando y oponiendo una a otra que podemos obtener una noción más clara y formular la mejor definición de ambas, en particular de la reforma que es el objeto de nuestra presente reflexión. Si consideramos en primer lugar la revolución, la misma se manifiesta por una transformación rápida y brusca, que marca una clara solución de continuidad y una transgresión de los límites de la legalidad existente, con la intención de producir un cambio total, fundamental. La acompaña, generalmente, un período más o menos

largo de luchas, de violencia y aún de guerra, y trae aparejada una serie de efectos de largo alcance en el tiempo (BERMAN, 1996: 29 y KAHN, 1999: 46).

Comparada a esa descripción de la revolución, la reforma se presenta como un cambio más lento, escalonado en el tiempo, inspirado por una voluntad de modificar las cosas de una manera gradual, manteniendo una cierta continuidad con la situación actual, situación que se quiere pese a todo mejorar, pero dentro de la legalidad existente. Los efectos producidos por la reforma deben ser reales y efectivos, pero son de una naturaleza generalmente pragmática y de un alcance más *medio* que largo en el tiempo.

Esta caracterización de la reforma, comparada a la revolución, precisa aún de ciertas precisiones. La primera se refiere a su relación con el derecho. Una y otra, la revolución y la reforma, traen aparejadas importantes transformaciones del derecho. Podríamos decir que sus efectos se inscriben en un nuevo derecho. Sin embargo, en el caso de la revolución, ésta comienza por una transgresión al derecho existente y se concluye por una suerte de refundición fundamental del derecho público preexistente, generalmente mediante una nueva Constitución que reformula sobre nuevas bases la concepción y las estructuras del Estado y sus relaciones con los ciudadanos. La reforma comienza y se prosigue, al contrario, en el marco de la legalidad existente, aportándole no obstante los cambios necesarios para realizar e institucionalizar las intenciones del proyecto de reforma.

En segundo lugar, la revolución y la reforma se orientan, en principio, tanto una como la otra, de cara al futuro más que al pasado. Ambas pretenden generalmente hallarse inspiradas más por un proyecto innovador que por el retorno a un pasado supuestamente mejor. Una y otra necesitan, entonces, al principio sobre todo, una descripción y una evaluación negativas del presente estado de cosas, que es necesario cambiar a la luz de una reflexión y de promesas a la vez constructivas y proactivas. En la práctica, sin embargo, las cosas no son tan claras y traslúcidas. La reforma, en particular, puede ser en este aspecto más ambigua que la revolución. Puede ser propio de ella mezclar en un mismo proyecto los recuerdos de un pasado añorado con ideas que se pretenden innovadoras. Hay, así, reformas que se han inspirado más en el pasado que en el futuro.

Un tercer elemento muy importante se refiere a la *legitimidad* que una y otra necesitan. Grandes cambios sociales no se producen sin que sus promotores basen su acción en algún tipo de legitimidad. La revolución, como se produce en la ilegalidad, encuentra primero su legitimidad en la claridad del proyecto propuesto y en el carisma personal de los jefes que la inspiran, y después en la eficacia real de los cambios logrados. En cuanto a la reforma, subsistirá como legítima en la medida en que, al contrario de la revolución, su proyecto se mantenga dentro de la legalidad vigente y pueda prometer cumplirse y producir efectos gracias a modificaciones bien

enmarcadas en la legislación vigente y en continuidad con ella. El fundamento racional de la legitimidad de la revolución y de la reforma aparece, entonces, como esencialmente diferente a pesar de ser absolutamente necesario para ambas.

Subrayemos, a mayor abundamiento, que el análisis sociológico de la revolución y de la reforma debe poner énfasis sobre el hecho de que ambas se llevan a cabo por la acción de actores singularmente diversos. Dejo aquí voluntariamente de lado este aspecto de la revolución que Theda Skocpol ha caracterizado con lujo de detalles. En lo que concierne a la reforma, ésta implica la acción diversificada de numerosos actores. Unos actuando como los inspiradores de la reforma, otros como promotores, mientras que otros más se convierten en los realizadores. Puede verse entonces cómo se constituye rápidamente una jerarquía que define el estatus y el rol de cada categoría de actores, así como las formas de comunicación y las relaciones de autoridad entre ellos. Estas relaciones no están exentas de tensiones (a menudo muy grandes) entre los diferentes niveles de autoridad y de poder, tensiones que se producen tanto como consecuencia de las concepciones que cada uno tiene de los objetivos de la reforma, como de las formas concretas de realización de la misma. Frente a estos actores comprometidos con la reforma, se erigen los actores que se oponen a la reforma. Estos opositores pueden ser adversarios activos que denuncien y busquen derrotar la reforma, pero a menudo también se encuentra un número más grande de opositores pasivos, cuya inacción reviste diversas formas (generalmente eficaces) para vaciar de efectos la reforma, minimizarlos o cuando menos reducir su alcance.

Finalmente, la reforma, como la revolución, debe tener *efectos*, aportar cambios suficientemente numerosos y durables, que se extiendan durante un período de tiempo suficientemente prolongado. Una reforma no es tal si no produce un efecto. De lo contrario, será un proyecto de reforma, una intervención, la utopía, quizás, de una reforma. Pero los historiadores no se referirán a ella como una reforma. Sin embargo, el efecto principal, procurado tanto por la revolución como por la reforma, es un nuevo *consenso* en el seno de la sociedad, un equilibrio más estable en las relaciones de poder entre las clases, los estratos, las categorías y los grupos de ciudadanos.

La exposición precedente, haciendo nuestra la metodología de Max Weber, ha procurado elaborar lo que podríamos denominar el "tipo puro" o el "tipo ideal" de la reforma, comparado al de revolución. Este tipo ideal, por el conjunto de rasgos que vincula entre sí, hace las veces de una definición. En la realidad empírica, lo que interesa al sociólogo es, precisamente, la correspondencia de los casos reales con el modelo, al mismo tiempo que las diferencias con el mismo. Así, es la relación de fuerzas entre todas las categorías de actores la que permitirá que el proyecto reformista se concretice o fracase y que la versión original del mismo tenga que someterse a concesiones más o menos importantes o que llegue a su fin tal como había sido concebido.

Siguiendo esta metodología, llevamos adelante un proyecto de investigación

que consiste en aprehender, de la manera más precisa posible, la noción de reforma social, para permitirnos, de seguido, embarcarnos en el análisis de ciertas reformas que constituyen los procesos identificados como la "Reforma Universitaria" argentina de 1918 (particularmente de sus avatares durante el período 1957-1966); la "Revolución Tranquila" quebequense de 1960-1970 y la "Movida" española de 1982-1992.

Este trabajo empírico está en plena ejecución: hemos cumplido, así, una primera fase teórica y levantado los primeros datos en la Argentina y el Quebec, por lo que suponemos que será acabado "in situ", en España, en 2004. El avance de nuestra investigación permite ya, a la luz del material recopilado y del análisis comparado de los casos argentino y quebequense, poner de resalto algunos elementos que pertenecen, según nos parece, al tipo ideal de las reformas y que se deducen del análisis sociológico que estamos realizando.

Elementos fundadores de una teorización de la reforma

Se trata de ciertos rasgos y caracteres que pueden servir de elementos fundadores de una teorización de la reforma. Los presentaremos siguiendo cuatro *ejes*.

Eje I - Efectividad y legitimidad

En primer lugar, debemos volver sobre una consideración anterior recordando que, para ser reconocida *a posteriori* como tal por el análisis histórico, una reforma tiene que tener efectos. Debe haber cambiado el estado de cosas imperante, se trate de instituciones, costumbres, tradiciones o mentalidades (por separado o al mismo tiempo). Esto es, tiene que tener "efectividad".

Eso quiere decir que la noción de innovación es inherente a la de reforma. Una innovación que puede incluir un cierto retorno al pasado pero que no deja de proyectarse al futuro. La reforma implica innovación en el sentido de que supone la intención *exitosa* de modificar la realidad vigente y de introducir en ella un elemento activo de transformación.

La efectividad de la reforma, es decir su aptitud para producir efectos, se basa en otro elemento esencial para toda reforma, a menudo ignorado: su legitimidad. La hemos evocado antes y volvemos a insistir sobre ella por que se trata de un elemento del cual poco se dice, ya que generalmente se da por supuesto que toda reforma siempre se basa en una cierta legitimidad. La misma puede, sin embargo, ser más compleja de lo que se piensa y revestir diversos aspectos. Evidentemente, toda reforma que venga "de arriba", es decir que sea promovida por una autoridad en ejercicio (política o religiosa, según el caso), se apoya en una legitimidad de tipo jurídico. Una autoridad anuncia, emprende y lleva a cabo una reforma en virtud de poderes que el derecho vigente le confiere. No obstante, se puede observar empíricamente que, si esta legitimidad jurídica es comunmente admitida al comienzo, puede empezar a ser

contestada a lo largo del proceso de reformas, en la medida en que el mismo comience a sufrir tropiezos, se empantane, o produzca indeseables efectos secundarios. Se podrá recusar, entonces, la legitimidad jurídica en nombre de una legitimidad que podríamos llamar sociológica: es así, por ejemplo, que los docentes o los padres de alumnos (o los dos a la vez) pueden cuestionar la legitimidad de un ministerio de educación "reformista" como consecuencia de los "errores" que se le atribuyan; o que los profesionales de la salud (médicos, enfermeras y personal auxiliar) pueden deslegitimar a los funcionarios y burócratas gubernamentales a raíz de su supuesto desconocimiento de las condiciones reales de la práctica de la medicina y de la vida de hospital que pretendían mudar. La legitimidad jurídica sobre la que se pueden apoyar los reformadores no es, así, inagotable: aún cuando no sea cuestionada en el plano estrictamente legal, tiene que contar con un cierto éxito para ser completada y reforzada por la legitimidad sociológica. Esta última es menos visible y mucho más discreta que la jurídica pero puede, pese a todo, adquirir una fuerza tal como para minar eficazmente la legitimidad jurídica e impedir el avance de las reformas. La legitimidad jurídica habilita a los actores para emprender una reforma, pero la legitimidad sociológica les aporta la credibilidad necesaria para llevarla a cabo.

La reforma que viene "de abajo", de las bases, plantea problemas de legitimidad absolutamente diferentes. Generalmente no se basa, en sus comienzos, en una legitimidad jurídica. A diferencia de la revolución, una reforma promovida por las bases resta en los límites de la legalidad, pero eso no le confiere una legitimidad específica. Se podría decir que una reforma de este tipo obtiene su legitimidad del discurso de sus jefes o portavoces y de lo que podríamos llamar junto con Max Weber el "carisma de la palabra" (WEBER, 1992: 864). Hay que entender los discursos de los jefes no tanto como una predicción sino como la descripción de la movilización necesaria para hacer el cambio posible, factible y deseable. La legitimidad carismática permite lanzar la idea de una reforma y emprenderla. Pero en la medida que la idea gane adherentes, el proyecto de reforma deberá institucionalizarse en una asociación, un movimiento o un partido. La legitimidad carismática, si continúa viva, tiene que ser asociada a una legitimidad sociológica, primero, y después, cada vez más, a una legitimidad jurídica.

Eje II - Los actores y la construcción de la reforma

El análisis de los diferentes tipos de legitimidad de la reforma nos conduce a estudiar los actores comprometidos en toda reforma. Determinar con precisión las diversas categorías de actores implicados en las mismas y las múltiples interacciones que se dan entre ellos es una dimensión esencial de la inteligibilidad de los procesos que nos propusimos estudiar. Es preciso establecer, en particular, una clara distinción entre los primeros actores que han idealizado una reforma, de aquellos que a continuación la pusieron en marcha y se esforzaron por llevarla a cabo. Estos últimos, los realizadores, se encuentran incluidos, frecuentemente, en una escala jerárquica

que parte de los que planifican, ordenan y coordinan, pasa por los que a continuación traducen los proyectos en directivas, normas y reglas, y culmina en los que realizan concretamente la reforma (en las agencias del Estado, las aulas, los hospitales, las fábricas o los cuarteles). A ellos debemos agregar los actores que se oponen a la reforma en diferentes niveles, que la contestan, la retardan o la hacen desviar de sus objetivos. El análisis de las estrategias de estos diferentes actores, de las justificaciones que ellos invocan, de las significaciones que dan a sus acciones, de las relaciones de fuerza y de poder que se establecen entre ellos, nos abre un inmenso "laboratorio" de observación empírica y de reflexión teórica.

Es tomando en cuenta el punto de vista de los actores, sus diversas "perspectivas" sobre la reforma y el "significado" que los mismos acuerdan a los hechos y a los otros actores, que hemos comenzado a estudiar provechosamente los tres casos de reforma antes citados como un *constructo*, como una construcción artificial resultado de la diversidad de los actores. Esta problematización "constructivista" de las reformas es esencial para el análisis sociológico. Toda reforma ha sido hecha por actores y ella es el resultado no sólo de quienes la iniciaron, sino también de todos los actores que participaron en su realización y de todos aquellos que se opusieron a la misma. Bajo la acción de estos diversos actores, la reforma se construye y reconstruye constantemente, obedeciendo a distintas estrategias y a los múltiples intereses de todos los grupos y de todas las categorías de actores.

Eje III - La traducción normativa de la reforma

Para ser completo y esclarecedor, este análisis de la "reforma en acción" a través de los diferentes actores debe desembocar en el estudio de las diversas normativas (jurídicas o de otra especie) y de las relaciones de los actores con aquellas regulaciones. Una reforma se realiza en parte por la traducción de sus objetivos y de su ideología en directivas, reglamentaciones, normas y reglas. Algunas son estrictamente legislativas y jurídicas, otras son administrativas y técnicas, otras en fin son estrictamente sociológicas, resultado espontáneo de las necesidades de la acción de los diferentes actores. Estos ordenamientos se convierten en la expresión institucional de los objetivos de la reforma y sirven tanto de objetivos en las estrategias de los actores como de marco a sus acciones e interacciones. Estos cuerpos de normas pueden, de acuerdo a las circunstancias, racionalizar las relaciones de fuerza entre los actores o, al contrario, hacerlas más duras favoreciendo ciertos grupos de actores en perjuicio de otros.

Eje IV - Reforma y clase media

Una última consideración: si la reforma, tal como acabamos de caracterizarla, se ha convertido en un modo corriente de innovación y cambio social, es evidentemente porque la misma se ha adaptado al tipo democrático de sociedad. Más precisamente, ello se debe a que la reforma responde al espíritu y a la mentalidad de la clase media.

Resumiremos brevemente esta mentalidad diciendo que ella se caracteriza por el individualismo y la búsqueda de realización personal, una actitud consumista al encuentro de todos los bienes y servicios posibles, una movilización política sectorial orientada por intereses privados y una alergia a toda forma de pensamiento y de acción radicales.

Esta clase se ha vuelto hoy hegemónica en las sociedades democráticas modernas aprovechando la declinación demográfica y política de la clase obrera y la falencia intelectual de su ideario revolucionario. Porque la revolución no está en el ánimo de la clase media: demasiados intereses la ligan a las estructuras económicas, sociales y políticas de las modernas sociedades capitalistas. Sin embargo, ella también tiene interés en que estas estructuras y sus instituciones funcionen mejor y rindan más. Las reformas que apoya la clase media tienen generalmente por objetivo mejorar el funcionamiento y la eficacia de las instituciones vigentes y favorecer así la prosperidad general, de la cual todos esperan, de acuerdo con el individualismo imperante, sacar provecho.

De ahí se siguen dos consecuencias importantes. En primer lugar, tiende a desaparecer la diferencia entre las reformas que vienen "de abajo" y las que se generan "arriba". Las sociedades democráticas de las clases medias han instalado un tipo de gobernanza en el que se encuentran y ponen de acuerdo, cada vez más, los representantes del Estado y los de los diversos intereses de la sociedad civil. La toma de decisiones se produce en los puntos de intersección entre el Estado y la sociedad civil. Los idealizadores de las reformas que vienen "de arriba" se esfuerzan por lograr que los grupos de interés implicados compartan sus objetivos, valiéndose para ello de diversos modos de "democracia participativa". Este es un aspecto esencial del gobierno democrático de acuerdo al espíritu de la clase media. Sobre una suerte de *continuum* que podríamos representar gráficamente y que iría de un polo representado por las transformaciones que vienen más claramente de la autoridad política estatal, hasta otro polo que concentraría las demandas más claramente sentidas por los ciudadanos, las reformas tienden actualmente a ubicarse en el *centro*, resultado de proyectos provenientes "de arriba" y de propuestas articuladas "desde abajo".

La segunda consecuencia consiste en una disminución constante de la distancia semántica existente entre revolución y reforma. Las auténticas revoluciones son raras, cada vez más raras, mientras que las reformas, en cambio, se hacen cada vez más numerosas y casi permanentes. En este contexto, las reformas de envergadura son declaradas "revoluciones". El lenguaje corriente ha hecho suya esta evolución, ya que se recurre comunmente a los términos "revolución" y "revolucionario" para

designar los cambios sociales transaccionales y sus alcances. Es así que las cinco reformas de los años 1960-1970 en el Quebec se han convertido en la "Revolución Tranquila", y que se conoce por "Revolución Verde" al conjunto de transformaciones en el campo de la agricultura que fueron propiciadas por la FAO y que los posteriores avances en ingeniería genética acabaron por profundizar[3]. Por otro lado, ha aparecido una nueva terminología que da cuenta de la misma evolución en sentido inverso: se habla de "transición" para designar el pasaje de los regímenes autoritarios latinoamericanos y de las sociedades comunistas de Europa Central y Oriental a regímenes democráticos y formas de sociedad liberal.

Proponemos hacer coincidir aquí estas consideraciones con otras hechas hace más de un siglo y medio por Alexis de Tocqueville, con las cuales deseamos concluir.

Conclusiones

En el segundo tomo de *La democracia en América*, que apareció en 1840, cinco años después del primero, Tocqueville formuló un gran número de reflexiones de naturaleza especificamente sociológica. Es interesante leer, entre otros, el capítulo XXI titulado "Porqué las grandes revoluciones serán cada vez menos frecuentes". Sobre este tema Tocqueville escribe: "No es que yo diga que las naciones democráticas estén al abrigo de revoluciones: digo tan sólo que el estado social de esas naciones no las predispone a ellas, sino que mas bien las aleja". Tocqueville se explica esta situación por la igualdad social creciente y el individualismo que la acompaña, dos evoluciones inherentes a la sociedad democrática, que conducen a los ciudadanos a replegarse "en el círculo de los menudos intereses domésticos". En consecuencia, concluye el perspicaz Tocqueville, "es de prever que acabarán por hacerse inaccesibles a esas grandes y poderosas emociones públicas que turban a los pueblos, pero que los alimentan y los renuevan... no puedo menos de temer que los hombres lleguen al punto de considerar toda nueva teoría como un peligro, toda innovación como un enojoso desorden, todo progreso social como un primer paso hacia una revolución... Tengo miedo, lo confieso, de que se dejen dominar hasta tal punto por un miserable gusto por los goces del día, que su interés por el propio futuro y el de sus descendientes desaparezca y prefieran seguir muellemente el curso de su destino a hacer, si es preciso, un súbito y enérgico esfuerzo para enderezarlo. Sé que las nuevas sociedades cambiarán cada día su aspecto, pero me temo que acabarán fijándose con excesiva indiferencia en las mismas instituciones, los mismos prejuicios y las mismas costumbres, de suerte que el desarrollo humano se frene... y que la humanidad, removiéndose sin

[3] Y recordemos que, ya en los años de 1970, un partido de centro como el Demócrata Cristiano chileno propuso una "revolución en libertad".

cesar, no dé un paso adelante" (TOCQUEVILLE, 1980: 218 y 224).

Podrá extrañar, quizás, encontrar en la pluma de Tocqueville palabras tan favorables a la revolución y su miedo de asistir a la desaparición de las condiciones favorables a su estallido. Con la perspectiva que nos acuerdan los años podemos decir hoy que esta predicción de Tocqueville se ha cumplido parcialmente y que las democracias modernas parecen, efectivamente, haber perdido el fermento revolucionario. Pero esto no significa, sin embargo, que se hayan estabilizado tanto como lo pretendía nuestro autor. Es que éste no pudo prever ni el papel que iba a desempeñar la clase media ahora dominante (como medio de identificación o aún de referencia) en las democracias modernas, ni las reformas sociales que la misma favorece o acepta, particularmente las que vienen "de arriba", y que han reemplazado a las revoluciones para satisfacer los anhelos de cambio social. Es que, en los hechos, la igualdad social está lejos de haberse convertido en realidad como lo pretendía Tocqueville. Estudiar como sociólogo las reformas sociales más que las revoluciones, es entonces proseguir, adaptándolo a nuestra época, el pensamiento de Alexis de Tocqueville sobre los caminos (atajos y rodeos) del cambio social. Creemos que es una buena brújula para nuestro periplo.

BIBLIOGRAFIA

BERMAN, Harold J. 1996. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica.

DEMURGER, Alain. 1990. *Temps de crises, temps d'espoirs, XIVe-XVe siècle*, París, Seuil.

FORAN, John (compilador). 1997. *Theorizing revolutions*, Nueva York, Routledge.

FURET, François. 1985. *Penser la Révolution française*, París, Gallimard, Collection Folio/ Histoire.

LECHNER, Norbert. 1990. *Los patios interiores de la democracia. Subjetividad y política*, Santiago [Chile], Fondo de Cultura Económica.

ROCHER, Guy. 2001. *Le "laboratoire" des réformes dans la Révolution tranquile*. Montreal, Programme d'études sur le Québec de l'Université McGill.

ROJO, Raúl Enrique. 1982. "El *reino* en Roger Bacon y Dante Alighieri", *Revista de la Universidad Católica de La Plata*, III, 8, pp. 121-147.

ROJO, Raúl Enrique. 2000. *Confessionalismo político e escola republicana*, Porto Alegre, *manuscrito*.

SKOCPOL, Theda. 1985. *Etats et révolutions sociales. La révolution en France, en Rusie et en Chine*, París, Fayard.

TILLY, James. 1995. "To explain political processes", *American Journal of Sociology*, 180, 6, pp. 1605-1629.

TOCQUEVILLE, Alexis de. 1980. *La democracia en América*, Madrid, Alianza Editorial, t. 2.

WEBER, Max. 1992. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

PORTUGAL

1 - 2002 – MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. XXVIII, Coimbra, 2002, p. 603-627.

2 - 2002 – LIMA MARQUES, Claudia. A Convenção de Haia de 1993 e o regime da adoção internacional no Brasil após a aprovação do novo Código Civil Brasileiro em 2002. In: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, vol. I. Universidade de Coimbra: Almedina, Portugal, p. 263-309.

3 - 2002- AZEVEDO DA SILVEIRA, Patrícia. AZEVEDO MARQUES, Vicente. Por quem os sinos dobram: o *leading case* das queimadas no RS. *Revista de Ciência e Cultura*, Série Direito, Universidade Lusíada-Porto, n. 1 e 2, ano 2002, p. 569-584.(Dr. candidate PPGDIR./UFRGS)

Culturalismo e Experiência no novo Código Civil[1]

Judith Martins-Costa

Professora Adjunta na Faculdade de Direito da UFRGS. Doutora em Direito.

"Toda a pretensão de apresentar a Ciência do Direito independentemente de quaisquer pressupostos filosóficos, ou os subentende inadvertidamente, ou se resolve num equívoco agnosticismo filosófico que já equivale a uma contraditória tomada de posição especulativa" (Miguel Reale).

Introdução

I) A vocação prospectiva do novo Código: bases culturalistas. II) O Código como "razão comunicativa", ou o "modelo da complementaridade intertextual".

Conclusão

Em janeiro de 2003 entrou em vigor o novo Código Civil. Poder-se-ia questionar que importância tem esse acontecimento para um Congresso de Filosofia, cujo tema central diz com as "contribuições luso-brasileiras à filosofia". Desde já respondo a esta plausível indagação: a importância do novo Código para os filósofos é que esse, em larga medida, concretiza, em bases normativas, a filosofia que o filósofo, jurista e codificador Miguel Reale assentou com o seu culturalismo em várias obras e, notadamente, em "O Direito como Experiência".

---

[1] Este texto é conseqüência de palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Filosofia, realizado em – João Pessoa, em agosto de 2002, cujas notas foram publicadas nos respectivos Anais, Tomo II, João Pessoa, 2002. Essa versão está publicada em in Boletim da Faculdade de Direito, da Faculdade de Coimbra, vol. 78, pág. 126, Coimbra- Portugal, 2002. Agradeço a leitura e o sempre profícuo diálogo com Cláudio Michelon Jr.

Nenhum Código provém do nada, nenhum código opera no vazio. O seu modelo sempre expressa uma reflexão e uma tomada de posição diante dos problemas do mundo - isto é, uma filosofia. As matrizes teóricas do novo Código Civil têm origem, justamente, no culturalismo de Reale, na sua concepção acerca dos modelos jurídicos e da concreção[2], no que chama, enfim, de "normativismo concreto"[3]. Vejamos, inicialmente, a importância teórica dessa compreensão em nosso tempo, que tem sido definido como *o tempo da pluralização da subjetividade jurídica*, constituindo, portanto, o *tempo da concreção.*

Seja na filosofia, seja na sociologia, seja na teoria jurídica, várias análises se têm dedicado, recentemente, aos temas da intersubjetividade e da pluralização da subjetividade jurídica, que decorrem, como necessária conseqüência, da "transversalidade" que hoje recobre a fisionomia da sociedade civil[4], da fissura do mito da igualdade formal que alicerçou a Codificação oitocentista, aliada ao reconhecimento da concreta *diferença* entre as pessoas e à atitude de *aceitação* da diferença. Decorre, fundamentalmente, de uma *aceitação* que não é a tolerância para com o mero fato da diferença (o que estaria subjugado apenas à dimensão da facticidade), constituindo, quanto ao muito, numa *indiferença para com a diferença*, para com a dimensão plural da subjetividade jurídica. Trata-se, diversamente, de acolher a diferença *qualificadamente*: é, pois, aceitação *normativa*, que opera segundo escolhas axiológicas. Nessa aceitação qualificada, é reconhecido que a diferença pode resultar da diversidade dos papéis sociais desempenhados por um mesmo indivíduo[5]; admite-se que o diferente pode,

---

[2] Acerca do tema escrevemos, juntamente com Gerson BRANCO, em Diretrizes Teóricas do novo Código Civil, São Paulo, Saraiva, 2002.

[3] A saber, aquele em que a norma jurídica não é concebida como simples estrutura lógico-formal, antes consistindo num "modelo ético-funcional que, intrínseca e necessariamente, prevê e envolve o momento futuro de uma ação vetorial e prospectiva concreta". (REALE, Miguel, O Direito como Experiência, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 191).

[4] A expressão é de IRTI, Natalino. Società Civile, Milão, Giuffrè, 1992, p. 16. Assim indica o autor a "síntese de unidade e de multiplicidade" que concretiza a expressão "Estado pluralista", a cisão entre o 'cidadão' e o 'homem', a extraordinária variedade dos grupos sociais, de modo que a 'transversalidade" decompõe antigas e rígidas antíteses, reconstruindo uma nova fisionomia da sociedade civil.

[5] A multiplicidade e a concomitância dos diferentes papéis sociais está ligada, em larga medida, à planificação, típica da racionalidade produtiva que caracteriza a nossa sociedade. Os confins do local do trabalho invadem o lar , espaço privado por excelência; os meios de comunicação de massa modificam os hábitos domésticos; a racionalidade produtiva transforma trabalhadores em consumidores, massifica;e automatiza e despersonaliza os negócios de troca (vide IRTI, Natalino. Società Civile, Milão, Giuffrè, 1992, pp. 18 e 19). A multiplicidade dos papéis sociais, a sua confusa concomitância, acaba por deslocar e confundir a essencial compreensão individual do "papel no mundo" que cada um de nós desempenha.

às vezes, receber maior tutela, ou uma tutela específica que atenda a sua diferença concreta; e a ordem jurídica se mostra atenta às singularidades de cada qual, polarizada pela idéia de "livre desenvolvimento da personalidade" num espaço que é, ou deve ser, concomitantemente, o espaço tutelar do indivíduo enquanto tal e como membro da comunidade, o "espaço comum" no qual podemos reconhecermo-nos como pertencentes à humanidade.

Alia-se a essa aceitação qualificada das diferenças subjetivas a concreção, que é a apreensão compósita da realidade (sempre *processus* histórico-cultural): é apreensão compósita porque conjuga, normativamente, os elementos fáticos e as diretrizes ideais, tendo em vista, porém, não o plano da abstração teórica, mas o da realidade prática que o Direito visa ordenar. É, portanto, o olhar axiológico direcionado para o concreto, para o que singulariza certo comportamento ou certa personalidade em suas particulares circunstâncias existenciais.

O emprego dos termos "diferença", "concreção", "pluralização" poderia, equivocadamente, conduzir o nosso pensamento à Teoria Pós-Moderna, fundada nos termos epígonos de Derrida, Lyotard, Baudrillard e Foucault ("diferença", "fragmentação", "desconstrução"), ligando-o ao que seria o fenômeno da ultrapassagem da modernidade[6]. A pós-modernidade, afirma Arnaud, se caracteriza por um "desejo de ultrapassagem do paradigma moderno", por "uma vontade de pragmatismo e de relativismo"[7], pelo afastamento, de modo especial, da categoria jurídica do *sujeito de direito*, numa radicalidade irracionalista que, para além de declarar a "decadência do Ocidente", como fez Spengler, chega a decretar o fim da história e a "morte do homem"[8]. Não é, contudo, o que acontece com o novo Código Civil: não se pense que a aceitação da plural subjetividade jurídica, o "olhar para o concreto", signifiquem estejam as categorias abstratas expurgadas do Ordenamento, e que o projeto da modernidade tenha sido encerrado. A modernidade é um projeto inacabado, como percebeu Habermas com inteira lucidez[9]. É preciso, antes de mais, conciliar os

---

[6] Entre os representantes das várias acepções dessa Teoria, veja-se, exemplificativamente, SANTOS, Boaventura: La transición postmoderna: derecho y política, in Doxa Cuadernos de Filosofia del Derecho,v. 6, 1989, pp. 223-263; BALLESTROS, Jesús, Razones a Favor de una Postmodernidad Alternativa (respuesta a Javier de Lucas), in Doxa - Cuadernos de Filosofia del Derecho,v. 6, 1989, pp. 301-306; ARNAUD, André-Jean, De la globalisation au postmodernisme en droit, em Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État, Paris, LGDJ, 1998, p. 147 a 178 e GHERSI, Carlos Alberto. Metodologias de la Investigación en Ciências Jurídicas, Buenos Aires, GOWA, 2001.

[7] ARNAUD, André-Jean. De la globalisation au postmodernisme em droit, em Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État, Paris, LGDJ, 1998, p. 152.

[8] As referências são às teses de FUKUYAMA e de FOUCAULT, confirmadas por ARNAUD, que é explícito: "Passada a moda da filosofia "moderna", fala-se do surgimento do pós-modernismo, e, com ele, de "desconstrução", de "morte do homem" (ARNAUD, André-Jean. De la globalisation au postmodernisme em droit, em Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État, Paris, LGDJ, 1998, p. 147 e 148, traduzimos).

[9] HABERMAS, Jürgen. O Discurso Filosófico da Modernidade. Lisboa, Dom Quixote, 1998, Prefácio.

"Deuses Lares" com o "espírito do mundo"[10], respondendo ao dilema proposto, admiravelmente, por Juan Gris: "*Sans l'abstrait, comment dominer le concret? Et sans le concret, avec quoi dominar l'abstrait*[11]*?*" É preciso, em suma, *numa atitude fundamentalmente moderna*[12], aceitar o dilema e equacionar, *racionalmente*, o desafio: como normatizar, de modo abstrato e geral, as plurais relações intersubjetivas na vida da *cives*? Como ordená-las segundo padrões de uma *substantiva racionalidade*, que leve em conta as concretas características das situações jurídicas intersubjetivas a serem ordenadas?

No que concerne às relações civis, equacionar esse desafio é a tarefa cometida a um Código dotado de uma *nova racionalidade*: não mais a "razão monológica" do Iluminismo, não mais a *ratio* totalitária e fechada, que desconhece as pulsões e os desejos do indivíduo dissolvido na massa, que escamoteia as substanciais desigualdades econômicas e o jogo de poder que se desenrola na vida da *cives*, mas *uma racionalidade aberta e substantiva*, capaz de submeter "à sua jurisdição o reino dos valores" e de avaliar "a maior ou menor racionalidade das normas[13]". Registre-se: ainda, e mais do que nunca, uma racionalidade, e não a irracionalidade, a "vertigem[14]" que são – conjuntamente com o relativismo – as águas nas quais navega o pós-modernismo[15].

---

[10] A metáfora é de SEBRELI, Juan José. El Asedio a la Modernidad- critica del relativismo cultural, Buenos Aires, Sudamericana, 1991, ao referir-se à "Filosofia do Direito", de Hegel, segundo o qual, "o espírito dos povos, as nações, os deuses-lares, estavam limitados por sua particularidade e deviam submeter-se ao juízo universal, ao espírito do mundo, à história universal erigida em um tribunal supremo"(p. 25)

[11] GRIS, Juan, citado por HABIB, Claude, na Introduction à tradução francesa da obra de ARENDT, Hannah, Penser l'événement, Paris, Bélin, 1989, p. 15, em tradução livre: "Sem o abstrato, como dominar o concreto?/ E sem o concreto, com o que dominar o abstrato?".Paris, LGDJ, 1998, p.149.

[12] Porque a filosofia moderna ensinou, fundamentalmente, que temos que pensar por nós mesmos, o que está na base do sapere aude kantiano e de toda a possibilidade de uma atitude crítica, que é sempre uma atitude ditada pela razão. Refiro-me, naturalmente, à "razão dos modernos", que inaugura uma linha: a da 'razão iluminista", hoje insuficiente (como adiante tentarei explicar), mas não passível de substituição pela sua antítese, o irracionalismo.

[13] ROUANET, Sérgio Paulo, As razões do Iluminismo, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12.

[14] A expressão é de ARNAUD, André-Jean, De la globalisation au postmodernisme em droit, em Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État, Paris, LGDJ, 1998, p. 149.

[15] Afirma Anthony CARTY, citado por ARNAUD: " A Lei, com um L maiúsculo, a Razão, com um R maiúsculo, o Homem, com um H maiúsculo, formam uma Trindade defunta"(ARNAUD, André-Jean, De la globalisation au postmodernisme em droit, em Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État, Paris, LGDJ, 1998, p. 149, traduzimos e grifamos). Acerca do irracionalismo como marca cultural do pós-modernismo, veja-se, ainda, SEBRELI, Juan José, El Asedio a la Modernidad- critica del relativismo cultural, Buenos Aires, Sudamericana, 1991, pp. 25 a 42, traçando a genealogia entre os pré-românticos alemães (notadamente HERDER), que contrapunham o local ao universal, e o irracionalismo filosófico (SPENGLER, FEYRABAND), e político que veio, a final, percorrendo os caminhos da filosofia cíclica e catastrófica da história, desembocar no nazismo. Veja-se, ainda, a lúcida análise de ROUANET, Sérgio Paulo, As razões do Iluminismo, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000.

Operacionalizar as formas de manifestação dessa nova racionalidade é a missão que hoje incumbe a um Código Civil, que deve ser apto a realizar o equilíbrio entre as formas de regulação abstrata e geral - tendo em conta o princípio da segurança jurídica - e as formas de regulação casuística e plural, para tanto considerando, com um relevo especial, as circunstâncias do caso, as singularidades do livre desenvolvimento da personalidade, a efetiva desigualdade substancial das partes contratantes, tendo em conta o princípio da *justiça substancial*. E é *justiça "substancial"* porque não tem como pressuposto uma noção abstrata de sujeito de direito, mas tem como base cultural a idéia do Direito como "experiência normada[16]" e, como base axiológica "o indivíduo situado", a pessoa humana considerada como "o valor-fonte de todos os valores[17]", tese que Reale desenvolve desde 1940 e à qual reputa "um papel fundamental" em seu pensamento, como fulcro do que denomina de "historicismo axiológico"[18].

O desafio de normatizar as plurais relações intersubjetivas na vida da *cives* com base na concreção, perpassa todo o novo Código Civil, seja através de sua linguagem (que alia modelos cerrados e modelos abertos[19]), seja em razão das soluções metodológicas que adota, viabilizadoras de uma intertextualidade com outros corpos normativos. Essa opera por meio de ligações *inter, intra e extra sistemáticas* com os valores do Ordenamento, notadamente aqueles expostos na tábua axiológica dos Direitos Fundamentais. Tal é a concepção subjacente ao que tenho chamado de "a Era da Recodificação", em contraponto ao célebre título dado por Irti, nos anos 70, aos ensaios que detectavam a opção de política-jurídica, então ocorrente, da descodificação[20]. É uma concepção radicalmente diversa da que orientou o Código de 1916, embasado no positivismo compreendido ao modo das Ciências Naturais.

Tentarei provar esse argumento com algumas considerações acerca da base culturalista das soluções do novo Código (I), oferecendo, após, alguns exemplos das formas de comunicação entre o Código e as demais instâncias culturais, o que, ao meu ver, é, caracteristicamente, uma opção culturalista (II).

---

[16] REALE, Miguel, "De Dignatate Jurisprudentiae", in Horizontes do Direito e da História, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 275, chegando mesmo a afirmar não ser adequado, a rigor, sequer falar em "norma e situação normada" porque "a norma é, ao mesmo tempo, o condicionante e o condicionado, o valor e o fato em uma síntese dinâmica" (idem, ibidem).

[17] REALE, Miguel, Fundamentos do Direito, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª edição fac-simile da 2ª edição revista, 1998, p. 305.

[18] REALE, Miguel, Fundamentos do Direito, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª edição fac-simile da 2ª edição revista, 1998, p. 305, nota 26a.

[19] Examinei o Código sob essa perspectiva in O Direito Civil como um "sistema em construção"- as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro, em Revista dos Tribunais, v. 753, São Paulo, jul. 1998.

[20] IRTI, Natalino, L'età della decodificazione, Milão, Giuffrè, 3ªedição, 1989.

I) A vocação prospectiva do novo Código: bases culturalistas.

Das contribuições brasileiras para a filosofia, é o culturalismo a mais relevante. Seu campo de atuação é privilegiadamente o do Direito, seja em razão de suas filiações históricas (nas quais avultam Tobias Barreto e a Escola do Recife), seja pela força do pensamento de Reale, agora consagrado legislativamente.

O que caracteriza o culturalismo é a adoção da noção de cultura como "paradigma central" nos domínios das ciências humanas. Não se trata, porém, de uma visão estratificada e estática da cultura: Reale aplica ao mundo da cultura o esquema da teoria tridimensional, segundo a qual toda experiência histórico-social é "uma *forma* resultante da correlação tensional entre *fatos e valores*"[21], para, assim, alcançar os três direcionamentos fundamentais da sua pesquisa acerca da cultura, a saber: a) uma relativa aos *elementos factuais* que condicionam a ação humana[22]; b) outra relativa aos *valores e fins* já adquiridos, ou intencionados a adquirir, dando origem a *valorizações que se objetivam em bens* historicamente constituídos; e, c) outra pertinente *às formas* que os bens culturais assumem, no curso da história[23]. Esses três direcionamentos não são seccionáveis, pois Reale rejeita o "fragmentarismo reducionista que caracterizou toda a cultura individualista burguesa[24]", compreendendo a cultura como *totalidade e como processo*, o que não leva, porém, a eliminar a responsabilidade do homem na ação, mas a compreendê-la pela concreção, que é sempre, e necessariamente, contextual. Daí a sua afirmação de que "nenhuma estrutura cultural é uma ilha"[25], estando no cerne da cultura a interdisciplinariedade, a processualidade, a dialeticidade e a integralidade, pois "a vida cultural não se ordena segundo 'infra-estruturas' e 'superestruturas', mas sim segundo 'momentos' de um processo[26]", polarizado pela dialética da complementaridade.

---

[21] REALE, Miguel, O Homem e seus Horizontes, São Paulo, Topbooks, 2ª edição, 1997, p. 20, grifos do autor.

[22] Dirá, em Fundamentos do Direito: " o jurista move-se com certa liberdade na esfera do construído, mas não pode deixar de se subordinar ao dado".O "dado", porém, "pode ser natural, histórico, racional ou ideal". (REALE, Miguel, Fundamentos do Direito, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª edição fac-simile da 2ª edição revista, 1998, p. 297).

[23] REALE, Miguel, O Homem e seus Horizontes, São Paulo, Topbooks, 2ª edição, 1997, p. 20.

[24] REALE, Miguel, Fundamentos do Direito, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª edição fac-simile da 2ª edição revista, 1998, p. 291.

[25] REALE, Miguel, O Homem e seus Horizontes, São Paulo, Topbooks, 2ª edição, 1997, p. 21.

[26] REALE, Miguel, O Homem e seus Horizontes, São Paulo, Topbooks, 2ª edição, 1997, p. 22.

Em face dessa ordenação processual, integral, interdisciplinar e dinâmica da cultura, as objetivações culturais "não se verificam sempre da mesma forma"[27]. Intuição e razão, ordem e desordem, desejo e vontade, acaso e necessidade, continuidades e descontinuidades, estão compostos na cultura. É preciso distinguir entre a experiência cultural pré-categorial e a experiência cultural intencionalmente ordenada ou predicativa, categorias que, por sua vez, também não são estanques[28], mas intercorrelacionadas. Daí que, embora na experiência cultural intencionalmente ordenada seja mais pronunciada e efetiva a contribuição racional[29], a cultura se apresenta como um verdadeiro *a priori* do conhecimento e da ação humanas. Dirá Reale:

"Assim sendo, desde o mais elementar ato de percepção, o percebido já surge como algo objetivo e transpessoal, de tal modo que jamais lograríamos compreender o significado do homem desvinculado do complexo variegado daquilo que ele exterioriza, como projeção e dimensão imediata de sua consciência intencional. É a razão pela qual costumo afirmar que a cultura é *o sistema aberto das 'intencionalidades objetivadas'*, de tal sorte que o homem só pode ser integralmente compreendido levando-se em conta o que ele é como *indivíduo* 'a se' e o que ele é como *sócio*, isto é, enquanto partícipe consciente ou não do complexo de imagens, símbolos, fórmulas, leis, instituições, etc., ou seja, de todas as *formas* que, no decurso do tempo, vão assinalando a incessante incidência de valores sobre o já dado ou positivado na história[30]".

A cultura é, em suma, o *a priori* – absolutamente não-estático - que define a nossa forma de ser, de conhecer, de compreender, de sentir e de regular as nossas relações, inclusive juridicamente. Portanto, para conhecer é necessário não apenas ter em conta o objeto do conhecimento ou o sujeito cognoscente, *mas a circunstancialidade em que o conhecimento se processa*[31]. Daí o *a priori* cultural, o qual não é, todavia, absoluto ou imutável: toda a cultura é histórica, constituindo, sempre, um *processo de realização de valores*[32] que se compõem, continuamente, na dimensão do tempo cultural[33].

Nesse universo cultural dinâmico, processual, integrativo e interdisciplinar, o Direito é, por sua vez, "uma espécie de experiência cultural", "uma realidade que resulta da natureza

---

[27] REALE, Miguel, O Homem e seus Horizontes, São Paulo, Topbooks, 2ª edição, 1997, p. 22.

[28] Pelo contrário, afirma, "ambas coexistem permanentemente, influenciando-se de maneira recíproca"

[29] REALE, Miguel, (REALE, Miguel, O Homem e seus Horizontes, São Paulo, Topbooks, 2ª edição, 1997, p. 23).

[30] REALE, Miguel, *O Homem e seus Horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª edição, 1997, p. 25, grifos do autor e nossos.

[31] Entre outras obras de Reale que tratam do "a priori cultural" veja-se *Paradigmas da Cultura Contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1996.

[32] REALE, Miguel, *Paradigmas da Cultura Contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 6.

[33] Assim o nosso"Direito e Cultura: entre as veredas da existência e da história", em *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*, MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson, São Paulo, Saraiva, 2002.

histórica e social do homem", apresentando-se sempre como "síntese ou integração do ser e do dever-ser, de fatos e de valores, quer em experiências particulares, quer na experiência global dos ordenamentos objetivados na história"[34]. Daí que, para o culturalismo, o Direito só é compreensível como bem cultural, consistindo o momento normativo no momento da concreção de fatos e valores.

É bem verdade que esse "momento normativo" pode ter início na experiência da vida social; porém, essa experiência vai continuamente merecendo a atenção do legislador e dos órgãos jurisdicionais, sendo integrada pelas escolhas axiológicas dos órgãos que têm o poder de decidir: assim são recolhidas, e estruturadas em *modelos jurídicos,* as normas derivadas do "poder social", expresso nos usos e costumes e na autonomia privada, bem como o poder estatal (poder de legislar e o poder de exercitar a jurisdição). Os usos, a autonomia negocial, a legislação e a jurisdição constituem as quatro fontes que expressam a objetivação dos modos de sentir, de pensar e querer, culturalmente conformados.

Porém, essa objetivação – que é o ato de tornar algo objetivo, distinto do sujeito criador[35] - não se esgota num só momento, ela é *processual e prospectiva*: através de variados modos de comportamento (o exercício da autonomia privada, no plano negocial; reiterados modos de ser e entender, consolidados nos usos e costumes; a repetição de julgados dos Tribunais e as decisões do legislador), desenvolve-se a experiência normativa do Direito, que é experiência ditada pela cultura, e "sob cuja luz devem ser aferidos os contratos, obedecidos os costumes, obedecidas as decisões judiciais e cumprida a lei[36]".

Mas esta "experiência normativa do Direito" - sendo cultural e axiológica (pois a cultura é processo de objetivação de valores) - não pode ser vista de modo formal, como quis o positivismo formalista: tem que *estar atada à experiência humana concreta*, à experiência de uma determinada sociedade, em determinado momento de sua história. Como dirá Novaes – ainda que sob diversa perspectiva filosófica – há sempre a relação da razão com a "carne do mundo"(expressão de Merleau-Ponty), o que está a significar que, na ordem da razão, devemos perceber que "o mundo sensível e o mundo histórico [são] sempre *intermundo*"[37]. Em outras palavras, "o acesso ao mundo se dá não apenas através do 'espírito interior', por meio da reflexão, mas também através do espírito difundido nas relações históricas e no mundo humano[38]": como também observou Merleau-Ponty, "não

---

[34] REALE, Miguel, *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p.p. 111 e 112.
[35] REALE, Miguel, *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. XXI
[37] REALE, Miguel, *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. XXII.
[36] REALE, Miguel, *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. XXII.
[38] NOVAES, Adauto, em A lógica Atormentada, em *A Crise da Razão*. (org.). NOVAES, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 16.

há o homem interior", na medida em que a relação do *cogito* "exige de nós experiência[39]". Uma experiência, porém, que não é apenas vivida, não é apenas fato - é uma *experiência significativa*.

O formalismo abstrato, no Direito, ignorando essa percepção, é uma "perversão", diz Reale, decorrente da cisão entre as estruturas predicativas (experiência cultural intencionalmente ordenada) e a experiência cultural pré-categorial, que constitui o "húmus fecundante da vida comum espontânea"[40]. Por isto o autor realiza a distinção e a correlação entre as fontes e os modelos no Direito.

Essa distinção/correlação é a que existe entre retrospectividade e prospectividade, entre estabilidade e processualidade, entre o que é ou foi, e o que vem a ser. As fontes são estáticas, derivando do poder de decidir atribuído à lei, à jurisdição, ao poder negocial e ao costume. A idéia de modelo, diversamente, está ligada à de "projeto", de "planificação lógica" e de "representação lógica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma seqüência ordenada de medidas ou prescrições"[41]. Daí que os modelos jurídicos,"não são meras criações da mente, mas sim o resultado da ordenação racional do conteúdo das normas reveladas ou formalizadas pelas fontes de direito, para atender aos característicos de *validade objetiva autônoma e de atualização prospectiva* dessas mesmas normas"[42].

Em suma: a modelagem da experiência jurídica é feita pelo jurista "em contato direto com as relações sociais"[43]. Contudo, diferentemente do sociólogo, que descreve e explica as relações sociais, o jurista opera mediante normas que não são causais ou motivacionais, mas "produzidas segundo o processo correspondente a cada tipo de fonte que espelha a solução exigida por cada campo de interesses ou valores"[44]. Assim sendo, a atitude do jurista é racional e axiológica: as fontes e os modelos estão articulados, mas essa articulação não é de modo nenhum estática ou seccionada: trata-se de um processo complexo e racional de articulação entre as normas derivadas das várias fontes e modelos, o que pode produzir

---

[39] NOVAES, Adauto, em A lógica Atormentada, em *A Crise da Razão*. (org.). NOVAES, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p.p. 16e 17.

[40] NOVAES, Adauto, em A lógica Atormentada, em *A Crise da Razão*. (org.). NOVAES, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 17. A referência é ao prefácio, de MERLEAU-PONTY, à *Fenomenologia da percepção*.

[41] REALE, Miguel, Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico, São Paulo, Saraiva,1994, p. 40.

[42] REALE, Miguel, Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico, São Paulo, Saraiva,1994, p. 40.

[43] REALE, Miguel, Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico, São Paulo, Saraiva,1994, p. 41.

[44] REALE, Miguel, Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 41.

variadas combinações, tudo polarizado, porém, pelos valores constitucionais[45], ao qual acresce a contribuição – entre nós relevantíssima[46] – dos modelos hermenêuticos, ou doutrinários, seja na colmatação de lacunas, seja no efetivo desenho dado à modelagem prescritiva, ao "projeto normativo" a realizar. Assim sendo, um verdadeiro sistema aberto de retrospectividades e de prospectividades exprime, em diversas e convergentes dimensões, a coexistência, no Direito, da experiência cultural pré-categorial e da experiência cultural predicativa. Reale diz:"sempre me impressionou o fato de que o povo criador do Direito (Romanos) não foi um escravo da lei, como mandamento do Estado, mas antes um criador de fórmulas ordenadoras no bojo da sociedade civil mesma; na medida em que os fatos iam ditando, e a necessidade ia exigindo soluções normativas, eram os jurisconsultos que forneciam aos litigantes a formula *iuris* que o *praetor* convertia em *norma iuris* através de sua decisão[47]".

Portanto Reale vê o Direito como *ordenação racional e processual da experiência humana,* segundo certas necessidades, ditadas pelas efetivas relações sociais, e de acordo com determinados valores[48], que se afirmam e confirmam no tempo cultural. Por isto, dirá: "aos olhos do jurista o Direito se põe prevalecentemente como norma, mas esta não pode deixar de ser considerada uma realidade essencialmente histórica: mas as normas jurídicas não são o mero reflexo do fato, não são o "retrato sintético do fato": elas envolvem uma tomada de posição opcional e constitutiva por parte de quem as positiva, à vista do fato e segundo critérios de valor[49]".

---

[45] Esclarece Reale: "se o ordenamento jurídico não tem a graduação lógica atribuída à Kelsen ao sistema do Direito nacional e internacional, reconhece-se, geralmente, que, em virtude de sua subsunção à mesma ordem constitucional, ele se constitui, tudo somado, como unidade coerente e complementar, cujas lacunas e contradições é mister superar"(REALE, Miguel, Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico, São Paulo, Saraiva,1994, p. 41). A unidade é, porém, in fieri, e resulta da complementaridade dos modelos jurídicos que se põem, processualmente, de modo "aberto" no ordenamento (idem, ibidem).

[46] Procurei a centuar o peso da modelagem doutrinária entre nós (o que é uma característica verdadeiramente nacional) em "A Boa-Fé como Modelo", em MARTINS-COSTA, Judith, e BRANCO, Gerson. Diretrizes Teóricas do novo Código Civil, São Paulo, Saraiva, 2002, p. p.191-193.

[47] REALE, Miguel, O Direito como Experiência, São Paulo, Saraiva, 1999, p. XXIII.

[48] Já na sua obra de 1940 (Fundamentos do Direito), Reale propõe uma crítica ao positivismo – uma crítica que o ultrapasse, não se limitando à mera negação e enfrenta o problema específico da experiência jurídica, questionando: Como é, em suma, que o jurista parte dos fatos, que "são", para atingir a esfera daquilo que "deve ser"? Ora, como já havia dito Kant, não podemos encontrar, na simples verificação daquilo que é, a indicação do que deva ser, sendo essa uma verdade que não se pode contestar." Propõe, em conseqüência, uma teoria do conhecimento que esteja atenta a todos os aspectos da realidade, já que 'toda a compreensão parcial da experiência determina uma compreensão parcial do real. Esta Teoria do Conhecimento desemboca na noção de experiência, que é um conceito complexo, não-redutível ao factual, ao dado sensível, mas como um conceito que, atendendo à dialeticidade e a historicidade do conhecimento, não desconhece o fator preponderante do valor no processo cognoscitivo (estabelecendo a ligação entre fato/valor/norma e a experiência).

[49] REALE, Miguel, O Direito como Experiência, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 201.

Isto é, o "momento normativo" do Direito se vai permanentemente modificando, constituindo um processo que não se esgota num só momento, nem está com os olhos voltados ao passado, ao momento da posição da norma na fonte: ele é prospectivo, devendo estar aberto às transformações nos modos de sentir, de pensar, e querer pelos quais a pessoa humana, valor-fonte do Ordenamento, se afirma, concomitantemente, como indivíduo e como membro da comunidade.

A sua noção do Direito como *ordenação da experiência humana* segundo certos valores - ordenação que se faz de modo prospectivo, dinâmico, processual e integrativo - perpassa todo o novo Código Civil, e está traduzida na sua estrutura e na noção de sistema que contém.

Esse é, agora, o viés de meu exame, para tentar demonstrar como operam, em dimensão prospectiva, as ligações *intra, extra* e *intersistemáticas* que permitem a comunicação entre as normas do próprio Código, os fatos da vida social, e os valores do Ordenamento.

II) O Código como "razão comunicativa", ou o "modelo da complementaridade intertextual".

A razão está no centro da atitude *moderna*, palavra que, desde o século V (quando surge no léxico ocidental), possui a conotação de uma "descontinuidade proposital do novo diante do antigo"[50], para expressar a consciência de uma nova época[51]. E está no centro dessa atitude porque há, entre razão e crise, estreito parentesco etimológico[52], e porque em nossa época, como em qualquer outra, só a razão é crítica, porque "seu meio vital é a negação de toda a facticidade"[53]: o irracionalismo, seu oposto, é sempre conformista, "pois seu modo de funcionar exclui o trabalho do conceito, sem o qual não há como dissolver o existente"[54].

---

[50] HABERMAS, Jürgen, Concepções da Modernidade – um olhar retrospectivo sobre duas tradições, em A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos, tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001, p. 168.

[51] HABERMAS, Jürgen, Concepções da Modernidade – um olhar retrospectivo sobre duas tradições, em A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos, tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001, p.168

[52] Como explica BORNHEIM, a origem grega da palavra crise e de seus derivados (crítica, crítico, critério) está ligada ao verbo krino,que apresenta os seguintes significados: 1) escolher, separar, distinguir, discernir o verdadeiro do falso; 2) julgar, pronunciar um julgamento; 3) decidir, pronunciar. Na voz média, significa escolher, decidir, julgar, explicar, disputar. (BORHEIM, Gerd. Crise da idéia de crise, em A Crise da Razão. (org.). NOVAES, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 49). Já o termo razão, o latino "ratio", "logos", em grego, também quer dizer "julgar", "faculdade de pensar" – "pensar" que é "pesar", decidir, como acentua NOVAES, Adauto, em A lógica Atormentada, em A Crise da Razão. (org.). NOVAES, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 11.

[53] ROUANET, Sérgio Paulo, As razões do Iluminismo, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12.

[54] ROUANET, Sérgio Paulo, As razões do Iluminismo, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12.

A razão tem sido rejeitada quando tomada como uma sinédoque: à palavra "razão" parece ter sido colada a etiqueta da razão cartesiana, ou da razão formal, submetida exclusivamente à jurisdição da lógica formal, ou da razão instrumental, ocupada com os meios, e não com os fins. Espírito fundante da modernidade iluminista, Descartes acoplou a idéia de razão à de unidade, pretendendo revesti-la de um estatuto autônomo: "Da mesma forma que o Sol é o único sol que ilumina todas as coisas, a razão também é única", dirá Husserl, citando Descartes em sua famosa "Conferência de Viena"[55], do que decorrerá, como conseqüência, o totalitarismo da razão única, monológica, já que a ideologia totalitária se reduz à "lógica de uma idéia" que convence mediante o encadeamento de deduções a partir de uma premissa falsa ou mentirosa[56]. Porém, não devemos seguir a perigosa trilha da sinédoque, tomando a parte pelo todo: agora já não mais se trata de uma subserviência à razão iluminista, totalitária e excludente, nem da razão instrumental, "cuja competência se esgota no ajustamento de meios a fins"[57], nem mesmo de uma razão limitada ao ajustamento às categorias da lógica formal, que se ocupa da forma, mas não da substância[58]. A nossa modernidade requer uma *razão sensível, substantiva, processual e comunicativa.* Esclareçamos essas expressões:

A *razão sensível* é a que ultrapassa a tradicional cisão entre o sujeito e o objeto, percebendo o *intermundo* de Merleau-Ponty[59]. É o que, em outras palavras, apontara Reale, ao situar a relação entre objeto do conhecimento e o sujeito cognoscente na *"circunstancialidade em que o conhecimento se processa*[60]", isto é, na experiência não apenas vivida, mas tomada como fonte de extração de sentidos. A *razão substantiva* é aquela capaz de pensar fins e valores[61], a que considera o homem como um projeto - sujeito a condicionalismos, por certo, mas voltado à concreção de virtudes. E, por fim, a *razão processual e comunicativa* é a que não se fecha sobre si, não é axiomática, mas está aberta ao devir e à interação das instâncias culturais.

---

[55] A referência está em NOVAES, Adauto. A lógica atormentada, em A Crise da Razão. (org.). NOVAES, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 13.

[56] A proposição, que é de Hannah ARENDT, foi retomada por LEFORT, Claude. O imaginário da crise, em A Crise da Razão. (org.). NOVAES, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 29.

[57] ROUANET, Sérgio Paulo, As razões do Iluminismo, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12.

[58] Acerca das insuficiências da razão, entendida como categoria exclusivamente lógico-formal ,para o trabalho do jurista, veja-se HABA, Enrique. Racionalidad y Método para el Derecho: es eso posible? Em Doxa, vols. 7 e 8,pp.169-247 e 241-269, Alicante, 1990.

[59] Citado por NOVAES, Adauto. A lógica atormentada, em A Crise da Razão. (org.). NOVAES, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 16.

[60] Entre outras obras de Reale que tratam do "a priori cultural" veja-se Paradigmas da Cultura Contemporânea, São Paulo, Saraiva, 1996.

[61] ROUANET, Sérgio Paulo, As razões do Iluminismo, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12.

Por isto é que, em contraposição ao irracionalismo que domina a Teoria Pós-Moderna, proponho – recepcionando a expressão de Habermas, que alude à *razão comunicativa*[62]- compreender-se, contemporaneamente, a categoria da razão como denotativa de uma racionalidade atenta aos condicionamentos materiais e psíquicos da ação humana, aos entrelaçamentos entre saber e poder, postos a nu por Max, Freud, Adorno e Foucault[63], e, portanto, de uma racionalidade elástica, não-axiomática, e, bem assim, flexível, que conduza a um método jurídico dotado das mesmas virtudes[64]. Daí a idéia de uma "racionalidade comunicativa". E daí porque os instrumentos que a expressam, juridicamente, devem estar abertos à intertextualidade, permitindo a construção de mecanismos de freios e contrapesos a esses condicionalismos.

Essas conotações dadas à razão, em nossa modernidade, parecem-me adequadas para visualizar, do ponto de vista metodológico, o novo Código Civil, evidenciando o que nele deriva do culturalismo de Reale. A idéia de a experiência jurídica se ir continuamente formando e completando, em acordo aos dados culturais prevalecentes – dados da comunicabilidade humana – está expressa na estrutura, na metodologia e na linguagem do novo Código Civil. Esta é diversa da empregada no Código de Bevilaqua que encerrava, ainda, (perfazendo o modelo da Codificação oitocentista), a "razão totalitária" ou monológica, fundada na pretensão de completude lógica e legislativa que acabou realizando o *modelo da incomunicabilidade.*

O novo Código, pelo contrário, atento à processualidade da experiência, instaura a "razão comunicativa" ao *situar a permanente, mas coordenada, intertextualidade* entre o seu *corpus* e outras fontes, jurídicas e extra-jurídicas, produtoras de normatividade social, conformando, pois, o *modelo da complementaridade intertextual.*

---

[62] HABERMAS propõe, na verdade, a categoria da "ação comunicativa" e de uma "racionalidade comunicativa" (vide Teoria de la Acción Comunicativa – racionalidad de la acción y racionalización social, tradução de Manoel Jiménez Redondo, Madri, Taurus, 2ª edição, 2001, pp. 70 a 136), expressões que, no contexto de sua obra, conotam a idéia de ser a razão validada consoante o contexto,e na medida em que aceita num processo argumentativo,levado a cabo sem deformações externas ou internas. Em síntese muito apertada, HABERMAS propõe operar a razão num meio lingüístico que se reflete, como tal, nas relações entre o homem e o mundo. A ação humana, concomitantemente situada no mundo objetivo e no mundo subjetivo, é uma ação reflexiva, situando-se, então, a problemática da racionalidade, como um "mecanismo de coordenação da ação humana". Utilizo a expressão "razão comunicativa" em outro contexto filosófico porque é diverso, na comparação entre HABERMAS e REALE, o papel e a compreensão da cultura, embora a expressão, por si só, pareça-me de grande expressividade para situar a idéia do Código como uma ordenação jurídica flexível e racional, processual e interdisciplinar, "comunicativa", nessas acepções, com as demais instâncias culturais.

[63] Veja-se a análise de ROUANET, Sérgio Paulo, As razões do Iluminismo, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12 e ss.

[64] Não se confunda, porém, "racionalidade" e "método", embora, por vezes, os dois termos apareçam equívocos, como adverte HABA, Enrique. Racionalidad y Método para el Derecho: es eso posible? Em Doxa, vol. 7, p. 171 e 172.

Essa comunicação intertextual está fundada em bem determinados princípios – o da socialidade, da eticidade e da operabilidade -, e é possibilitada pela conexão entre a *estrutura* (fundada numa Parte Geral que inicia com a invocação não-taxativa dos Direitos da Pessoa, seguida de uma Parte Especial constituída por cinco Livros, todos eles correlacionados à Parte Geral) e uma *linguagem aberta*[65].

A abertura semântica é garantida pela existência de cláusulas gerais estrategicamente colocadas, permitindo a apreensão de três ordens de conexão sistemática, a saber: a) conexões intra-sistemáticas; b) conexões intersistemáticas; c) conexões extra-sistemáticas.

Tradicionalmente o Código – o Código oitocentista, portador da "razão totalitária", excludente de quaisquer fórmulas de comunicação entre o jurídico e as demais instâncias sociais – comportava tão somente conexões intra-sistemáticas. Isto significa dizer que as suas normas, quando não-vistas como mônadas leibnizianas, interagiam quase que exclusivamente entre si. A comunicação com as demais normas do Ordenamento operava exclusivamente ao modo formal, segundo os cânones da lei no tempo, da lei no espaço, e da hierarquia das fontes legislativas.

A concepção realeana dos modelos jurídicos provoca uma substancial modificação nesse rígido esquema formal. Não apenas as normas se estruturam como modelos, estando abertas para o futuro, como os modelos interagem entre si, numa complexidade *ordenada e sinalizada* pelo valor a tornar concreto na situação a ser resolvida. Tomo como exemplo a modelagem da responsabilidade civil.

O modelo anterior, do Código de 1916, concentrava no art. 159 os pressupostos e a conseqüência da responsabilidade subjetiva (dever de indenizar). Nos arts. 1.518 a 1.532 estava a definição de algumas espécies.

Agora, na Parte Geral, dão-se apenas as condições da ilicitude - um dos pressupostos da responsabilidade civil (arts. 186 e 187) - cujo conteúdo material é *renovado*: a ilicitude não é apenas "ilegalidade", não está atada exclusivamente à conseqüência indenizatória, pressupõe uma idéia de direito subjetivo como *integração de liberdades coexistentes*, como algo que já nasce "conformado" no jogo de ponderações entre os diferentes princípios que se põem como vetores axiológicos fundamentais do ordenamento. Assim, deve ser concretizada a noção de ilicitude a partir de conceitos semanticamente abertos, como "conduta contrária a boa-fé", ou "ato desviado do fim econômico-social do negócio"[66], desta forma se alargando

---

[65] Para o exame da estrutura e da linguagem do novo Código, permitimo-nos remeter ao texto "O Novo Código Civil – em busca da "ética da situação", em MARTINS-COSTA, Judith, e BRANCO, Gerson. Diretrizes Teóricas do novo Código Civil, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 95-130.

[66] Para o exame da estrutura e da linguagem do novo Código, permitimo-nos remeter ao texto "O Novo Código Civil – em busca da "ética da situação", em MARTINS-COSTA, Judith, e BRANCO, Gerson. Diretrizes Teóricas do novo Código Civil, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 95-130.

extraordinariamente o campo semântico da ilicitude à vista de determinados valores objeto da tutela do ordenamento jurídico para coibir-se o uso inadmissível de posições jurídicas.

Como se percebe, a diferença do modelo anterior (que conotava automaticamente a ilicitude civil ao dano e ao dever de indenizar) é imensa. Se na Parte Geral estão as condições da ilicitude (arts. 186 e 187), a obrigação de indenizar ganhou autonomia (arts. 927 a 943), demonstrando que, embora seja a mais corriqueira e relevante conseqüência da ilicitude civil, não é, contudo, o seu único efeito. Separadamente, tratou-se da indenização (arts. 944 a 954).

Marquemos o significado da autonomização da obrigação de indenizar, que encontra paralelo no Código Civil português. Como assinala Almeida Costa, em referência ao Código Português, "trata-se de uma importante novidade de ordem sistemática"[67], pois se reúne, num único instituto, os princípios relativos aos efeitos da responsabilidade civil, que são comuns às suas várias modalidades (contratual, extracontratual, pré-negocial, pós-negocial, subjetiva, objetiva). Essa disciplina unitária abarca universo extenso, recortando-se, no Título IV, a responsabilidade que deriva do inadimplemento de obrigação, a qual, todavia, não está afastada, seja ontologicamente, seja na principiologia e em numerosas regras concernentes ao regime jurídico do universo geral da responsabilidade por danos.

A esta estrutura inovadora combina-se um novo conteúdo material. Para além do alargado campo da ilicitude, antes apontado, foram incorporados, à responsabilidade civil, vários princípios dotados de elevada carga axiológica: exemplificativamente, o *princípio da eqüidade*, estabelecido no parágrafo único do art. 928, em caso de dano causado por incapaz; o *princípio da proporcionalidade*, contido no parágrafo único do art. 944; o princípio da *gravidade da culpa concorrente da vítima*, posto no art. 945, e ainda as regras especiais a certos tipos de dano dos arts. 948 a 954, além da importantíssima cláusula geral de *responsabilidade objetiva pelo risco*, a teor do parágrafo único do art. 927, assentada na noção de *estrutura social*.

É justamente aí, no parágrafo único do art. 927, que está mais fortemente marcada a concepção culturalista. O novo Código institui espécie de *cláusula geral de responsabilidade objetiva* ao determinar o nascimento do dever de indenizar, independentemente de culpa, não apenas nos casos especificados em lei, mas também *'quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem'*.

---

[67] ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Direito das Obrigações. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 692.

Em outras palavras, é a noção metajurídica de 'atividade normalmente exercida pelo autor do dano, que implique risco', a ser necessariamente concretizada pelo intérprete, que definirá qual o regime aplicável à responsabilidade, o que permite a construção progressiva de várias espécies de responsabilidade por danos, conformando uma visão prospectiva da experiência jurídica, da norma como "experiência normada".

Em suma, a estrutura dada à responsabilidade civil enseja traçar conexões intra-sistemáticas (sendo preciso, para definir o regime aplicável, conectar várias normas do Código); intersistemáticas (reenviando para outros estatutos normativos, como a Constituição, em tema de danos à pessoa, ou ao Código de Processo Civil); e extra-sistemáticas (atirando para fora do sistema jurídico, avaliando, por exemplo, a proporcionalidade entre a conduta culposa e o efetivo dano, segundo dados estatísticos). Do desenho traçado por essas conexões é que, conforme a situação de fato e do valor incidente, modelar-se-á a normativa incidente, e se estabelecerá a medida do dever de indenizar.

Aliás, o Código é pródigo ao estabelecer conexões extra-sistemáticas, enviando o intérprete para fora do sistema jurídico na medida em que deve buscar dados nos demais sub-sistemas sociais (Sociologia, Engenharia, Economia, Medicina, Estatística, Biologia, Informática, etc.,) para completar a estatuição das normas "parcialmente em branco" que contém, conferindo, assim, amplo espaço de concreta normatividade aos *usos* e direcionando a autonomia privada à função social e a outros ditames éticos, como a boa-fé (*v.g*, arts 113, 128, 187, 421, 422).

Por fim a nova lei requer, permanentemente, a conexão com elementos intersistemáticos, o que marca a sua intertextualidade. Tomo como exemplo o art. 21, segundo o qual "*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*": isto está a significar que o juiz tem o dever de determinar a providência que, à vista das circunstâncias, entenda mais adequada à *otimização do conteúdo* da norma protetiva, podendo essa providência consistir na adoção de medida cautelar, antecipatória da tutela definitiva, a imposição de *astreintes*, de obrigação de não-fazer, de perdas e danos ou outras medidas contidas no Código de Processo Civil.

Daí sairá desenhado o modelo concreto – a perfazer-se *naquele caso* - da ligação intersistemática entre o Código Civil e a garantia constitucional fundamental à vida privada e à intimidade, e também com as normas processuais, que são um importantíssimo meio de dar efetividade aos direitos fundamentais, possibilitando abarcar casos de ferimento à vida privada que são hoje, porventura, tecnicamente inimagináveis.

Observa-se, portanto, que o Código já não sintetiza todo o Direito Civil – e nem pretende fazê-lo. Ele requer uma permanente complementação com as demais normas do sistema, em especial com os Direitos Fundamentais, que espelham a tábua de valores essenciais do sistema, a partir do assentamento de um valor de base, estruturante e

fundante de todos os demais: o da *dignidade da pessoa humana*, o "valor fonte" de todos os valores. Daí a idéia de "construção permanente", que é tipicamente culturalista: não uma construção conceitual ao modo pandectista, mas uma construção atada à experiência social concreta, à "ética da situação[68]".

Conclusão:
Qual a importância da tradução legislativa da concepção culturalista?

Penso que nessa nossa época de relativismo cultural e de louvação do irracionalismo, um Código culturalista tem a virtude de instaurar um *novo padrão de racionalidade no Direito Privado.*

Autores como Habermas[69], Finkielkraut[70], Sebreli[71] e Rouanet[72] têm um ponto em comum: opõem à vertigem irracionalista, ao relativismo cultural (que é, *et pour cause,* relativismo axiológico) e à postura anti-histórica (porque marcadamente historicista), a *racionalidade* como única via para o exercício da crítica, para a não-submissão à facticidade, para o não-conformismo, para a abertura de uma ordem que é taxionomia, ordem humana, humanamente arranjada.

Concordando com esses autores, penso que o novo Código tem a missão, fundamental, de assegurar a racionalidade no Direito. Mas penso, igualmente, que essa é uma racionalidade que não é mais aquela da razão iluminista ou monológica,que marcou a Codificação oitocentista.

---

[68] Assim o nosso "O Novo Código Civil Brasileiro: Em Busca Da "Ética Da Situação", em Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil, MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson, São Paulo, Saraiva, 2002.

[69] Veja-se, em especial, HABERMAS, Jürgen. Teoria de la Acción Comunicativa – racionalidad de la acción y racionalización social, tradução de Manoel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 2ª edição, 2001; A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos, tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001;

[70] FINKIELKRAUT, Alain, La défaite de la pensée, Paris, Gallimard, 1987.

[71] SEBRELI, Juan José. El Asedio a la Modernidad - crítica del relativismo cultural, Buenos Aires, Sudamericana, 1991.

[72] ROUANET, Sérgio Paulo, As razões do Iluminismo, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000,

Uma racionalidade comunicativa – como a que o novo Código pode assegurar – não interdita a possibilidade de controvérsias, motivo pelo qual o raciocínio tópico não lhe é adverso: os princípios, insertos nas cláusulas gerais do Código, funcionam como *loci*, como *pontos de partida* para a formação do raciocínio, como "lugares-comuns" para o andar em torno ao problema, na busca de sua solução[73]. Essa racionalidade não se quer matematicamente lógica, nem burocraticamente instrumental: ao contrário, tem "jurisdição sobre o mundo dos valores e dos fins"[74], porque, como explica Rouanet, o universo das normas está sujeito aos mesmos critérios de racionalidade processual que o universo dos fatos e "nos dois casos, só a argumentação racional pode decidir da validade de uma afirmação que se pretende verdadeira, ou de uma norma que se pretenda justa[75]".

Por que um Código aberto, polarizado por valores, é apto para instrumentalizar esta razão? Em outras palavras, em que medida essa metodologia e uma nova linguagem, fundada em princípios e cláusulas gerais, assegura ao Código Civil uma "racionalidade comunicativa" fundada numa ética de princípios?

Penso que assim ocorre porque o Código configura um sistema aberto e móvel, sendo dotado das válvulas de abertura axiologicamente orientadas. As suas cláusulas gerais, conectadas à sua estrutura, permitem a imediata captação dos valores, notadamente aqueles expressos na tábua axiológica dos direitos fundamentais, e a sua difusão no interior do seu próprio *corpus*, desta feita por meio das ligações intra-sistemáticas. Daí que o Código enseja ao intérprete/aplicador do Direito o dever, e a responsabilidade, de formular, a cada caso, a estatuição, para o que deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos, os elementos que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral. Em conseqüência, as cláusulas gerais situam o Código no plano da concretude e auxiliam a concretizar os Direitos Fundamentais na dimensão da experiência jurídica, dinamicamente considerada como dimensão da cultura.

É dimensão da concretude porque, viabilizando a "*ética da situação*" - o indivíduo situado, e não o ser abstrato[76] - permite, pela concreção judicial dos modelos abertos, a constante alteração do significado e do conteúdo de uma disposição codificada sem modificar a sua letra, evitando, assim, os males da inflação legislativa e da rigidez que, marcando o

---

[73] Tentei demonstrar essa possibilidade ao examinar o raciocínio que tem sido empregado em relação ao *princípio da boa-fé objetiva* em A Boa-Fé no Direito Privado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 364-377.

[74] ROUANET, Sérgio Paulo, As razões do Iluminismo, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p.15.

[75] ROUANET, Sérgio Paulo, As razões do Iluminismo, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 15.

[76] REALE, Miguel, O Código Civil e seus Problemas Fundamentais, São Paulo, Saraiva, 1986.

modelo dos códigos oitocentistas, ensejaram o seu distanciamento do "direito vivente", da experiência jurídica concreta. Só assim, pode o Código Civil cumprir com a sua responsabilidade ética e política de garantir a unidade mínima - conceitual e valorativa - sem a qual se recai numa espécie de neo-exegetismo das leis especiais[77], cada uma sendo entendida como um átomo, mil átomos apontando a direções diversas. Nessa perspectiva, pode o Código assumir a responsabilidade, ética e política, de completar a Constituição, desenvolvendo a função de garantia e proteção da vida civil[78], e atuando como "o fio da razão ordenadora[79]", em torno da qual desenvolve-se a nossa história das relações privadas.

O Código Civil já não tem, agora, o caráter constitucional que tinha na experiência oitocentista, mas retorna ao centro do sistema para cumprir a função de garantia e assumir a responsabilidade de unificar (melhor diríamos: de harmonizar) o caos irracional dos microssistemas[80], promovendo a comunicação, racionalmente ordenada, entre os Direitos Fundamentais e as instâncias normativas infra-constitucionais. Na crise instaurada pela globalização – que é imposição política da (des)razão do mercado – o Código se apresenta, enfim, como continuidade da *cives*, continuidade axiológica, porém, continuidade não-linear, porque os valores que encerra - da socialidade, eticidade e operabilidade - estão em permanente referência histórica .

---

[77] Alerta IRTI que o fenômeno da descodificação e a emergência de leis especiais, que se movem sob o impulso das contingências econômicas ou das emergências políticas, "estranhas a qualquer escrúpulo técnico ou preparação doutrinária, "si esauriscono nella lettura esegetica", conduzindo a métodos de neo-exegese. (em Códice Civile e Società Política, Roma, LATERZA, 3ª edição, 1999. p. 48).

[78] IRTI, Natalino, em Códice Civile e Società Política, Roma, LATERZA, 3ª edição, 1999. p. 14.

[79] A expressão é de IRTI, Natalino, em Códice Civile e Società Política, Roma, LATERZA, 3ª edição, 1999. p. 70.

[80] Assim observa IRTI, Natalino, em Códice Civile e Società Política, Roma, LATERZA, 3ª edição, 1999. p. 15.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

ARENDT, Hannah. *Penser l'événement*, Paris, Bélin, 1989.

ARNAUD, André-Jean. De la globalisation au postmodernisme en droit, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1998.

BALLESTROS, Jesús. Razones a Favor de una Postmodernidad Alternativa (respuesta a Javier de Lucas), *in Doxa- Cuadernos de Filosofia del Derecho*, v. 6, 1989, pp. 301-306.

BORHEIM, Gerd. Crise da idéia de crise, em *A Crise da Razão*. (org.). NOVAES, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, pp. 47-66.

FINKIELKRAUT, Alain. La défaite de la pensée, Paris, Gallimard, 1987.

GHERSI, Carlos Alberto. *Metodologias de la Investigación en Ciencias Jurídicas*, Buenos Aires, GOWA, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa – racionalidad de la acción y racionalización social*, tradução de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 2ª edição, 2001.

HABERMAS, Jürgen. Concepções da Modernidade – um olhar retrospectivo sobre duas tradições, em *A Constelação Pós-Nacional – Ensaios Políticos*, tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001.

HABA, Enrique. Racionalidad y Método para el Derecho: es eso posible? Em *Doxa*, vols. 7 e 8,pp.169-247 e 241-269, Alicante, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa, Dom Quixote, 1998.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*, Milão, Giuffrè, 3ª edição, 1989.

IRTI, Natalino. *Società Civile*, Milão, Giuffrè, 1992.

IRTI, Natalino.*Códice Civile e Società Política*. Roma, LATERZA, 3ª edição, 1999.

LEFORT, Claude. O imaginário da crise, em *A Crise da Razão*. (org.). NOVAES, Adauto. São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, pp. 27-46.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Civil como um "sistema em construção"- as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro, em *Revista dos Tribunais*, v. 753, São Paulo, jul. 1998.

MARTINS-COSTA, Judith, e BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2002.

NOVAES, Adauto. A lógica atormentada, em *A Crise da Razão*. (org.). NOVAES, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, pp. 9-18.

SANTOS, Boaventura: La transición postmoderna: derecho y política, in Doxa-Cuadernos de Filosofia del Derecho, v. 6, 1989, pp. 223-263.

REALE, Miguel.*O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. *Fontes e Modelos no Direito - para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva,1994.

REALE, Miguel. *O Código Civil e seus Problemas Fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1986.

REALE, Miguel. "De Dignatate Jurisprudentiae", in *Horizontes do Direito e da História*, São Paulo, Saraiva, 1977.

REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª edição fac-simile da 2ª edição revista, 1998.

REALE, Miguel.*O Homem e seus Horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª edição, 1997.

REALE, Miguel. *Paradigmas da Cultura Contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1996.

ROUANET, Paulo Sérgio. *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000.

SEBRELI, Juan José. *El Asedio a la Modernidad- critica del relativismo cultural*, Buenos Aires, Sudamericana, 1991.

A Convenção de Haia de 1993 e o regime da adoção internacional no Brasil após a aprovação do novo Código Civil Brasileiro em 2002[1]

Claudia Lima Marques

Professora Titular de Direito Internacional Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg e
Mestre em Direito Civil e Direito Internacional Privado pela Universidade de Tübingen, Alemanha

INTRODUÇÃO

A prudência, o profundo humanismo e a preocupação sincera com o respeito aos direitos fundamentais das crianças adotadas internacionalmente, demonstrados pela Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço, quando da elaboração da Convenção de Haia

[1] Versão atualizada com o PL de 12 de junho de 2002 (Deputado Fiúza) do artigo enviado para o Livro de Homenagem à Profa. Dra. Isabel Magalhães Collaço, da Universidade de Coimbra, Portugal. A autora agradece o convite do Prof. Dr. António Marques dos Santos (Coimbra) para participar de tão honrosa obra e ao Prof. Dr. Michael Will (Saarbrücken), ao Prof. Alfred von Overbeck (Lausanne), ao Primeiro Secretário da Conferência de Direito Internacional Privado, J.A. van Loon (Haia) e ao Prof. Dr. Erik Jayme (Heidelberg) por todo o apoio, incentivo, materiais e segura orientação no tema.

sobre a Cooperação Internacional em matéria de Adoção internacional de crianças de 1993, movem-me a escolher justamente este tema para homenagear a grande jurista lusitana.[2]

A adoção internacional significa no Brasil, hoje, um "des-enraizamento" cultural e social da criança, que é levada para outra sociedade, outra cultura, outra família e outra língua.[3] É a adoção internacional dos anos 90, que ficou conhecida como 'adoção intercultural',[4] para se opor à adoção dos anos 50-70 do século XX, conhecida como adoção 'humanitária'.[5] Atualmente, a preocupação maior do Direito Internacional Privado não é somente 'dar uma nova chance' para esta criança ou indicar a melhor lei para regular a formação desta nova família, visualiza-se muito mais os perigos da transferência internacional[6] e do "des-enraizamento" social das crianças,[7] voltando-se o Direito para assegurar respeito, segurança e bem-estar desta criança, assim como a realização plena de seus direitos

---

[2] Veja os estudos desde a década de 60 sobre o tema de Magalhães Collaço, Isabel, "Sobre o Esboço de convenção da 'Adopção internacional de crianças', emanado da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado', in RFDUL, v. XVI (1963), pp. 207-271.

[3] Assim MARQUES, Claudia Lima, Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts - Eine Analyse des Haager Adoptionsübereinkommens von 1993 im Hinblick auf das deutsche und das brasilianische Recht, Verlag für Standsamtwesen GmbH, Frankfurt-Berlin, 1997,p. 8 e seg.

[4] Sobre o tema já escrevi: " Na adoção internacional a criança não estará somente deixando a sua família biológica para se incorporar a outra, mas deixando definitivamente o seu país ,o seu contexto cultural, a língua que domina, a realidade que conhece ,para ser incorporada a um novo lar localizado no exterior. Da mesma maneira, os adotantes estrangeiros estarão recebendo em seu lar, como filho, uma criança vinda de outra cultura, de outro povo, e até mesmo de outra raça ou cor. A adoção é um momento humano sério e complexo." Veja meu artigo, "Novas Regras sobre a Adoção Internacional no Direito Brasileiro", in Revista dos Tribunais (São Paulo), nr. 692, 1993, p. 9 e o mesmo artigo publicado na versão original, MARQUES, Claudia Lima, Die Reform des internationalen Adoptionsrechts in Brasilien, in: Jayme, Erik (Hrsg.), 2. Deutsch-Lusitanische Rechstage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1994, p. 34 e seg

[5] Assim, menciona 'a origem humanitária da adoção internacional', BRAUNER, Maria Claudia Crespo, "Problemas e perspectivas da adoção internacional em face do Estatuto da Criança e do Adolescente", in Revista de Informação Legislativa (Brasília), n. 122, mai/jul. 1994, p. 173 e a "função social e humanitária de adoção", LIBERATI, Wilson Donizeti, Adoção Internacional, Ed. Malheiros, São Paulo, 1995, p. 20.

[6] Veja Art. 35 da Convenção da ONU de 1989 e Art. 19 da Declaração de 1986, UN Declaration on Social and Legal Principles Relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Forster Placement and Adoption Nationally and Internacionally von 1986 : "Policies should be established and laws enacted where necessary, for the prohibition of abduction and of any other act for illicit placement of children." UN/RES/41/85, p. 5.

[7] Assim também meu mestre , JAYME, Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - Cours général de droit international privé 1995,in: Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye, 1995,II, p. 33 e seg, tese aceita em meu doutorado,veja MARQUES, Subsidiaritätsprinzip, p. 8.

fundamentais.[8]

A adoção de crianças brasileiras por estrangeiros e pessoas domiciliadas no exterior é um tema tão importante no país, que a Constituição Brasileira de 1988 (CF/88), ao assegurar o respeito e a prioridade dos direitos fundamentais das crianças,[9] especifica no § 5° de seu Art. 227: "*A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.*" Assim também a lei interna, o Estatuto da Criança e Adolescente-ECA (Lei 8.069/1990), impõe a subsidiariedade da adoção internacional[10] frente às outras medidas nacionais, destaca a importância de tentar-se a manutenção dos vínculos com a família original[11] e impõe, para qualquer adoção, o princípio do bem estar da criança.[12]

Certo é que o tema desperta o interesse universal, tanto dos países de acolhida das crianças, geralmente países industrializados, como nos países de origem das crianças, como o Brasil. O fenômeno da adoção internacional, que já foi identificado por alguns como o "novo movimento migratório" Sul-Norte e, agora, Leste-Oeste, despertou nas últimas quatro décadas não só a atenção dos Estados envolvidos, mas também das organizações

---

[8]VAN LOON, Johannes Hendrick Albert van, International Co-operation and Protection of Children with regard to intercountry Adoption, in: Recueil des Cours Cours de l' Académie de Droit International de la Haye, vol. 244 (1993 VII), p. 203. Veja sobre a criança como 'sujeito de direitos' na adoção internacional, VEERMAN, Philip E., The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood, Dordrecht 1992 p. 10. Relembre-se aqui as palavras de Dieter Schwab, que a família é hoje um local de encontro de direitos fundamentais: "Treffpunkt von Individualrechten", in SCHWAB, Dieter, Familienrecht im Umbruch, in FamRZ 1995, p. 514

[9] Assim Art. 227 da Constituição Federal: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." Veja, considerando que o Art. 227 da Constituição Federal, assegura direitos fundamentais para os filhos e as crianças, veja PEREIRA, Tania da Silva. Da adoção, in Direito de família e o novo Código Civil, Org. DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha , IBDFAM/Del Rey, Belo Horizonte, 2001, p. 128. Veja, por fim, o Art. 3 do ECA :"a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana...".

[10] Assim, no ECA, o «Art. 31. A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção.»

[11] Assim, no ECA, o « Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária...»

[12] Assim, no ECA, o « Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.»

internacionais.[13] Várias Declarações e Convenções Internacionais foram preparadas, nenhuma, porém, alcançou tanto sucesso[14] como a elaborada pela Professora Magalhães Collaço e o Professor Rui Moura Ramos, como delegados de Portugal: a Convenção de Haia de 1993.[15]

A Convenção de Haia de 1993, incorporada ao direito brasileiro através do Decreto 3.087, de 21 de junho de 1999,[16] obteve um grande impacto no ordenamento jurídico brasileiro justamente por não se tratar de uma Convenção com normas de conflito de leis clássicas, mas sim uma convenção que prioriza normas administrativas e de processo civil. Apesar de originária da comemoração de 100 anos da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, esta Convenção de 1993 não traz normas clássicas de conflito, visa à cooperação administrativa e judicial, permitindo a cada juiz e Autoridade central aplicar seu direito nacional (*forum* determina *jus*), de forma a preservar os interesses e direitos das crianças, bem como combater os perigos da adoção internacional, em especial o tráfico de crianças.

Nasce aí seu grande sucesso,[17] pois mais do que modificar as normas nacionais, no Brasil, sejam as normas presentes no Estatuto da Criança e Adolescente-ECA (Lei 8.069/1990),[18] sejam as do Código Civil de 1917 (ou do novo Código Civil de 2002), a Convenção de Haia de 1993 acabou consolidando as regras nacionais e o regime de centralização e de subsidiariedade da adoção internacional existente no Brasil. Manteve também intactas as regras de conflito, presentes na Lei de Introdução ao Código Civil-LICC (Decreto-Lei 4.657/1942), e de processo civil, presentes no Estatuto da Criança e Adolescente e no Código de Processo Civil (Lei 5.869/1973). O resultado é um pluralismo de fontes a determinar o regime da adoção internacional no Brasil.

---

[13] Assim me manifestei, in Notícia sobre a nova Convenção de Haia sobre Adoção Internacional: Perspectivas de Cooperação Internacional e Proteção das Crianças», in Revista Igualdade- Ministério Público do Paraná (Curitiba), ano IV, nr. XI, abr./jun. 1996, p. 4.

[14] Neste sentido a conclusão também de MARX, Ansgar, «Perspektiven der internationalen Adoption», Dissertation/Univ. Hamburg, 1991, p. 296 e ss.

[15] Destaque-se a importância da presença ativa portuguesa na elaboração desta Convenção, não só pela sua experiência como país de origem de crianças, nas décadas de 60-70, mas também pelo fato do Brasil, há época não fazer parte da Conferência de Haia e ser apenas país-convidado.

[16] DOU 02.06.1999, «Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993».

[17] Veja crítico ao 'utilitarismo'/pragamatismo das últimas Convenções de Haia, LEQUETTE, Yves, Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales, in: Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye, 1994,tome 246, II, p. 51, mas até este autor deixa de fora a Convenção de Haia de 1993.

[18] Sobre a importância do Estatuto da Criança e do Adolescente no direito brasileiro de filiação, veja CURY, Munir (Coord.), Estatuto da Criança e do Adolescente- Comentários Jurídicos e Sociais, Malheiros, São Paulo, 1992, p.11 e seg.

É sobre o regime resultante da aplicação conjunta de todas estas regras, nacionais e internacionais, materiais e processuais, diretas e indiretas, que quero agora discorrer. Dividirei a análise em duas partes, uma primeira dedicada a explicar este diálogo das fontes (na expressão feliz de Erik Jayme),[19] agora mais complexo com a possível entrada em vigor de um novo Código civil em 2003 e, uma segunda voltada mais para a prática da adoção internacional e a concentração nos direitos da crianças, a demonstrar uma certa convergência de todas estas fontes legislativas nacionais e internacionais.

I - PLURALISMO E COMPLEMENTARIEDADE: O DIÁLOGO DAS FONTES EM MATÉRIA DE ADOÇÃO INTERNACIONAL NO BRASIL

Em seu famoso curso geral de Haia, Erik Jayme[20] sustenta que as atuais regras nacionais de direito de família, com a isonomia de direitos dos filhos adotivos e o princípio da subsidiariedade, assim como o direito internacional de família, com o pluralismo de fontes nacionais (autônomas) e internacionais (convencionais e oriunda dos processos de integração), e com o seu pluralismo de métodos, possuem traços pós-modernos.[21] A própria Convenção de Haia sobre a Cooperação Internacional em matéria de Adoção internacional de crianças de 1993, com suas normas administrativas, de cooperação e de processo civil internacional, e sem nenhuma norma de conflito de leis *stricto sensu*, apresenta também estes traços pós-modernos ou fluídos. [22]

Não cabe aqui repetir a teoria de nosso grande mestre de Heidelberg sobre os efeitos da pós-modernidade no Direito,[23] mas homenagear a Convenção de Haia de 1993, mais do que nunca *lex speciales* para a adoção internacional de crianças, após a aprovação

---

[19] Sobre o chamado «diálogo» das fontes, veja JAYME, Erik, Kulturelle Identität und das Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, in IPRAX 1996 (4), p. 237-246 e sobre a internacionalidade e convivência de fontes nacionais e internacionais, van Loon, J.H.A, The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law, in: Fourty years on: the evolution of postwar private international law in Europe, Centrum voor Buitenlands Recht en Internationaal Privaatrecht (Hrsg.), Amsterdam 1990, p. 105.

[20] JAYME, Recueil des Cours, p. 33 e seg.

[21] Veja neste sentido, de micro-códigos, o artigo do AZEVEDO, Antônio Junqueira O Direito pós-moderno e a codificação, in Revista Direito do Consumidor, vol. 33, p. 123 a 129.

[22] Veja sobre os aspectos pós-modernos desta Convenção meu livro de doutorado, Subsidiaritätsprinzip, p. 88 e seg.

[23] Veja também sobre pluralismo „legal" no direito de família, LEMOULAND, Jean-Jacques, Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin, in Dalloz, 1997, nr. 18, Chronique, 1.05.97, p. 133 e seg.

do novo Código Civil brasileiro em 2002, que entrará em vigor em 11 de janeiro de 2003. Note-se que o estudo das normas internas sobre adoção internacional continua válido, pois como afirmei logo após a elaboração da convenção de Haia em 1993: "A finalidade maior deste esforço internacional é criar mecanismos eficientes para assegurar o bem estar da criança adotada, assim como uma situação jurídica estável tanto no seu país de origem, como no país de seus adotantes. Mas, ainda hoje, a segurança jurídica das crianças adotadas internacionalmente depende, em muito, das normas internas sobre adoção, de sua prática e do controle exercido pelo Poder Judiciário do país de origem, assim como, da confiança que estas normas despertam nos países onde os adotantes estrangeiros têm seu domicílio."[24] Vejamos, pois estas normas e as normas da Convenção de Haia.

A. CAMPOS DE APLICAÇÃO DIFERENTES E COMPLEMENTARES

Efetivamente, em matéria de adoção de crianças no Brasil, há um grande pluralismo de fontes, mas os campos de aplicação são diferentes e complementares. As normas materiais encontram-se no Estatuto da Criança e Adolescente e no Código Civil de 1917, as normas de conflito encontram-se na Lei de Introdução, no Estatuto da Criança e Adolescente, Lei 8.68/90 e nos Tratados de DIP, entre eles a CIDIP (Convenção Interamericana sobre conflitos de leis em matéria de adoção de menores, La Paz, 24.05.1984, Decreto nº 2.429, de 17 de dezembro de 1997), a Convenção de Haia de 1993 (Decreto n.3.087, de 21de Junho de 1999), aqui comentada, no Código de Bustamante, na Convenção sobre Rapto ou seqüestro internacional de Crianças (Haia 25.10.1980),[25] sem mencionar as demais convenções sobre os demais perigos ligados à adoção[26] e nas normas da Constituição Federal Brasileira de 1988, as quais estabelecem uma nova ordem pública para a adoção e a filiação e receberam a Convenção dos Direitos da Criança da ONU de 1989.

---

[24] Assim meu artigo, Novas Regras, in RT 692, p. 7 e 8.

[25] Incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto 3.413, de 14 de Abril de 2000, DOU 17.04.2000, «Convenção sobre os Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980

[26] Veja as demais CIDIPs, sobre restituição e tráfico de crianças. Inter-american Convention on internationale traffic in minors, CIDIP-V OEA/Ser.C/VI.21.5, p.58, recebida no Brasil pelo Decreto nº 2.740, de 20 de agosto de 1998, que promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994.. Veja também os exemplos da jurisprudência/realidade brasileira: « HOSPITAL - Responsabilidade civil - Indenização - Subtração de recém-nascido - Comprovação de que a exígua segurança do nosocômio mostrou-se extremamente precária e impotente - Culpa in vigilando caracterizada - Verba devida - Voto vencido. Ementa Oficial: Revelando os autos que a exígua segurança mostrou-se extremamente precária e impotente, tem-se como provada a culpa in vigilando, que autoriza a imputação da responsabilidade civil ao hospital pela subtração de recém-nascido das suas dependências. (1.ª Câm. Civ. do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, EI na Ap 45.093/99 - 1.ª Câm. - j. 15.09.1999 - rel. Des. Valter Xavier - DJDF 09.02.2000.)»

Duas novas fontes legais merecerão nossa especial atenção: a) o novo Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002), promulgado em 10 de janeiro de 2002, que regula diretamente a adoção nacional e deixa a adoção internacional para ser regulada por lei especial (Art. 1629), mas como esta lei especial é ainda inexistente, não evita o pluralismo, a presumir que o Estatuto da Criança e Adolescente continuará a regular a adoção internacional em conjunto com as atuais regras de outras leis e; b) a Convenção de Haia sobre a Cooperação Internacional em matéria de Adoção internacional de crianças de 1993, promulgada pelo Decreto 3.087, de 21 de junho de 1999,[27] a qual , junto às normas do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e da Lei de Introdução ao Código Civil, regula hoje a adoção internacional e tornar-se-á parte desta *lex speciales* no futuro.

1. AS NORMAS MATERIAIS EM VIGOR

As regras sobre a adoção internacional de menores (0-18 anos) encontram-se hoje no Estatuto da Criança e Adolescente, lei especial sobre o tema, e subsidiariamente, no que não colidir com o ECA, no Código Civil de 1917;[28] tudo sob a coordenação da ordem pública instituída na Constituição: adoção com acompanhamento do Estado,[29] regras especiais para a adoção por estrangeiros,[30] isonomia de direitos e qualificações entre filhos adotados e outros filhos,[31] paternidade responsável,[32] prioridade da criança e seus direitos fundamentais

---

[27] DOU 02.06.1999, «Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993».

[28] Veja, por todos, MARMITT, Arnaldo, Adoção, Ed. Aide, Rio de Janeiro 1993, p. 34.

[29] Veja, por todos, SIQUEIRA, Liborni, Adoção no Tempo e no Espaço - Doutrina e Jurisprudência, Ed. Foresne, Rio de Janeiro 1992, p. 96 e seg.

[30] Veja, por todos, CHAVES, Antônio, Adoção internacional e tráfico de crianças, São Paulo, 1994, p. 43 e 44.

[31] Veja meu artigo «Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual- Direito pós-moderno ?», com Ana Cláudia Cachapuz e Ana Vitória da Silva, in Revista dos Tribunais nr. 764 (1999), pp. 11-32. Assim também GISCHKOW PEREIRA, Sérgio. Algumas questões de Direito de Família na nova Constituição, in Revista dos Tribunais, nº 639, janeiro, 1989, p. 231, que enquanto juiz assim esclareceu em ação de investigação de paternidade: "*em nosso sistema jurídico atual é proibido utilizara denominações discriminatórias quanto aos filhos. Não mais há falar em filhos legítimos e ilegítimos: a única classificação possível é entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais (a única, mas significativa diferença, entre estas duas categorias, é que os segundos devem ajuizar ação investigatória de paternidade).*" (RJTJRS nº 175, p.721 - Apelação Cível nº 595163114, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, j. 07.12.1995).

[32] Veja CENEVIVA, Walter, O que é ser pai na Constituição de 1988, in RT642 (1989), p.98 e seg.

(Art. 226 e 227 da CF/88).[33]

O ECA prevê apenas um tipo de adoção, uma adoção plena, por sentença judicial (art. 47 ECA). A nova adoção insere a criança totalmente na família dos adotantes, com os mesmos direitos, inclusive sucessórios, dos outros filhos desligando a criança de qualquer vínculo com os pais e parentes naturais, salvo os impedimentos matrimoniais (art.41 ECA). Esta adoção plena é irrevogável (art. 48 ECA) e terá efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença judicial (art. 47, §1° ECA), possibilitando a mudança do nome do adotado e mesmo de seu prenome, a critério do juiz, se houver pedido do adotante neste sentido (art. 47,§5° ECA).

O ECA tem como princípio a manutenção do vínculo da criança com os pais biológicos,[34] que será tentada através de ações positivas do Conselho tutelar, guarda provisória[35] pelo juiz e colocação em família substituta (Art. 19 e seg. do ECA). Segundo o artigo 31, a colocação em família substituta é medida excepcional, a ser tentada só quando a adoção nacional não é possível para aquela criança. Em outras palavras, o ECA impõe a subsidiariedade[36] da adoção internacional frente às soluções nacionais.

---

[33] Veja as análises precisas de Lira, Tepedino, Villela, Barboza, Fachin, Nick e Moraes destas linhas constitucionais e seus reflexos no direito de família, na obra coordenada por BARRETO, Vicente, A nova família: problemas e perspectivas, Renovar, Rio de Janeiro, 1997.

[34] Assim a prática jurisprudncial, veja a decisão in Revista Jurídica, vol.267, jan. 2000, Ementário 15724 »ADOÇÃO – Indeferimento de pedido de adoção formulado por casal. Busca, apreensão e institucionalização do menor determinados na sentença – Recursos da genitora e do casal. Provimento da apelação da genitora e do casal. Deferimento da guarda definitiva da criança à mãe biológica. Decisão que preconiza os direitos do menor. Convivência familiar constitucionalmente assegurada. Improvimento do recurso dos postulantes à adoção. (Tribunal de Justiiça de São Paulo – AC 049.869.0/3-00 – Rel. Des. Yussef Cahali – Unânime – J. 11.11.1999).

[35] Veja como esta decisão tamb´me é subsidiária na prática da jurisprudência, in Revista Jurídica, vol. 254,dez.98, ementário 14089: «GUARDA E RESPONSABILIDADE PROVISÓRIA - Colocação em família substituta. Revogação diante do interesse demonstrado pela mãe em ter a filha em sua companhia. A guarda poderá ser deferida excepcionalmente, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir eventual falta dos pais ou responsáveis, na forma do disposto no art. 33, § 2° do ECA. Assim, se o ato desafiado corrigiu providência realizada antes da investigação da real situação dos pais da criança e das condições em que esta foi deixada no poder de terceiro, com o único objetivo de atender a uma situação emergencial já superada, não há motivo para a sua modificação. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - AI 719/97 - CM - Rel. Des. Afrânio Sayão - J. 16.04.98).

[36] Revista Jurídica 237, jul. 97, Ementário nr. 12108: « ADOÇÃO - Menor. Casal estrangeiro. Excepcionalidade. Art. 31 da L. 8.069, de 13.07.90. Matéria probatória. Fundamento suficiente da decisão recorrida não impugnado. A colocação de menor em família estrangeira constitui medida excepcional, que somente se justifica depois de exauridas as tentativas para manter a criança na própria família ou colocá-la em família adotiva no próprio país. Acórdão recorrido que, perfilhando tal orientação, não atentou contra o disposto no art. 31 do ECA. Assertiva formulada pelos recorrentes de que foram esgotados todos os meios necessários para colocar o menor em lar substituto nacional. Matéria de prova, insuscetível de reexame no âmbito do apelo especial (Súm. 07-STJ). Fundamento expendido pela decisão recorrida, por si só suficiente, que não foi objeto de impugnação pelos recorrentes. (STJ - REsp. 27.901-3 - MG - 4ª T - Rel. Mín. Barros Monteiro - DJU 12.05.97).

A adoção pelo ECA requer perda do pátrio poder ou consentimento dos pais biológicos, mas a regulação destes institutos será encontrada no código Civil de 1917. Obviamente, as adoções internacionais ficam igualmente submetidas ao princípio do art. 43 do ECA, do interesse superior da criança e só serão concedidas se apresentarem "reais vantagens para o adotando" e, principalmente, fundarem-se 'em motivos legítimos." Neste sentido deve ser entendida a regra do art. 31, que estabelece ser medida excepcional a adoção internacional e o princípio da subsidiariedade (ou, no futuro, no novo Código Civil de 2002). O requisito maior para a adoção é o melhor interesse da criança (*best interest of the child* do art. 43 do ECA.[37] Este princípio maior relativiza os demais requisitos,[38] a exceção do princípio da subsidiariedade, como veremos a seguir.

Quanto aos requisitos gerais para a adoção encontram-se no ECA e, subsidiariamente, no Código Civil de 1917 e são: idade mínima dos adotantes de 21 anos, art. 42 do ECA, diferença de idade entre adotante e adotado de 16 anos entre adotante e adotado (art. 42,§ 3° do ECA), casamento ou estabilidade no estado civil dos adotantes, art. 42 do Estatuto, pois o solteiro, o casado e comprovada a "estabilidade conjugal" (art. 42§2°) ou a união estável (Art. 42 §4°) pode haver adoção, manifestação pessoal de vontade dos adotantes (artigo 39 e 166 ECA), estudo psicossocial dos adotantes (Art. 50, 51 e 167 do ECA), consentimento dos pais biológicos (art. 45 e 165 do ECA) ou processo prévio de destituição do pátrio poder (arts. 23 e 34 do ECA) , manifestação de vontade do adotado, se o adotando for maior de 12 anos de idade (art. 44,§2° do ECA), estágio de convivência (art. 46 ECA) e submissão ao princípio geral do bem estar do adotando (art. 43 do ECA).[39]

O ECA, conforme o Art. 51, § 4°, só permite a saída de crianças brasileiras do país após a adoção (sentença definitiva) e criminaliza a tentativa de burlar tal proibição (Art. 85 e 239 do ECA).[40]

2. AS NOVAS NORMAS MATERIAIS: O NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002

[37] A regra do Art. 43 do ECA é: «A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.»

[38] Veja decisão: «ADOÇÃO - Inobservância de requisito do § 3° do art. 42 do ECA - Vantagem para o menor - Atenuação do rigorismo formal da lei. Se a adoção é vantajosa para o menor, é de ser deferido seu pedido, ainda que não ocorrente a diferença etária entre adotante e adotando, requisito constante do § 3° do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista que, diante da finalidade precípua da adoção, que é o bem-estar do adotando, deve ser atenuado o rigorismo formal da lei. (TJMG - AC 4.779/5 - 4ª C - Rel. Des. Caetano Carelos - DJMG 05.11.94, in Revista Jurídica, nr. 209 - MAR/95 - JURISPRUDÊNCIA CÍVEL-ementário nr. 9046, p.82).

[39] Veja, por todos, DA SILVA, Artur Marques Filho, O regime jurídico da adoção estatutária, São Paulo,Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 65 e seg.

[40] Veja a importância destas normas no combate ao tráfico de crianças, in LIBERATI, p. 25. No direito brasileiro são 3 os crimes ligados ao tema: envio ilegal de crianças e adolescentes para o exterior (Art. 239 do ECA), intermediação pecuniária e criminosa da adoção (Art. 239) e falso registro de nascimento feito pelo adotante (adoção à brasileira), previsto no Código Penal (art. 242 do CP), veja detalhes de cada um in LIBERATI, p. 197 a 202.

EM DIÁLOGO COM AS LEIS EXISTENTES E A PREVALÊNCIA DAS LEIS ESPECIAIS

O novo Código Civil, na versão aprovada, para entrar em vigor em janeiro de 2003, parece ter aberto mão de regular a adoção internacional, preferindo remeter o aplicador da lei para a 'lei especial", no caso, as normas hoje existentes no ECA , na LICC e na Convenção de Haia de 1993 (Decreto 3.087/99). O texto do novo Código Civil esclarece: *"Art. 1.629. A adoção por estrangeiro obedecerá aos casos e condições que forem estabelecidos em lei."* De outro lado, é inegável que as normas do novo Código Civil Brasileiro trarão reflexos na adoção internacional, principalmente nos temas não tratados pelo ECA e hoje, tratados pelo Código Civil de 1917, que também nada fala sobre a adoção internacional. Sendo assim, até que se legisle novamente, e especificamente, sobre a adoção internacional, as regras do novo Código Civil, que entrarão em vigor em 11 de janeiro de 2003 são subsidiárias às normas do ECA em caso de adoção internacional e de interesse para nosso estudo.

O novo Código Civil brasileiro regula o parentesco por adoção (Art. 1593 e seg.) e repete o princípio constitucional da isonomia de direitos e qualificações entre todos os filhos (Art. 1593)[41] e nas sucessões,[42] mas deixa para a lei especial acompanhar a adoção por estrangeiros.

Os critérios gerais para a adoção nacional encontram-se nas normas do novo Código Civil: idade mínima de 18 anos para os adotantes (art. 1.618);[43] uma diferença

---

[41] Veja-se texto do Art. 1.593 do novo CCBr.: «O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou adoção.» O Art. 1596 do dispõe: «Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.»

[42] Veja a importância desta norma na prática, face as antigas adoções simples no Brasil na decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,Ap. Cível nº 595025859, TJRS, 8ª Câm. Cív., cuja ementa é: "FILHA ADOTIVA. Direito à herança. Pedido de reconhecimento de herdeira cumulado com petição de herança. Adoção de menor mesmo anterior à Constituição Federal de 1988, confere ao adotado o direito de suceder em igualdade de condições com o filho biológico. A modificação da lei sujeita nos efeitos jurídicos a adoção, porquanto as disposições de um estatuto legal subordinam-se às leis sucessivas. A volição das partes age na formação do ato, mas não no que tange aos efeitos, quando alterados por lei posterior, havendo pouco espaço para as noções de direito adquirido e de ato jurídico perfeito." A jurisprudência é geralmente a favor dos filhos adotados, veja exceção em decisão do Superior Tribunal de Justiça, in Recurso Especial 9574/BA, j. 04.08.1992, Min. Athos Carneiro e in Recurso Especial 38545/SP, j. 16.12.1996, Min. Waldemar Zweiter. Veja caso internacional, envolvendo brasileira adotada de forma simples na Espanha e que recebeu direitos sucessórios totais, decisão do Superior Tribunal de Justiça, in Recurso Especial 61434/SP, j. 17.06.1997, Min. Cesar Asfor Rocha. O mesmo STJ, porém, para beneficiar a filha adotada utilizou as regras do Código Civil de 1917 da adoção simples para manter o parentesco com o pai biológico morto e deixar a pensão para a filha adotiva, veja Recurso Especial 201.469/RJ, j. 13.04.1999, Min. Edson Vidigal.

mínima de 16 anos entre adotante e adotado (art. 1.619); em caso de adoção conjunta por duas pessoas, o seu casamento ou união estável (art. 1622); o consentimento dos pais biológicos ou seus representantes (art. 1621) e do adotando maior de 12 anos (Art. 1621) ou, em caso de abandono, a destituição do pátrio poder (art. 1621, §1° e Art. 1624). A adoção é plena (Art. 1626) e "somente será admitida" se "constituir efetivo benefício para o adotando". (Art. 1625). Os efeitos da adoção não são mais limitados (art. 1626 e 1628) assemelhando-se aos do ECA. há possibilidade de mudar o prenome (art. 1627).

Em resumo, tanto o ECA, como o novo Código Civil prevêem apenas um tipo de adoção, uma adoção plena, por sentença judicial para maiores e menores, com presença do Ministério Público (art. 1623 NCCBr. e art. 47 ECA). A nova adoção insere a criança totalmente na família dos adotantes, com os mesmos direitos, inclusive sucessórios, dos outros filhos desligando a criança de qualquer vínculo com os pais e parentes naturais, salvo os impedimentos matrimoniais (art.41 ECA e 1626 NCCBr.) . Esta adoção plena é irrevogável (art. 48 do ECA), os consentimentos dos pais biológicos são revogáveis até a sentença (Art. 1621 NCCBr.) e a adoção terá efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença judicial (art. 47, §1° do ECA e Art. 1628 NCCBR.), possibilitando a mudança do nome do adotado e mesmo de seu prenome, a critério do juiz, se houver pedido do adotante neste sentido (art. 47,§5 e1627 NCCBr.).

No capítulo referente à proteção da pessoa dos filhos, em caso de separação judicial ou divórcio (Art. 1538 a 1590 NCCBr.) o novo Código Civil não faz nenhuma diferenciação entre filhos adotados e naturais.[44] O novo Código Civil não afeta diretamente a adoção internacional, mas se afetasse em nada mudaria, pois pauta-se pelos princípios do ECA e da CF/88, de "manutenção do vínculo", isonomia entre filhos[45] e de bem-estar e interesse superior da criança.[46]

Em 12 de junho de 2002, o deputado Ricardo Fiúza apresentou à Câmara projeto de lei visando modificar 150 artigos da Lei 10.406/2002. Este projeto, se aprovado, modificará substancialmente a análise antes realizada, pois integra no CC/2002 um artigo específico

---

[43] Aqui parece-me que a idade mínima continua sendo, para adoção internacional, os 21 anos do ECA e não os 18 anos previstos neste Art. 1618 do Novo Código , que só terá aplicação subsidiária.

[44] Veja-se o Art. 1.584: "Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la .Parágrafo único - Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica."

[45] Interessante observar que o novo Código Civil expande os impedimentos matrimoniais para os filhos adotados. O Art. 1521 do NCCBr. proíbe o casamento entre ascendentes e "descendentes, seja o parentesco natural ou civil "(I), entre "o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante (III) e entre "o adotado com o filho do adotante" (V).

[46] O Art. 1625 NCCbr. dispõe: «Somente será deferida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotado.»

sobre a adoção internacional, revogando o ECA, neste tema, mas repetindo no referido Art.1629, as normas hoje presentes no ECA. O texto modificativo seria o seguinte:

"NRArt. 1.629. A colocação do menor em família substituta estrangeira residente e domiciliada no exterior constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade da adoção.

Parágrafo 1° O estrangeiro residente e domiciliado fora do País, que se candidatar a adoção, deverá comprovar, mediante documento expedido pela autoridade competente do respectivo domicílio, estar devidamente habilitado à adoção, consoante as leis do seu país, bem como apresentar estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem;

Parágrafo 2° A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá determinar a apresentação do texto pertinente à legislação estrangeira, acompanhado de prova da respectiva vigência;

Parágrafo 3° Os documentos em língua estrangeira serão juntados aos autos devidamente autenticados pela autoridade consular, observados os tratados e convenções internacionais, e acompanhados da respectiva tradução juramentada;

Parágrafo 4° A adoção internacional poderá ser condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente, sem prejuízo dos requisitos mencionados nos parágrafos anteriores.

Parágrafo 5° Competirá à comissão referida no parágrafo anterior manter registro centralizado de interessados estrangeiros em adoção;

Parágrafo 6° Em caso de adoção por estrangeiro residente e domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de no mínimo quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade;

Parágrafo 7° Antes de consumada a adoção, não será permitida a saída do adotando do território nacional ".

Como se observa, mesmo que aprovado tal projeto modificativo, as normas materiais e administrativas sobre a adoção internacional continuariam as mesmas, agora presentes no ECA, apenas a complexidade do sistema jurídico braisleiro seria diminuída, encontrando-se no CC/2002 as nomas sobre a adoção nacional e internacional. Como o projetado Art. 1.629 nada menciona sobre a Convenção de Haia, apenas repete as normas do ECA, que seriam ali sistematizadas, presume-se que nesta Convenção e nas normas sobre conflitos de leis no espaço deveremos concentrar nossa atenção.

B. LEI APLICÁVEL À ADOÇÃO POR ESTRANGEIROS RESIDENTES OU DOMICILIADOS FORA DO PAÍS

As regras brasileiras de conflito de leis encontram-se na Lei de Introdução ao Código Civil-LICC, Decreto-Lei 4.657, de 4.9.1942,[47] além do que há normas de aplicação imediata no próprio ECA, normas indiretas e materiais nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Entre os tratados, três destacam-se: a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança de 1990, a Conferência Intermamericana de 1984-CIDIP e a Convenção de Haia de 1993.

1. OS TRATADOS INTERNACIONAIS E AS NORMAS DE CONFLITOS DE LEIS

A Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança de 26 de janeiro de 1989 é da mesma época do ECA, foi incorporada no direito brasileiro através do Decreto 99.710, de 21.11.1990. Esta convenção assegura direitos fundamentais à criança, recebidos pela ordem jurídica brasileira, *ex vi* Art. 5,§2° da Constituição Federal de 1988, dentre os quais destaca-se o de isonomia, prioridade, direito à identidade cultural, nacionalidade e assegura que os países signatários combaterão o tráfico de crianças e o seqüestro com finalidade de adoção (Art. 11 e Art. 35) e que a adoção internacional será medida subsidiária (Art. 21 lit. b *in fine).* Por força desta Convenção da ONU, a competência para os crimes de tráfico de crianças é, hoje, da Justiça Federal (Art. 109, V da Constituição Federal).[48]

Quanto a CIDIP-III de 1984 sobre adoção internacional de menores,[49] destaque-se que as normas de conflito de leis propostas por esta Convenção Interamericana condizem com a tradição brasileira, podendo complementar sem choques as regras da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro: lei da residência habitual do menor como lei geral, lei para reger os requisitos da adoção, formalidade e procedimentos (Art. 3° da CIDIP-III), lei do domicílio dos adotantes para reger sua capacidade e requisitos outros de

---

[47] Decreto-Lei 4.657, 4.9.1942, Diário Oficial da União de 9 de setembro 1942, a chamada «Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro».

[48] Assim decisão do STJ: " RHC 6322/PB, Min. Anselmo Santiago, j. 21/10/1997 : "Tráfico internacional de crianças. ... Competência da Justiça Federal.... 2. Tendo o Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n. 28, de 24.09.90 e o governo federal, por força do Decreto n. 99.710, de 21.11.90, incorporado ao direito pátrio os preceitos contidos na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, não mais há de se discutir sobre a competência da Justiça Federal em casos de tráfico internacional de criança, aplicando-se a hipotese o art. 109, V da CF/88." (in RT 748/571). Veja no mesmo sentido, RHC 4.243/RJ, DJU 08.05.1995, Min. Cid Flaquer Scartezzini.

[49] Veja sobre a CIDIP-III, «Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores», de La Paz, de 24 de maio de 1984, a obra de TELLECHEA, Eduardo Bergman, «El Nuevo Derecho Internacional Privado Interamericano sobre Familia y Proteccion Internacional de Menores», FCU,Montevideo, 1991, p.71ss.

sua lei (Art. 4º da CIDIP-III).[50]

Mencione-se que o Código de Bustamante está muito superado neste tema, mas ainda é usado para reforçar a concentração na lei pessoal do filho em matéria de estado e personalidade (Art. 64 do Código de Bustamante)[51] e de forma da adoção (Art. 3 do Código de Bustamante). [52]

Quanto à Convenção de Haia de 1993, suas normas concentram-se na divisão de competências entre as autoridades de cada um dos países cooperantes. Segundo dispõe o artigo 1º da Convenção de Haia de 1993, esta visa:

"a) estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas levando em consideração o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais, que lhes reconhece o direito internacional;

b) instaurar um sistema de cooperação entre os estados contratantes que assegure o respeito as ditas garantias e, em conseqüência, previna o seqüestro , a venda ou o tráfico de crianças;

c) assegurar o reconhecimento nos Estados contratantes das adoções realizadas segundo a convenção."[53]

A própria definição de adoção internacional da Convenção (Art. 2º) advém da necessidade de transferência internacional da criança e a insegurança que isto causa aos direitos desta.[54] A opção da convenção foi, pois, de procurar impor suas regras mínimas de cooperação e de ética a todas as adoções internacionais, centrando sua atenção no "deslocamento" internacional da criança, sem valorar (positiva ou negativamente) as normas internas nacionais (as normas imperativas materiais e as normas de conflitos de leis), que continuam a vigorar, agora reforçadas pela competência assegurada às autoridades locais e autoridades centrais dos países. Certo é que, em todos os casos de transferência internacional da criança (chamada de deslocamento) mister a proteção

---

[50] Veja LIBERATI, p. 297 e seg.

[51] Assim ESPINOLA, Eduardo e ESPINOLA, Eduardo Filho (atualizada por Silva Pacheco), A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, vol.2º- arts.7º a 9º, 3ª Edição, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 310 e 314.

[52] Assim CHAVES, p. 164.

[53] Extrait de L'Acte Final de la Dix-Septième Session signé le 29 mai 1993, in: Actes et Documents, vol. II, Conférence de la Haye, 1994, p. 522.

[54] Art.2 dispõe: «1. A Convenção será aplicada quando uma criança com residência habitual em uma Estado contratante («o Estado de origem») tiver sido, for, ou deva ser deslocada para outro Estado contratante («o Estado de acolhida»), quer após sua adoção no estado de origem por cônjuges ou por uma pessoa residente habitualmente no estado de acolhida, quer para que essa adoção seja realizada no estado de acolhida ou no Estado de origem. 2. A Convenção somente abrange as adoções que estabeleçam um vínculo de filiação.»

desta criança, a criar a necessidade de uma efetiva cooperação entre as autoridades nacionais envolvidas para assegurar o melhor *status* possível e a mais efetiva proteção aos direitos desta criança.

Assim mantém-se a regra interna brasileira (*ex vi lege* art. 31 ECA), de que as adoções internacionais de crianças domiciliadas no Brasil serão pronunciadas necessariamente pelos juizes brasileiros e a criança só deixará seu país de origem após a sentença de adoção. O art. 28 da Convenção é claro ao afirmar que o espírito e o objetivo da nova Convenção não é revogar ou derrogar "nenhuma lei de um Estado de origem que requeira que a adoção de uma criança residente habitualmente no Estado tenha lugar nesse Estado, ou que proíba a colocação da criança no estado de acolhida ou seu deslocamento ao estado de acolhida antes da adoção."

2. AS NORMAS AUTÔNOMAS DE CONFLITOS DE LEIS

Aplicável às adoções de crianças realizadas pelo juiz brasileiro é a lei de domicílio da criança, [55] assim definida pelo Art. 7° e seus parágrafos 7° (domicílio de quem detêm a guarda da criança) e 8° (elemento de conexão subsidiário, a residência ou o lugar em que se encontre) da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942.

Somente para a questão prévia, sobre a capacidade dos pais adotivos para adotar , aplicar-se-á a lei de seu domicílio (Art. 7° caput, da Lei de Introdução ao Código Civil e Art. 51 do ECA). Opiniões contrárias a este posicionamento existiram até a década de 70, considerando aplicável a lei do domicílio dos pais adotivos, como até hoje o fazem os países do primeiro mundo. [56] Em verdade é o *status* do filho que se modifica drasticamente na adoção e a concentração do direito internacional privado deve ser na criança. Como já ensinava Clóvis

---

[55] Assim VALLADÃO, Direito Internacional Privado, vol. II, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1983, p. 138 e seg. Veja também MARQUES, Die Reform , p. 34.

[56] Assim defendendo a lei pessoal dos adotantes CASTRO, Almilcar , Direito Internacional Privado, atualizado por Osiris Rocha, 5ed., Ed. Forense Rio de Janeiro, 2001, p. 406 e a cumulação de leis, ESPÍNOLA/ESPINOLA, p. 314. Contra, já antes da Constituição de 1988, os ensinamentos de VALLADÃO, vol.II, p. 168.

Beviláqua: "*é à lei nacional dos filhos que se deve atender, porque são eles os que necessitam de proteção e em virtude dessa necessidade de proteção é que a lei os acompanha.*"[57]

Tratando-se, portanto, de criança domiciliada originariamente no Brasil, a lei brasileira regerá a adoção internacional aqui realizada. Os requisitos e condições impostas para a adoção por estrangeiros não residentes serão aqueles da lei brasileira, isto é cumulativamente, os presentes no ECA e na convenção de Haia e, subsidiariamente os do código Civil (de 1917 ou de 2002). O ECA é considerado pelo juiz brasileiro como lei de aplicação imediata ou *lois de police*,[58] assim como são de ordem pública internacional as normas do ECA[59] e da Convenção de Haia de 1993 referentes a 'forma solene' da adoção internacional de crianças no Brasil, segundo o Art. 3 do Código de Bustamante não superado pelo Art. 17 LICC/42.[60] Vale lembrar que a lei aplicável para reger o consentimento dos pais biológicos e do adotado maior de 12 anos será, portanto, esta lei geral, a lei do domicílio da criança (Art. 7° da LICC/42), no caso, a lei brasileira; mas as questões prévias referentes à capacidade para tais manifestações de vontade serão regidas pela lei pessoal de cada envolvido (Art. 7° da LICC).[61]

Considerando-se a jurisprudência anterior à Constituição Federal,[62] poder-se-ia pensar que os requisitos materiais para a adoção internacionais de crianças brasileiras frente ao juiz brasileiro, hoje estabelecidos no ECA, não seriam considerados, em DIPr., como requisitos de ordem pública internacional. Analisando a jurisprudência atual e os esforços da Constituição de 1988 para a proteção dos direitos fundamentais da criança, outra conclusão se impõe.[63] As normas materiais do ECA (diferença de idade, estágio de convivência etc.) devem ser consideradas leis de aplicação imediata para o juiz brasileiro.

---

[57] BEVILÁQUA, Clóvis, Direito da Família, 8ª ed., atual. pelo Dep. Isaías Beviláqua, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956,p. 238.

[58] Assim CURY, p. 157 e 163, SIQUEIRA, p. 85 e MARQUES, Subsidiaritätsprinzip, p. 128 e seg.

[59] Assim também MARMITT, p. 35.

[60] Assim CHAVES, p. 164.

[61] Aqui estamos fazendo uma analogia à decisão do Superior Tribunal de Justiça, no caso Recurso Especial 61434/SP, j. 17.06.1997, Min. Cesar Asfor Rocha. STJ, entre "condição de herdeiro', questão principal e 'capacidade para herdar', questão prévia e considerando o consentimento vinculado à questão principal, a capacidade para tal sim, questão prévia qualificada de forma independente.

[62] Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, antes da Constituição atual: «SENTENÇA ESTRANGEIRA. ADOÇÃO. A regra do artigo 369 do Código Civil brasileiro não é de ordem pública, mas de interesse público, não tendo eficácia de lex-fori, em face da adoção regida por lei de estado. O Código Civil Alemão prevê, no par-1.745, a dispensa do requisito da diferença mínima de idade entre adotante e adotado, podendo a sentença de adoção, proferida naquele pais, ser homologada.» (STF, SE-Alemanha nr. 3638, Rel. Ministro Carlos Madeira, j 19/02/1986 - Tribunal Pleno, DJ 07-03-86.p. 02838)

[63] Esta parece ser também a conclusão de LIBERATI, p. 55.

Assim como as regras processuais e administrativas (autorizações das Autoridades Centrais CONSIJ e SEJAs, cadastro de adotantes, saída da criança só após sentença, processo de perda do pátrio poder dos pais biológicos e de adoção, etc.) são normas de direito público territoriais e devem ser regidas sempre pela *lex fori* (neste caso, lei brasileira).

O juiz brasileiro aplica também as normas de processo civil brasileiras e as presentes no ECA, assim como os requisitos materiais em vigor , antes especificados. No caso da adoção ser requerida por candidato não residente ou domiciliado no Brasil, o Estatuto prevê algumas normas específicas, dispostas nos artigos 31, 51 e 52 do ECA[64] e o princípio máximo do Art. 43: o interesse superior e o bem-estar da criança.

II - A PRÁTICA CONVERGÊNCIA DAS FONTES E A CONCENTRAÇÃO NA PROTEÇÃO DA CRIANÇA NO DIREITO BRASILEIRO DA ADOÇÃO INTERNACIONAL: CENTRALIZAÇÃO E COMBATE AO TRÁFICO

Se em teoria o pluralismo de fontes assusta, na prática ele demonstrou ser bastante protetivo dos direitos humanos das crianças e um eficaz sistema de combate aos perigos da adoção internacional, especialmente de combate ao tráfico de crianças, uma das mazelas brasileiras na década de 70-80 do século XX.[65]

Em minha tese de Doutorado pude comprovar, que tanto o ECA (Lei 8.068/90), quanto a Convenção de Haia de 1993 (Decreto 3.087/99), representam uma nova visão da adoção internacional, concentrada agora nos direitos humanos da criança, no seu bem estar

---

[64] Assim a norma principal: «Art. 51. Cuidando-se de pedido de adoção formulado por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, observar-se-á o disposto no art. 31. § 1° O candidato deverá comprovar, mediante documento expedido pela autoridade competente do respectivo domicílio, estar devidamente habilitado à adoção, consoante as leis do seu país, bem como apresentar estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem. § 2° A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá determinar a apresentação do texto pertinente à legislação estrangeira, acompanhado de prova da respectiva vigência. § 3° Os documentos em língua estrangeira serão juntados aos autos, devidamente autenticados pela autoridade consular, observados os tratados e convenções internacionais, e acompanhados da respectiva tradução, por tradutor público juramentado. § 4° Antes de consumada a adoção não será permitida a saída do adotando do território nacional.»

[65] Veja, sobre a realidade brasileira, CHAVES, p. 35 e seg. Veja sobre denúncias de vendas de órgãos de crianças brasileiras adotadas na Itália, DA SILVA, p. 112 e 113 e o artigo de THOMAZ , Dimas Borelli Junior e MINNICELLI, João Luiz Portolan Galvão, «Instrumento legal da adoção internacional e meios de coibição do tráfico internacional de crianças», in Revista dos Tribunais 641, p. 88 e seg.

e no seu interesse superior.[66] Supera-se, assim, a visão anterior da adoção, concentrada nos interesses patrimoniais familiares, no eventual direito de procriação dos pais adotivos e seus interesses de continuação da família.[67]

Especialmente, com o princípio da subsidiariedade da adoção internacional em relação à adoção nacional (Art. 31 do ECA e Art. 4 da Convenção de Haia de 1993), há uma clara mudança de perspectiva do Direito Internacional Privado brasileiro: não basta mais somente preencher os requisitos formais e materiais para a adoção internacional, há que se exaurir as possibilidades de solução nacional, em respeito aos direitos humanos da criança.[68]

Nota-se assim, também no Brasil, uma evolução do Direito Civil, da preocupação com o bem-estar da criança (*Kindeswohl*) para uma preocupação com os direitos da criança (*Kindesrechten*),[69] enquanto individualidade (princípio da dignidade da pessoa humana, Art. 1°, §1° CF/88), enquanto sujeito de direitos especialmente protegido na Constituição (Art. 227 CF/88).[70]

---

[66] Esta foi uma das conclusões de meu Doutorado, justamente destacando a interpretação pós-moderna do princípio do interesse superior da criança, que hoje deve incluir a realização de seus direitos fundamentais de identidade cultural, inclusive respeito à sua origem, realizado na adoção internacional através do princípio da subsidiariedade, veja MARQUES, Subsidiaritätsprinzip, p. 88 e seg.

[67] Veja, no mesmo sentido, FACHIN, Luiz Edson, Elementos Críticos do Direito de Família, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 200 e TEPEDINO, Gustavo, A disciplina civil-constitucional das relações familiares, in A Nova Família: Problemas e Perspectiva, Vicente Barreto (org.), Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, p. 51.

[68] MARQUES, Subsidiaritätsprinzip, p. 124 e seg.

[69] Jogo de palavras usado como título por STEINDORF, Caroline (Ed.), Vom Kindeswohl zu den Kindesrechten, Berlin 1994. Veja detalhes em nosso artigo, "Visões sobre o Teste de Paternidade através do Exame do DNA em direito brasileiro-Direito Pós-Moderno à Descoberta da Origem?", in Eduardo Oliveira Leite (Hrsg.), Grandes Temas da Atualidade- DNA como meio de prova da filiação, Forense, Rio de Janeiro, 2000, p. 27.

[70] Veja, por todos, LEITE, Eduardo Oliveira, O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação, in Wambier, Teresa Arruda Alvim e Leite, Eduardo de Oliveira, Repertório de Doutrina sobre Direito de Família, já no vol. 4, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 194.

A concentração é, pois, total no sujeito de direitos mais fraco, a criança, e nos seus direitos fundamentais de manutenção de vínculos familiares, de preservação de sua origem,[71] direito de manutenção de sua identidade cultural[72] e de sua plena realização como pessoa em desenvolvimento.[73] Assim o espírito de nossa Constituição Federal, que impõe em seu Art. 227 § 5° da Constituição Federal o acompanhamento pelo Poder Público, na forma da lei, das adoções por parte de estrangeiros,[74] reconhece os direitos fundamentais das crianças[75] e impõe uma concentração nos direitos do filho, assim como é a fonte da doutrina de proteção

---

[71] Veja sobre direito à investigação de paternidade de crianças adotadas, meu artigo in LEITE, p. 27 e a jurisprudência brasileira, no Superior Tribunal de Justiça:»Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no art. 48 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada. a lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência , em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no art. 27 do ECA.»(Recurso Especial 127.541/RS, j. 10.04.2000, Ministro Eduardo Ribeiro). No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: «Filha adotiva. Investigação de paternidade. Possibilidade - Os deveres erigidos em garantia constitucional à criança e ao adolescente na Carta de 1988, em seu art. 227, se sobrepõem às regras formais de qualquer natureza e não podem ser relegados a um plano secundário, apenas por amor à suposta intangibilidade do instituto da adoção. Opor à justa pretensão da menor adotada de ver reconhecida a paternidade biológica, os embaraços expostos na sentença, é o mesmo que entender que alguém, registrado em nome de um casal, seja impedido de investigar a sua verdadeira paternidade, porque a filiação é tanto ou mais irrevogável do que a adoção. No entanto, a todo o momento deparamos com pessoas registradas em nome de terceiros, que obtém o reconhecimento da verdadeira paternidade e têm, por conseqüência, anulado o registro anterior. Sentença cassada, para que outra seja proferida enfrentando o mérito da causa" (in RJTJRS n° 176, p. 766 – Apelação Cível n° 595118787, 8ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Eliseu Gomes Torres)"*O perquirir sobre o quem é o pai biológico é direito personalíssimo, imprescritível, pouco importando que o investigante tenha sido adotado ou que tenha sido reconhecido pelo marido de sua mãe, independendo de prévia propositura de ação visando nulificar o registro anterior que registra a paternidade ficta ou biológica*" (voto do Des. Eliseu Gomes Torres, publicado na RJTJRS, vol. 176, p. 770).

[72] Veja sobre o direito da criança à identidade cultural e sua influência no regime da adoção internacional, JAYME, Erik, „Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, in: IPRAX 1996, p. 237 e seg.

[73] Veja os Considerandos da Convenção de Haia de 1993, a Convenção da ONU dos Direitos das Crianças , veja PEREIRA, Tania da Siva. Da adoção, in Direito de família e o novo Código Civil, DIAS, Maria Berenice e CUNHA PEREIRA, Rodrigo da , IBDFAM/Del Rey, Belo Horizonte, 2001, p. 128.

[74] Veja-se texto do Art. 227 § 5°: "A Adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros." (Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.10.1988).

[75] Assim também FACHIN, Luiz Edson, Elementos Críticos do Direito de Família, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, S. 200-201: "*Os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, havidos ou não do casamento, proclamou o parágrafo 6° do artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Em matéria de filiação, inaugura-se uma disciplina jurídica densa, elástica, profunda e ampla. Este foi um dos capítulos do parentesco mais afetados pela Constituição de 1988, que fez desaparecer a ligação entre casamento e legitimidade e assim também as categorias de filhos.*"

integral do filho (Art. 227),[76] consolidada na Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e Adolescente e, agora, complementada pela Convenção de Haia de 1993.

A. CENTRALIZAÇÃO E COOPERAÇÃO NAS DIVERSAS FASES DA ADOÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Como já afirmamos,[77] três são as palavras-chave desta Convenção de 1993: *centralização* das adoções internacionais em autoridades centrais e autoridades competentes, *colaboração* entre as autoridades centrais nas suas difíceis decisões, *controle* através da troca de informações, através da divisão de competências, do preenchimento de certos requisitos mínimos e através do privilégio de um sistema de reconhecimento automático de decisões.[78] Seus objetivos básicos foram, portanto, estabelecer um novo sistema ou instrumentos para a cooperação administrativa e judicial, antes e após a saída da criança adotada de seu país de origem, conseguindo assim proteger os direitos fundamentais da criança adotável e assegurar-lhe um melhor (ou pelo menos igualitário) *status* jurídico no país que a acolhe, país de domicílio de seus pais adotivos.

1. A CENTRALIZAÇÃO DA ADOÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS NO BRASIL

A centralização das adoções internacionais de crianças foi uma das conquistas da Constituição democrática de 1988, no Brasil, e do Estatuto da Criança e do Adolescente. A primeira centralização deu-se pela proibição da adoção direta, nos cartórios e por escritura pública, em que os pais biológicos das crianças consentiam (adoção simples do código Civil de 1917) na adoção de seus filhos menores sem presença do Judiciário. A constituição de 1988 exige a presença do Estado em todas as adoções e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, passou a prever somente um tipo de adoção, por decreto e irrevogável, através de manifestação do Judiciário para menores de 0 a 18 anos.

---

[76] Veja: PEREIRA, Tânia da Silva, Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental, in CUNHA PEREIRA, Rodrigo da, Direito de Família contemporâneo, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1997,S. 648.

[77] Veja meu artigo, Notícia, p. 6 e seg.

[78] Assim o relator Parra-Aranguren, p. 626-627(n. 490): „the Convention did not try to harmonize the internal law of the Contracting States regarding the adoption, but cto reate a flexible system of co-operation to ensure the observance of certain safeguards in cases of intercountry adoptions."

A adoção internacional de crianças passou assim a ser centralizada nos Juízes da Infância e Juventude, que observaram, seguindo um modelo de centralização desenvolvido no Rio Grande do Sul na década de 80, ser necessário uma equipe de apoio para as adoções internacionais (assistentes sociais, médicos, psiquiatras, defensores públicos etc.), para que a seleção de candidatos, o contato com as agências e órgãos estrangeiros, o '*matching*' com as crianças, o acompanhamento do estágio probatório e dos relatórios pós-adoção funcionasse. Assim, o próprio judiciário estadual centralizou as adoções internacionais em alguns juizes (das grandes cidades) e instituiu registros gerais de várias comarcas para que o sistema funcionasse. O ECA acabou por instituir esta segunda centralização, ao criar em cada estado do Brasil uma Comissão estadual para processar e controlar as adoções internacionais. Efetivamente, o Art. 52 do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que a adoção internacional pode ser limitada e controlada por um organismo centralizador, que denomina "Comissão Estadual Judiciária de Adoção", as CEJAS e CEJAIS,[79] ativas até hoje inclusive como as autoridades centrais estaduais da Convenção de Haia de 1993.

A convenção de Haia de 1993 também traz este modelo centralizador, instituindo um autoridade central federal e permitindo autoridades centrais estaduais e, neste sentido, complementa e consolida o sistema brasileiro já existente. O Decreto 3.174,de 16 de setembro de 1999,[80] organizou no Ministério da Justiça a autoridade central federal administrativa e as CEJAS como autoridades centrais estaduais. A Convenção de Haia de 1993, pois, importou na organização da Autoridade Central Administrativa Federal, no Ministério da Justiça (Secretaria de Estado dos Direitos Humanos). Importou também na consolidação das 27 Autoridades Centrais estaduais, encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção em cada Estado da Federação (o CONSIJ no RS, as CEJAIs etc.). Da mesma forma, importou na organização do Programa Nacional de Cooperação em Adoção Internacional, com credenciamentos das agências de adoções junto à Polícia Federal e Ministério da Justiça e na criação do Conselho das Autoridades Centrais Administrativas Brasileiras, órgão regulador em matéria de adoção internacional.[81]

---

[79] Assim a regra: «Art. 52. A adoção internacional poderá ser condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual judiciária de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente. Parágrafo único. Competirá à comissão manter registro centralizado de interessados estrangeiros em adoção.»

[80] Publicado no DOU 17.09.1999, «Designa as Autoridades Centrais encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, institui o Programa Nacional de Cooperação em Adoção Internacional e cria o Conselho das Autoridades Centrais Administrativas Brasileiras.».

[81] Veja Decreto 3.174, de 16.09.1999, que regulamentou a Convenção no Brasil e as demais normas regulamentadoras no site : www.mj.gov.br/acaf/acaf.htm

A Convenção de Haia de 1993 estabeleceu um sistema de cooperação internacional entre autoridades centrais, semelhante ao estabelecido com sucesso pela Convenção de Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças.[82] A centralização visa a ajudar internacionalmente no estabelecimento da confiança entre os servidores dos vários Estados (art. 7,2), assegurar a troca de informações (arts. 7 e 9), instrumentalizar a tomada conjunta de decisões (art.17ç), e, na medida do possível, suprimir os obstáculos para a aplicação da Convenção (art.7,2.b), facilitando a identificação de casos de corrupção, de atuação de forma a induzir ao abandono, de oferecimento ou aceitação de benefícios financeiros envolvidos com as adoções, visando sempre a combater o tráfico de crianças.[83]

A Autoridade Central, de acordo com o artigo 6° da Convenção de Haia de 1993, é a estrutura encarregada de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção. O Brasil, conforme o artigo 7° da Convenção - que possibilita a um Estado federal a designação de mais de uma Autoridade Central - através do Decreto 3.174/99 o Brasil designou a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos/SEDH do Ministério da Justiça, Brasília, como Autoridade Central Administrativa Federal. Nos 25 estados federados, as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJAs ou CONSIJs) serão as Autoridades Centrais dos Estados Federados e do Distrito Federal. O referido decreto criou um Conselho de Autoridades Centrais, que reune-se regularmente para troca de experiências e instituiu, no âmbito do Departamento da Criança e do Adolescente/DCA do Ministério da Justiça, o Programa Nacional de Cooperação em Adoção Internacional. a autoridade Central Federal, do Ministério da Justiça mantém um 'Sistema de Informações para a Infância e Adolescente'-SIPIA em rede, ligando todas as autoridades centrais, no qual se encontra o cadastro de adotantes e adotados (com acesso restrito), denominado 'Infoadote'.

Na Convenção de Haia sobre cooperação em matéria de adoção internacional de 1993, pois, a figura da Autoridade central aparece como um pólo controlador da lisura do processo de adoção, como fórum de contatos e de informação entre os interessados na adoção.

---

[82] Veja as conclusões sobre o sucesso da Convenção em "Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989 sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civiles de l'enlévement international des enfants", Bureau Permanent, Haia, Fevereiro 1990, p.44.

[83] Assim VAN LOON, Course, p. 337 e seg.

2. O SISTEMA DE COOPERAÇÃO ENTRE AUTORIDADES CENTRAIS E AUTORIDADES COMPETENTES OU JUIZES

Em janeiro de 2002, a referida Convenção já estava em vigor em mais de 43 Estados[84] da América, Europa, África e Ásia, países de origem das crianças, como o Brasil e países de acolhida do primeiro mundo, como a Espanha, o Canadá, a Finlândia, Suécia, Dinamarca, Noruega, Países-Baixos, a França, Israel, Áustria, Itália e Alemanha, denotando um sucesso sem precedentes em matéria tão polêmica e sensível quanto a adoção internacional.[85] Portugal assinou a referida Convenção em 26 de agosto de 1999, mas ainda não a ratificou.[86]

A Conferência de Haia, guiada pelo espírito da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Crianças, de 20 de novembro de 1989, ratificada por mais de 120 países, decidiu superar o método estritamente conflitualista, de indicação da lei aplicável, e elaborou uma Convenção que une regras materiais (administrativas e cíveis), regras de procedimento (administrativas e processuais) e regras indiretas de conflito (de reconhecimento e exceção de ordem pública), de forma a assegurar um mínimo de cooperação entre autoridades dos países envolvidos e uma efetiva proteção dos direitos da criança adotável. A pedra de toque aqui é a atividade e a cooperação entre as autoridades centrais[87] dos países das crianças (pais de origem) e dos países dos adotantes (pais de acolhida).[88]

---

[84] Os seguintes Estados ratificaram a convenção até março de 2002: México, Romênia, Sri Lanka, Chipre, Polônia, Espanha, Equador, Peru, Costa Rica, Burkina Fasso, Filipinas, Canadá, Venezuela, Finlândia, Suécia, Dinamarca, Noruega, Países-Baixos, França, Colômbia, Austrália, El Salvador, Israel, Brasil, Áustria, Chile, Panamá, Itália, República Checa, Albânia, Eslováquia, Alemanha, Eslovênia, Andorra, Moldávia, Lituânia, Paraguai, Nova Zelândia, Ilhas Maurício, Burundi, Geórgia, Mônaco, Islândia, Mongólia, Bolívia e Estônia. (Lista da Conferência de Haia disponível no site : www.mj.gov.br/acaf/acaf.htm .

[85] Concordam DUNCAN, Willian, The Hague Convention on protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption 1993: Some issues of special relevance to sending countries, in: "Intercountry Adoptions-Laws and Perspectives of Sending Countries" Jaffe, Eliezer (Coord.), Nijhoff, Dordrecht, 1995, p. 217ss. e BUCHER, Andreas, La nouvelle convention de La Haye relative à l'adoption internationale, in: Zeitschrift für Vormundschaftswesen, 1994, p. 97ss.

[86] Informação do site da Conferência de Haia, em link com o MJ/Br.

[87] Assim o Art. 7º da Convenção de 1993: «1. As Autoridades Centrais deverão cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes de seus respectivos Estados a fim de assegurar a proteção das crianças e alcançar os demais objetivos da Convenção. 2. As Autoridades Centrais tomarão, diretamente, todas as medidas adequadas para: a) fornecer informações sobre a legislação de seus Estados em matéria de adoção e outras informações gerais, tais como estatísticas e formulários padronizados; b) informar-se mutuamente sobre o funcionamento da Convenção e, na medida do possível, remover os obstáculos para sua aplicação.«

[88] Assim o Art. 2º da Convenção de 1993: «1. A Convenção será aplicada quando uma criança com residência habitual em um Estado Contratante («o Estado de origem») tiver sido, for, ou deva ser deslocada para outro Estado Contratante («o Estado de acolhida»), quer após sua adoção no Estado de origem por cônjuges ou por uma pessoa residente habitualmente no Estado de acolhida, quer para que essa adoção seja realizada no Estado de acolhida ou no Estado de origem. 2. A Convenção somente abrange as Adoções que estabeleçam um vínculo de filiação.«

a) Atividades da autoridade central do país de origem

No sistema da convenção, a autoridade central do país de origem atua, por sua vez, como garantidora da adotabilidade da criança (art. 16), é ela quem decide sobre a transferência da criança e se a adoção internacional serve aos interesse daquela criança (art.17), é a pessoa de contato para os outros organismos de outros Estados contratantes (art. 14 e 15) e aquela que vai instrumentalizar a decisão conjunta das autoridades centrais sobre a colocação daquela criança com aqueles candidatos (art. 17, c).

Segundo impõe o Art. 4 da Convenção, as adoções só correrão, quando as autoridades competentes do país de origem da criança (os juízes e as Autoridades centrais, estaduais e a federal): "a) tiverem determinado que a criança é adotável; b) tiverem verificado, depois de haver examinado adequadamente as possibilidades de colocação da criança em seu Estado de origem, que uma adoção internacional atende ao interesse superior da criança; c) tiverem-se assegurado de: 1) que as pessoas, instituições e autoridades cujo consentimento se requeira para a adoção hajam sido convenientemente orientadas e devidamente informadas das conseqüências de seu consentimento, em particular em relação à manutenção ou à ruptura, em virtude da adoção, dos vínculos jurídicos entre a criança e sua família de origem; 2) que estas pessoas, instituições e autoridades tenham manifestado seu consentimento livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento se tenha manifestado ou constatado por escrito; 3) que os consentimentos não tenham sido obtidos mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie nem tenham sido revogados, e 4) que o consentimento da mãe, quando exigido, tenha sido manifestado após o nascimento da criança; e d) tiverem-se assegurado, observada a idade e o grau de maturidade da criança, de: 1) que tenha sido a mesma convenientemente orientada e devidamente informada sobre as conseqüências de seu consentimento à adoção, quando este for exigido; 2) que tenham sido levadas em consideração a vontade e as opiniões da criança; 3) que o consentimento da criança à adoção, quando exigido, tenha sido dado livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento tenha sido manifestado ou constatado por escrito."

A atuação das autoridades centrais do país de origem deve assegurar o preenchimento de todos estes requisitos impostos pela Convenção para adoções internacionais, e para o deslocamento físico das crianças (art. 18 e 19) fornecendo as informações necessárias e controlando de forma (direta ou indireta) a licitude do processo e seu sucesso (art. 20). Ambas autoridades centrais acompanharão o sucesso das adoções realizadas e decidirão em conjunto o que fazer em caso de insucesso da adoção realizada (art. 21). [89]

Note-se que as funções conferidas às Autoridades Centrais pela convenção podem, segundo o art. 21, ser exercidas por "autoridades públicas" (por exemplo: as CEJAs e CEJAIS ou o SDH/MJ), as atividades das autoridades 'competentes', são as atividades dos juízes estaduais, que realizam na prática as adoções. O reconhecimento de sentenças de adoção também é centralizado, no Brasil, no Supremo Tribunal Federal.

---

[89] Veja, por todos, VAN LOON, Course, p. 255 e seg.

No caso brasileiro, a centralização e a especialização já era utilizada como meio de combater o tráfico e o induzimento ao abandono. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que a adoção internacional pode ser limitada e controlada por um organismo centralizador, que denomina "Comissão Estadual Judiciária de Adoção" e que hoje formam as CEJAS e CEJAIS e são as autoridades centrais estaduais da Convenção.

As normas de cooperação em matéria de adoção internacional trazidas pela Convenção de Haia de 1993 regulam a fase anterior e a fase posterior à saída da criança de seu país de origem. [90]

A Convenção estabelece, nos já mencionados artigos 4 ,5,14, 16, 17, 19 suas normas fundamentais para as adoções, as quais devem ser levadas em conta pelas autoridades dos países envolvidos. Tratam-se mais do que normas, de princípios, que uma vez cumpridos darão a ambos Estados envolvidos a garantia de que não houve "venda", tráfico, coação, seqüestro ou indução ao abandono e que os pais adotivos estão aptos ,tanto jurídica, como psicologicamente, a receber a criança adotada.

Em resumo, as mencionadas normas principais procuram assegurar: 1) que todas as pessoas envolvidas receberam o *esclarecimento necessário* sobre a seriedade dos consentimentos que dão à adoção , sobre as conseqüências e efeitos que esta adoção internacional terá, 2) que os *consentimentos* necessários foram dados de maneira livre (sem coação ou contraprestação financeira) e por escrito, nos casos exigidos por lei e a) no caso do consentimento da mãe, que este foi dado somente após o nascimento da criança e não antes deste, e b) que, se a criança é madura o suficiente, foi ela convenientemente informada, recebeu os conselhos necessários e que seus desejos e opiniões foram levados em conta; 3) que foi constatada a impossibilidade de colocação adequada em seu país de origem e que aquela adoção internacional responde ao interesse superior do menor; 4) que os futuros adotantes estão habilitados e aptos a adotar e que a adoção encontra apoio na legislação do país de residência dos adotantes e que a criança será autorizada a ai permanecer; 5) que a decisão de entregar a criança aos futuros adotantes e o deslocamento fático só aconteceu após a concordância de ambas autoridades centrais e cumpridos todos requisitos antes mencionados.

Note-se que estas normas, ao contrário das normas de conflito, não se dirigem somente aos juízes nacionais, que trabalham diariamente com a matéria e devem seguir as novas linhas da Convenção, mas se dirigem igualmente ao Estado como um todo, que deve alcançar e zelar pelo nível jurídico e ético exigido pela Convenção. O

[90] Assim MARQUES, Subsidiaritätsprinzip, p. 8 e seg.

sistema da convenção aumenta a comunicação entre autoridades, a gama de informações trocadas e a segurança quanto à autenticidade e seriedade dos estudos realizados e documentos de habilitação expedidos. O sistema propicia, igualmente, um aumento na confiança nos atos judiciais elaborados, um melhor respeito à vontade dos pais biológicos e das próprias crianças adotadas e diminuindo as possibilidades de "venda" e de tráfico de crianças.

b) Atividades das autoridades centrais do país de acolhida

A autoridade central do país de acolhida é responsável pela seleção do candidato a adotante (art. 15) e tem o monopólio de controle da iniciativa da adoção pelos candidatos a adotante (art. 14), uma vez que o processo começa necessariamente com os candidatos dirigindo-se à sua Autoridade Central e não àquela do país de origem da criança, para evitar a pressão e a procura desenfreada de crianças "adotáveis" naquele país.[91] O contato com a autoridade central do outro país é de responsabilidade exclusiva também da Autoridade Central do país de acolhida (art.15,2). O sistema proposto é um sistema de contatos somente entre autoridades públicas evitando as pressões e os comprometimentos frente as agências de adoção ou aos adotantes individuais.

[91] Assim também MARMITT, p. 154 e seg.

Um canal de exceção, porém, foi aberto com o art. 22,2[92] da convenção que permite que alguns Estados declarem que estas atribuições (art. 15 a 21) das Autoridades Centrais serão exercidas, no seu país, por organismos autorizados, leia-se "agências de adoção". Trata-se de uma fortíssima exceção, que praticamente faz desaparecer naquele país a segurança representada pela Autoridade Central.

O art. 22,4 permite, porém, que os outros Estados-Partes neguem-se a fazer adoções com os países que substituírem a figura da autoridade central pelas agências de adoção.[93] Assim, declarou o Brasil, em 16 de maio de 2000,[94] que não participará de adoções que envolvam países que fizeram a declaração do art. 22,2, uma vez que praticamente anula a figura da autoridade central, substituindo-a pelas inúmeras agências de adoção existentes.

Esta declaração do art. 22,2 deixa o regime da adoção internacional assim como antes, onde as agências estavam fora do controle estatal quanto as suas práticas, necessitando apenas de uma autorização prévia para trabalhar (veja art. 11 da Convenção) e desligadas de qualquer órgão público durante os procedimentos de adoção. E se um grande número de países de origem das crianças fizerem o mesmo, os países de acolhida que forçaram a aprovação

---

[92] O texto brasileiro é: « Artigo 22 1. As funções conferidas à Autoridade Central pelo presente capítulo poderão ser exercidas por autoridades públicas ou por organismos credenciados de conformidade com o capítulo III, e sempre na forma prevista pela lei de seu Estado. 2. Um Estado Contratante poderá declarar ante o depositário da Convenção que as Funções conferidas à Autoridade Central pelos artigos 15 a 21 poderão também ser exercidas nesse Estado dentro dos limites permitidos pela lei e sob o controle das autoridades competentes desse Estado, por organismos e pessoas que: a) satisfizerem as condições de integridade moral, de competência profissional, experiência e responsabilidade exigidas pelo mencionado Estado; b) forem qualificados por seus padrões éticos e sua formação e experiência para atuar na área de adoção internacional. ...»

[93] O texto brasileiro é: « Artigo 22 1. As funções conferidas à Autoridade Central pelo presente capítulo poderão ser exercidas por autoridades públicas ou por organismos credenciados de conformidade com o capítulo III, e sempre na forma prevista pela lei de seu Estado. 4. Um Estado contratante poderá declarar ante o depositário da Convenção que as adoções de crianças cuja residência habitual estiver situara em seu território somente poderão ocorrer se as funções conferidas às Autoridades Centrais foram exercidas de acordo com o parágrafo 1.

[94] Assim informa o site da Conferência de Haia, em link do Ministério da Justiça brasileiro: Par une Note en date du 16 mai 2000, l'Ambassadeur du Brésil à La Haye a informé le Bureau Permanent que: «at the request of the relevant Brazilian judiciary authorities, and in compliance with Article 22(4) of the 1993 Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption, I have informed the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands that the adoption of children with residence in the Brazilian territory will only be dealt with as stated in paragraph 1 of the above-mentioned article.» Traduction «Conformément à l'article 22, paragraphe 4, de la Convention, et à la demande des autorités judiciaires brésiliennes compétentes, l'Ambassade informe le Ministère que les adoptions d'enfants dont la résidence est située sur le territoire brésilien ne seront traitées que conformément au paragraphe 1 de l'article susmentionné.'

do art. 22,2 (dentre os quais o mais importante é os Estados Unidos, país de acolhida de metade das adoções internacionais feitas no mundo por ano) ficariam isolados e tenderiam a organizar, eles também, uma autoridade central mais efetiva e não meramente órgão de credenciamento prévio.

No sistema da convenção, a autoridade central do país de origem atua, por sua vez, como garantidora da adotabilidade da criança (art. 16), é ela quem decide sobre a transferência da criança e se a adoção internacional serve aos interesse daquela criança (art.17), é a pessoa de contato para os outros organismos de outros Estados contratantes (art. 14 e 15) e aquela que vai instrumentalizar a decisão conjunta das autoridades centrais sobre a colocação daquela criança com aqueles candidatos (art. 17, c)

A atuação das autoridades centrais deve assegurar o preenchimento de todos os requisitos impostos pela Convenção para adoções internacionais, e para o deslocamento físico das crianças (art. 18 e 19) fornecendo as informações necessárias e controlando de forma (direta ou indireta) a licitude do processo e seu sucesso (art. 20). As autoridades centrais acompanharão o sucesso das adoções realizadas e decidirão em conjunto o que fazer em caso de insucesso da adoção realizada (art. 21).[95]

As funções conferidas às Autoridades Centrais pela convenção podem, segundo o art. 21, ser exercidas por "autoridades públicas" ou por "organismos autorizados" (inclusive aí as agências de adoção e os departamentos de assistência social, como na França, o Serviço Social Internacional, da Alemanha, entre outros).

Como afirmamos anteriormente, no caso brasileiro, a centralização, a especialização dos Juízes e a cooperação administrativa e judicial já era utilizada como meio de combater o tráfico e o induzimento ao abandono, assim como o instrumento mais revolucionário: o princípio da subsidiariedade.

[95] Veja, por todos, VAN LOON, Course, p. 255 e seg.

B) SUBSIDIARIEDADE: CONTROLE PRÁTICO E COMBATE AOS PERIGOS DAS ADOÇÕES INTERNACIONAIS

Combater com sucesso os desvios e problemas da adoção internacional é um dos objetivos da Convenção de 1993 e o motivo maior da adesão do Brasil[96] a esta convenção, mesmo antes de retornar ao sistema de Haia.[97] Inegável foi, face a inexistência de uma regulamentação supra-estatal eficaz, o aparecimento de um rendoso tráfico de crianças em nível mundial ligado à adoção internacional.[98] Tráfico de crianças com finalidade de adoção[99] pode ser definido como o processo visando a transferência internacional definitiva da criança de um país para outro, em que qualquer um dos envolvidos (pais biológicos, pessoas que detêm a guarda, as crianças, os terceiros ajudantes ou facilitadores, as autoridades ou os intermediários)[100] recebe algum tipo de contraprestação financeira por sua participação na adoção internacional.[101]

A resposta a esta situação de perigo para crianças viria através da atualização da legislação nacional[102] dos vários países envolvidos e da elaboração de novos atos internacionais, entre

---

[96] Veja recente decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, in RHC 6322/PB, Min. Anselmo Santiago, j. 21/10/1997, com a seguinte ementa : «Tráfico internacional de crianças. Pretendido trancamento, no fato de ter transitado em julgado a decisão proferida no juízo civil, deferindo a adoção de menor por casal estrangeiro. Circunstância que não inibe o juízo penal de apurar eventual fraude no procedimento, onde teriam atuado falsas mães biológicas. Competência da Justiça Federal.1. Não tendo o juízo cível apreciado o tema da falsidade das adoções, pela interveniência de supostas mães biológicas, não faz coisa julgada na esfera penal, a decisão que, a vista da aparente normalidade do procedimento, deferiu a adoção de menor por casal estrangeiro.»

[97] Neste sentido a conclusão também de MARX, Ansgar, «Perspektiven der internationalen Adoption», Dissertation/Univ. Hamburg, 1991, p. 296 e ss e TRILLAT,B. e NABINGER, S. «Intercountry adoption and traffic in children - truth and fiction», in: INTERPOL-International Criminal Police Review, n. 428, 1991, p. 24.

[98] Veja o interessante estudo de TRILLAT/NABINGER, ob. cit., p.18 ss. e do penalista ALBERT, Hans-Jörg, Kinderhandel - Der Stand des empirischen Wissens im Bereich des (kommerziellen) Handels mit Kindern, Bundesministerium der Justiz, Bonn, 1994.

[99] Veja a decisão do STF, no Recurso de Habes Corpus 64.350-7, RJ, Min. Carlos Madeira, j. 03.10.1986, DJ 24.10.1986 e mais recentemente suspeita de tráfico, in RT 711, p. 410 e seg.

[100] Assim ensinam TRILLAT/NABINGER, p. 20 . Já a Convenção Interamericana sobre tráfico de crianças assim define o tráfico em geral: *"Article 2. b) por "tráfico internacional de menores", a subtração, a transferência ou retenção, ou a tentativa de subtração, transferência ou retenção de um menor, com propósitos ou por meios ilícitos; c) por "propósitos ilícitos", entre outros, prostituição, exploração sexual, servidão ou qualquer outro propósito ilícito, seja no Estado em que o menor resida habitualmente, ou no Estado Parte em que este se encontre; e d) por "meios ilícitos", entre outros, o seqüestro, o consentimento mediante coação ou fraude, a entrega ou o recebimento de pagamentos ou benefícios ilícitos com vistas a obter o consentimento dos pais, das pessoas ou da instituição responsáveis pelo menor, ou qualquer outro meio ilícito utilizado seja no Estado de residência habitual do menor ou no Estado Parte em que este se encontre."* Veja, no Brasil, o Decreto nº 2.740, de 20 de agosto de 1998, que promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994.

[101] Veja sobre este tema, BACH, in: FamRZ 1990, S. 575-577.

[102] No Brasil, tanto a Constituição de 1988, como o novo Estatuto da Criança e do Adolescente preocuparam-se em regular a adoção internacional, veja o nosso estudo, "Novas Regras ", in: RT 692, p. 7 e seg.

as quais se insere a nova Convenção de Haia de 1993, sobre a proteção e a cooperação em matéria de adoção internacional. Ao impor deveres mínimos às autoridades e intermediários, tanto dos países de origem quanto de acolhida das crianças, esta Convenção de 1993 tenta restabelecer a confiança nos atos administrativos e judiciais executados nos países envolvidos, que seguirão o esquema uniforme da convenção, o que permitirá seu reconhecimento internacional.[103]

A base para criar tal "segurança jurídica" para os adotados internacionalmente e para os procedimentos anteriores à adoção, onde geralmente atua o tráfico e os intermediários com fim de lucro, é a cooperação contínua entre as autoridades envolvidas, a qual permitirá o conhecimento mútuo, o acompanhamento nos procedimentos e algum tipo de controle das atividades do outro. A Convenção de 1993 como observamos, impõe uma série de deveres e controles, muitos dos novos deveres impostos aos Estados-partes só poderão ser cumpridos através da atuação das autoridades centrais (que são públicas), evitando a atuação direta e independente das agências de adoção ou dos adotantes-individuais, evitando a 'procura' das crianças e o mercado de fornecimento de 'crianças adotáveis'. Esta opção quase que exclusivamente administrativa e processual das normas impostas pela Convenção tem como fundamento o perigo do tráfico e do desvio deste instrumento legal internacional; perigo que a adoção se transforme em instrumento para o benefício próprio e financeiro dos intermediários e não para o benefício e proteção dos interesses das crianças envolvidas.[104]

Nesse sentido, a Convenção optou por apresentar um longo preâmbulo, onde esclarece quais os princípios teleológicos que devem guiar a interpretação de seu texto.[105] Inicialmente o preâmbulo destaca a importância do ambiente familiar para o pleno desenvolvimento da criança, recordando que o princípio básico da atuação de todos os Estados deve ser o da "manutenção do vínculo", princípio este coincidente com o nosso ECA e seus artigos 19 a 24. Reconhece-se, porém, que a "a adoção internacional pode apresentar a vantagem de dar uma família permanente a uma criança que não encontra a família conveniente em seu país de origem", reconhecendo assim implicitamente a excepcionalidade da medida e o princípio da primazia das adoções nacionais, princípio este que, no caso brasileiro, também está presente na legislação interna, no art. 31 do ECA.

---

[103] Veja, VAN LOON, Course, p. 203 e seg.

[104] Na definição simples e abrangente de TRILLAT/NABINGER, tráfico é em essência tratar a criança como se um objeto fosse, objeto para ganhar dinheiro, para obter favores, viagens, presentes, doações, bens, *status* e não ver a criança e seu bem estar como o fim da adoção, mas como um meio para alguma vantagem individual, do grupo ou do país; veja TRILLAT/NABINGER, ob. cit., p. 19.

[105] Assim o relator da Convenção, o excelente internacionalista venezuelano PARRA-ARANGUREN, G., in: Rapport explicatif, Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en mati0r1re d'adoption internationale, Ed. Bureau Permanent, maio 1944, p. 30.

Por fim, o preâmbulo esclarece a importância dos Atos internacionais anteriores à Convenção, que visem a proteger os direitos fundamentais das crianças, em especial a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989 e confessa objetivo maior da nova convenção: "prever medidas para garantir que as ações internacionais devam ser feitas no interesse superior da criança e com respeito a seus direitos fundamentais, assim como para prevenir o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças".

1. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Como autoriza a Constituição brasileira (art. 227), a adoção de criança domiciliada no Brasil poderá ser concedida também a "estrangeiro residente ou domiciliado fora do País" (Art. 51 do ECA), mas a lei brasileira é clara ao afirmar, no art. 31 do ECA, que "a colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção."[106]

Na visão atual brasileira, a adoção nacional e, especialmente, a manutenção dos vínculos familiares da criança devem ter preferência.[107] A decisão de transferir a criança, através da adoção internacional deve só ser tomada, se não é possível ou recomendável uma solução nacional.[108] Assim, prevêem as novas Convenções e atos internacionais esta subsidiariedade

---

[106] Veja o quanto é difícil a prática do princípio da subsiariedade em decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, antes da Convenção de Haia, em que o voto vencido pergunta: "A preocupação com que deparei diz respeito ao interesse do menor. Será de todo melhor para essa criança a sua ida para a Holanda, ou a sua permanência no País onde ela nasceu? Não há dúvida de que, economicamente, para a criança, seria o ideal sua ida para a Holanda. Passaria a viver em um País de 1º Mundo, muito diferente de viver em um País de 3º Mundo. Muito embora reconhecendo que a criança estaria economicamente melhor na Holanda, estou dando provimento ao agravo, para que a doção seja deferida à requerente brasileira."(in RT 691, 1993, p. 155). A ementa do voto vencedor, concentrada mais nos aspectos econômicos do bem-estar da criança exige que os pais brasileiros tenham as mesmas condições dos pais estangeiros do 1º Mundo e decide: "Adoção de criança brasileira por estrangeiro. Caráter supletivo. Interesse do menor. O ECA não faz discriminação entre brasileiros e estrangeiros. O que a lei quer é que se dê supremacia à criança ou ao adolescente, seu bem-estar, seus direitos, dignidade, convivência familiar etc. e, estando brasileiros e estrangeiros nas mesmas condições, sendo ambas convenientes à criança e ao adolescente, deve-se preferir o brasileiro aos estrangeiro. Se,porém, as condições oferecidas pelo casal estrangeiro forem melhores e trouxerem vantagens ao menor, a medida excepcional deve ser aplicada." (AI 22.528-4, j. 02.04.1992, Des. Alves de Melo, in RT 691, maio 1993, p. 154-156).

[107] Van Loon, Course, p. 258 e seg.; assim também CURY, Munir (Hrsg.), Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, São Paulo 1992, p. 121 e p. 124 e PIMENTEL PEREIRA, Áurea, A nova Constituição e o Direito de Família, Rio de Janeiro 1991, S. 139.

[108] Assim VAN LOON, Course, p. 258.

da adoção internacional.[109] O Art. 21 lit. b *in fine* da Convenção da ONU sobre direitos das crianças de 1989 expressamente prevê esta linha de preferência para as soluções nacionais.[110] A Convenção de Haia de 1993 impõe o princípio da subsidiariedade no seu preâmbulo (Considerandos 1,2,3 e 4).[111] Já nos Artigos 4, 5, 14,15,16, 17 e 19, a Convenção cria um controle específico sobre o cumprimento deste princípio (teste da subsidiariedade). No Brasil, as Resoluções 01/2000 e 02/2000 do Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras regulam em detalhes o cumprimento do princípio da subsidiariedade.[112]

Neste sentido, podemos afirmar que o princípio da subsidiariedade significa, em matéria de adoção internacional, "tempo e ordem", isto é, que *as Autoridades centrais, os juízes de Estados estrangeiros de residência dos pais adotivos e os interessados (por exemplo, pais adotivos ou intermediários das agências) somente poderão ser ativos, quando e se as autoridades centrais e os juizes do país de residência da criança estabeleceram com clareza que uma solução nacional para aquela criança não é mais possível ou desejável sempre tendo em vista seu bem-estar concreto e o respeito ao direito de manutenção do vínculo familiar de origem.*[113]

Visto sob esta ótica, o princípio assegura *tempo*, para que as autoridades do país de residência da criança organizem e verifiquem da possibilidade de uma solução nacional e *ordem*, pois garante que a competência para solucionar o problema da criança é da autoridade do país de sua residência. O princípio combate o tráfico, pois - mesmo pagando - os pais adotivos estrangeiros nunca estarão certos de receber aquela criança, dada a possibilidade de sua adoção nacional por adotantes brasileiros, que nada pagaram. E significa ainda uma decisão política de dar preferência aos casais brasileiros ou com residência no Brasil, face à manutenção da criança em seu ambiente cultural e social.

---

[109] Veja Art. 21 lit b da Convenção de 1989 e Art. 17 da UN Declaration on Social and Legal Principles Relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Forster Placement and Adoption Nationally and Internacionally von 1986 (A/RES/41/85, S. 5).

[110] Decreto 99.710, de 22 de novembro de 1990.

[111] Veja o preâmbulo da Convenção: " The states signatory to the present Convention,...Recalling that each State should take, as matter of priority, appropriate measures to enable the child to remain in the care of his or her family of origin, Recognizing that intercountry adoption may offer the advantage of a permanent family to a child for whom a suitable family cannot be found in his or her State of origin, Convinced of the necessity to take measures to ensure that intercountry adoptions are made in the best interests of the child and with respect for his or her fundamental rights, and to prevent the abduction, the sale of, or traffic of children,..." VAN LOON, p. 428.

[112] O interessante texto das resoluções pode ser encontrado no site do Ministério da Justiça.

[113] MARQUES, Subsidiaritätsprinzip, p. 327.

Os Artigos 31 e 51 do ECA bem determinam esta ordem de preferência para todas as crianças com residência no Brasil.[114] E a Justiça brasileira está começando a ter de decidir sobre a difícil e sensível aplicação deste princípio, que faz parte de nossa nova ordem pública em matéria de adoção internacional, como veremos a seguir. Trata-se do teste da subsidiariedade ou controle sobre o cumprimento deste princípio orientador de todas as adoções internacionais.

Em outras palavras, o princípio da subsidiariedade significa que a autoridade central brasileira deve determinar se a criança é adotável internacionalmente. Não basta mais apenas que os pais tenham recebido do CEJA uma autorização geral/habilitação para adotar no Brasil. Mister a autoridade competente certificar-se que aquela criança não encontra adotantes nacionais. Siginifica, pois, um limite à atuação dos pais adotivos estrangeiros e dos intermediários ("facilitators"), pois estes devem dirigir-se a sua Autoridade Central, no seu país de residência, e lá iniciar o pedido (Art. 4 ,Art. 5, Art. 6, Art. 10, Art. 11, Art. 12 e Art. 22 da Convenção). A comunicação entre autoridades centrais e a competência clara de cada uma das autoridades centrais e autoridades competentes (juízes) deve diminuir o fenômeno do 'abandono induzido' com fins de adoção internacional de recém nascidos e do tráfico de crianças em geral, ajudando a preservar os direitos fundamentais em uma nova definição do que é bem-estar[115] ou interesse superior das crianças (*the best interests of the child*).[116]

2. A PRÁTICA DA ADOÇÃO INTERNACIONAL NO BRASIL FACE AO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Como antes mencionamos, na adoção internacional a criança estará deixando definitivamente a sua família biológica, deixando definitivamente o seu país, o seu contexto cultural, a língua que domina, a realidade que conhece ,para ser incorporada a um novo lar localizado em país estrangeiro. Os Juizados da Infância e da Juventude, que realizam adoções internacionais, contam com equipes de auxiliares técnicos (médicos, psicólogos, assistentes sociais) para ajudar ao juiz a organizar o cadastro de adotantes, os estudos psicossociais e a formar o convencimento que a adoção é para o bem da criança.[117]

---

[114] Assim CHAVES, p. 32; CURY, p. 123 ; ALVES FELIPE, Jorge Franklin, Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato, Rio de Janeiro 1992, p. 73; MARMITT, p. 142 e p. 155; ELIAS, Roberto João, Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, São Paulo 1994, p. 19 e MARQUES, Die Reform, p. 45.

[115] Veja a evolução da jurisprudência brasileira sobre bem-estar da criança:" A mudança de guarda conferida à genitora por ocasião da separação consensual, salvo em casos de extrema necessidade, não deve ser alterada em sede de liminar, pois em proteção aos superiores interesses da criança, que se sobrepõem a todos os demais, a matéria deve ser melhor avaliada no curso da cognição. (TJ-PR, AgIn 383/99 - Segredo de Justiça - Câmara Única - j. 23.11.1999 - rel. Des. Mário Gurtyev.)

[116] Veerman, S. 197.

[117] Veja como exemplo o Juizado de Porto Alegre, que conta suas experiências in "O Estatuto Passado a Limpo", Juizado da Infância e da Juventude de porto Alegre, Ed. RJTJ/RS, 1992, p. 61 e seg.

Em se tratando de adoção internacional, o primeiro problema que se punha era o da seleção dos candidatos estrangeiros. Hoje a seleção, geralmente, é feita em seu país de origem por órgãos governamentais, como na França, ou por Agências de Adoção, como na Bélgica e Luxemburgo, agências estas que deverão ser autorizadas, cadastradas e, principalmente, controladas pelo Poder Público daquele país, atuando como autoridades centrais da Convenção de Haia de 1993. A CEJAI elabora mais um controle. O juiz examina o dossier dos candidatos estrangeiros. O estudo psicossocial estrangeiro, a capacidade dos adotantes para a adoção, os motivos da adoção, a habilitação do CEJAI, o estudo psicossocial do assistente brasileiro e pondera o bem-estar da criança, decidindo a adoção; mas hoje a um requisito a mais: o teste da subsidiariedade. Só irá para a adoção internacional ou é adotável internacionalmente, a criança que não puder ser colocada em adoção nacional. Vejamos os detalhes desta prática do princípio da subsidiariedade.

a) Subsidiariedade e perda do pátrio poder

A lei brasileira prevê que precederá (ou será concomitante) ao processo de adoção (nacional ou internacional) a perda de pátrio poder dos pais biológicos. Assim é que a criança brasileira atinge o grau previsto na Convenção de *adotabilidade*. Ocorre que, com o princípio da subsidiariedade importando em um controle a mais para os juizes e Autoridades centrais, a situação, na prática, pode ter mudado. A autoridade competente deve controlar se não houve tráfico ou benefício financeiro para qualquer uma das partes (Art. 4 da Convenção) e deve verificar as possibilidades da criança permanecer , através de uma adoção nacional, no Brasil. Em outras palavras, as autoridades centrais e as autoridades competentes , no caso, as CEJAIS e os juizes estaduais devem organizar o controle do cumprimento do princípio da subsidiariedade já no processo de perda do pátrio poder.

Efetivamente, o momento de maior perigo de tráfico na adoção internacional é o consentimento dos pais biológicos ou representantes na adoção. Este consentimento pode ser alcançado face à promessa de benefícios financeiros de qualquer tipo. Cabe às autoridades brasileiras coibir esta prática. Daí que com a aplicação de todas estas fontes legais, podemos concluir que os consentimentos hoje para a adoção são consentimentos *em branco e gerais*, os consentimentos não mais se referem a um casal de adotantes estrangeiro em especial, pois a adoção nacional deve ser a privilegiada. A autoridade competente, o juiz estadual, deve verificar se a criança não pode ficar no Brasil, através de uma adoção nacional, antes de deferir qualquer adoção internacional.

Na prática, o princípio da subsidiariedade combate o tráfico justamente ao impedir: 1. que o casal estrangeiro possa "escolher" o adotando (um bebê branco, recém-nascido por exemplo) e "pagar" por isso. 2. que o direito da criança de manutenção do vínculo e de preservação de sua identidade cultural possa ser violado, por interesses financeiros dos intermediários. E o faz através de simples medidas: 1. organizadas as listas de adotáveis nacionais e internacionais, apesar de –teoricamente- os pais biológicos manifestarem interesse na adoção internacional por um casal em especial, o juiz dá preferência para pais nacionais

(que esperam na fila, sem "pagar" por este privilégio). 2. frustada a adoção por tráfico (ou suspeita de tráfico), que lhe traria benefícios, os pais biológicos, geralmente, mudam de idéia e requerem a guarda da criança, ou esta, pelo menos ficará no Brasil, em adoção nacional, sem o perigo do "des-enraizamento" da criança.

Daí a importância das normas sobre perda do pátrio poder, estabelecidas no ECA e no novo Código Civil (Art. 1621) continuarem a atual prática da jurisprudência. O consentimento na adoção não representa a perda do pátrio poder, somente representa um requisito do processo de adoção, como demonstra esta decisão do Superior Tribunal de Justiça:

"PATRIO PODER – Dever irrenunciável e indelegável – Destituição – Consentimento da mãe – Irrelevância – Hipóteses específicas – Art. 392 do Código civil... I – O pátrio poder, por ser "um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante a pessoas e bens dos filhos menores" é irrenunciável e indelegável. Em outras palavras, por se tratar de ônus, não pode ser objeto de renúncia. II – As hipóteses de extinção do pátrio poder estão previstas no art. 392 do Código Civil e as de destituição no 395, sendo certo que são estas exaustivas, a dependerem de procedimento próprio, previsto nos arts. 155/163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consoante dispõe o art. 24 do mesmo diploma. III – A entrega do filho pela mãe pode ensejar futura adoção (art. 45 do Estatuto), e, conseqüentemente, a extinção do pátrio poder, mas jamais pode constituir causa para a sua destituição, sabido, ademais, que "a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder" (art. 23 do mesmo diploma....)".[118]

A idéia básica do ECA (e também da Convenção de Haia) é a de manutenção do vínculo com a família biológica, assegurando o direito de convivência familiar,[119] mesmo que esta tenha consentido anteriormente na adoção:

[118] STJ – REsp 158.920 – SP – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 24.05.1999, in Revista Jurídica, vol 263, SET/99, Jurisprudência cível, p. 128, ementário 15136.

"PÁTRIO PODER - Destituição. Motivos. Ausência. CC, art. 395. Não caracteriza situação de abandono ensejadora da destituição do pátrio poder o fato de a mãe solteira ter deixado o filho no hospital, depois de assinar um documento, no mesmo dia do parto, autorizando a sua entrega a terceiros para adoção, supondo estar autorizando a entrega da criança ao seu pai, que deveria criá-la. Se a mãe, ainda que modestamente, tem condições de criar o filho, não se pode destituí-la do pátrio poder, uma vez que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da família, e a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder, consoante os arts. 19 e 23 do ECA." [120]

b) Cadastro de adotantes e o princípio da subsidiariedade

A implementação da subsidiariedade da adoção internacional impõe que se tente inicialmente uma adoção nacional, por direito fundamental daquela criança de manter-se em sua cultura de origem, daí a organização de um cadastro de adotantes, nacionais e estrangeiros. Com a entrada em vigor da Convenção de Haia no Brasil, o Cadastro de adotantes é hoje nacional (veja site do Ministério de Justiça, SIPIA/Infoadote), mas os juízes estaduais continuam sendo as autoridades competentes para realizar a adoção (art.

[119] Veja prática jurisprudencial, na decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: «ADOÇÃO – Indeferimento de pedido de adoção formulado por casal. Busca, apreensão e institucionalização do menor determinados na sentença – Recursos da genitora e do casal. Provimento da apelação da genitora e do casal. Deferimento da guarda definitiva da criança à mãe biológica. Decisão que preconiza os direitos do menor. Convivência familiar constitucionalmente assegurada. Improvimento do recurso dos postulantes à adoção. (TJSP – AC 049.869.0/3-00 – C. Esp. – Rel. Des. Yussef Cahali – Unânime – J. 11.11.1999, in Revista Jurídica, vol.267, jan. 2000, Ementário 15724)

[120] Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - AC 44.998/3 - 4ª C - Rel. Des. Caetano Carelos - DJMG 28.09.96 in Revista Jurídica 230, dez 1996, ementário, p. 71, nr. 11350.

148,III do ECA). Estes juízes só devem conceder adoções internacionais após a informação da CEJAI (autoridades centrais estaduais da Convenção de Haia)[121] e manifestação do Ministério Público (Art. 201,III do ECA).[122]

A organização da lista de adotantes nacionais e internacionais é feita pelo magistrado e controlada pela CEJAI e já é um tema justiciável, como demonstra esta decisão do Tribunal de São Paulo:

> "ADOÇÃO - Decisão que indeferiu o pedido de inscrição do casal no cadastro de pretendentes à adoção, com base em parecer psicológico que considerou a idade avançada dos pretendentes – Inadmissibilidade a aptidão à adoção sujeita-se apenas à análise das condições genéricas, tais como condições morais e materiais.
>
> O Estatuto da Criança e do Adolescente ao estabelecer os requisitos do adotante, o fez de um modo abrangente e amplo, a fim de facilitar a vinda ao aconchego de uma família, filhos privados de arrimo, de forma que a idade máxima ficou ao prudente critério do juiz não constituindo esta empecilho objetivo à concessão de adoção. Provido o recurso para deferir a inscrição dos apelantes no cadastro de pretendentes à adoção." [123]

Antes da entrada em vigor da convenção de Haia de 1993, nossa corte civil mais alta, o Superior Tribunal de Justiça já havia se manifestado sobre a imperatividade do princípio da subsidiariedade *ex vi* Art. 31 do ECA, mas considerara matéria de prova a 'impossibilidade'

---

[121] Veja como esta consulta prévia à CEJAI é importante hoje no Brasil, para evitar o tráfico, na decisão do STJ impedindo a punição administrativa de um magistrado que não cumpriu com estes requisitos e à comunicação posterior da concessão da adoção internacional, antes da entrada em vigor da Convenção de Haia em 1999. Veja Recurso em Mandado de Segurança nr. 9336/SP, Min. José Arnaldo, j. 25/08/1998, cuja ementa é: «Administrativo. Magistrado. Processo disciplinar. Falta de comunicação de adoção internacional ao CEJAI/Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional. Exigência salutar, que se caracteriza como recomendação por não prevista em lei. - É evidente que a Administração pode e deve estabelecer regras de conduta, entretanto, no caso «sub judice», a sanção não poderia ser imposta sem que o ato ou a omissão que a originou fosse considerado ilegal, pois o ordenamento jurídico garante ao magistrado atuar com independência e decidir à luz do livre convencimento. – A exigência de comunicação do deferimento de adoção internacional, por «justificável preocupação pelos possíveis desvirtuamentos» deve ser concedida como recomendação, e saudável, não implicando, porém, se inobservada, imposição de pena, por não prevista em lei. (Art. 5°, II, CF).» A decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tinha sido pela pena de advertência com a seguinte ementa: « Adoção. Pré-requisito consubstanciado em habilitação expedida pela CEJAI. comissão constituída regularmente pelo Tribunal de Justiça. elemento de índole administrativa, obrigatório à regularidade do procesimento de adoção. Inviabilidade de seu desprezo pelo magistrado. Pena de advertência imposta pelo Conselho Superior da Magistratura...»(RMS 9.336/SP, p. 1 do Relatório).

[122] Veja detalhes do processo de adoção e participação, como fiscal da lei e curador de menores, do Ministério Público, in LIBERTI, p. 145 a 168 ou em meu artigo RT 692,p. 11 e seg.

[123] TJSP, Apelação Cível n° 27.510-0/5. 05 de outubro de 1995, Rel. Des. Yussef Cahali.

de colocação no país, face à inexistência de cadastros de adotantes. Assim a decisão: "ADOÇÃO - Menor. Casal estrangeiro. Excepcionalidade. Art. 31 da L. 8.069, de 13.07.90. Matéria probatória. Fundamento suficiente da decisão recorrida não impugnado. A colocação de menor em família estrangeira constitui medida excepcional, que somente se justifica depois de exauridas as tentativas para manter a criança na própria família ou colocá-la em família adotiva no próprio país. Acórdão recorrido que, perfilhando tal orientação, não atentou contra o disposto no art. 31 do ECA. Assertiva formulada pelos recorrentes de que foram esgotados todos os meios necessários para colocar o menor em lar substituto nacional. Matéria de prova, insuscetível de reexame no âmbito do apelo especial (Súmula 07-STJ). Fundamento expendido pela decisão recorrida, por si só suficiente, que não foi objeto de impugnação pelos recorrentes."[124].

Com a entrada em vigor da Convenção de Haia em 1999, o princípio da subsidiariedade tornou-se ainda mais importante. Como ensina o Superior Tribunal de Justiça, a não consulta ao cadastro de adotantes cria, geralmente, uma situação de fato difícil de ser revista pelo Tribunal, que só examina a questão anos mais tarde, quando a criança já está estabelecida em seu novo lar. Assim, apesar da violação ao ECA e dos corretos e atentos protestos do Ministério Público, decidiu o Superior Tribunal de Justiça em dois casos de 1999 pela manutenção da adoção ilegal, mas destacou que o princípio da subsidiariedade deve ser realmente usado pelos juizes competentes, a fim de coibir o tráfico:

> "ADOÇÃO INTERNACIONAL. Cadastro geral de adotantes Necessidade de consulta. Questão de fato não impugnada. - A adoção por estrangeiros é medida excepcional que, além dos cuidados próprios que merece, deve ser deferida somente depois de esgotados os meios para a adoção por brasileiros. Existindo no Estado de São Paulo o Cadastro Geral de Adotantes, impõe-se ao Juiz consultá-lo antes de deferir a adoção internacional. - Situação de fato da criança, que persiste há mais de dois anos, a recomendar a manutenção do *status quo*. Recurso não conhecido, por esta última razão."[125]

> "ADOÇÃO INTERNACIONAL. Cadastro geral. Antes de deferida a adoção para estrangeiro, devem ser esgotadas as consultas a possíveis interessados nacionais. Organizado no Estado um cadastro geral de adotantes nacionais, o juiz deve consultá-lo, não sendo suficiente a inexistência de inscritos no cadastro da comarca. Situação já consolidada há anos, contra a qual nada se alegou nos autos, a recomendar que não

[124] Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 27.901-3 - MG - 4ª T - Rel. Min. Barros Monteiro - DJU 12.05.97, in Revista Jurídica 237, jul. 97, Ementário nr. 12108.

[125] Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 196.406/SP, 09.03.1999, Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

seja alterada."[126]

Em apenas um caso, foi possível retirar a criança (em estágio probatório) com os estrangeiros e realizar a adoção nacional:

> "ADOÇÃO INTERNACIONAL. Cadastro central de adotantes. Necessidade de sua consulta. A adoção por estrangeiros é medida excepcional. Precedente (REsp nº196.406-SP). Situação de fato superveniente, com o deferimento da guarda do menor a casal nacional, estando em curso o estágio de convivência. Perda do objeto. Recurso especial não conhecido."[127]

Apesar destes caso de 1999 e do alerta do STJ, em 2001, caso semelhante ocorreu no Brasil, demonstrando que a prática dos magistrados estaduais ainda não se consolidou:

> "CIVIL. ADOÇÃO POR CASAL ESTRANGEIRO. O Juiz da Vara da Infância e da Juventude deve consultar o cadastro centralizado de pretendentes, antes de deferi-la a casal estrangeiro. Hipótese em que, a despeito de omissão a esse respeito, a situação de fato já não pode ser alterada pelo decurso do tempo. Recurso especial não conhecido."[128]

Os Tribunais Estaduais têm reafirmado que aqui o interesse maior a ser protegido é o bem estar da criança e que uma flexibilização é importante,[129] mas que deve se atentar para a importância de um controle prévio ou concomitante das CEJAs e do Ministério Público, de forma que a toda a adoção internacional violadora do princípio da subsidiariedade não se torne um "fato consumado", insuscetível de ser desfeito, como observa nesta decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

> "ADOÇÃO INTERNACIONAL. Viabilidade dependente da observância de requisitos legais, instituídos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente com evidente interesse protetivo do adotando. Inaceitabilidade da criação, pelos adotantes estrangeiros, de fato consumado completamente divorciado da lei brasileira. Sentença

---

[126] Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 180341/SP, 18.11.1999, Min. Ruy Rosado de Aguiar.

[127] Recurso Especial 202.295-SP, DJ 28.06.99, Min. Ruy Rosado de Aguiar.

[128] STJ, Recurso Especial 159075/SP, Min. Ari Pargendler,j. 19/04/2001.

[129] «Adoção internacional. Sentença cassada. Não se pode impedir a adoção de criança ou adolescente por casal estrangeiro, sob o argumento de que os nacionais preferem os alienígenas. A preferência se estabelece somente quando concorrem nacionais e estrangeiros. Entraves burocráticos não podem servir de empecilho para que se resgate uma criança de um destino infame, quando se apresenta para ela uma oportunidade de viver em um país organizado, de primeiro mundo, como os Estados Unidos da América, no seio de uma família substituta em que a mulher conserva a dupla nacionalidade, a brasileira e a americana. Um casal de fé mosaica, com vida estabilizada e integrados na comunidade onde vivem. Apelo provido. Unânime.» (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível 595136102, 09.11.1995, Desembargador Antonio Carlos Stanger Perreira).

de improcedência mantida. Apelo improvido" [130]

Como se observa, o bem estar da criança e a ponderação das circunstâncias especiais do caso tem guiado a decisão desta já rica jurisprudência sobre o princípio da subsidiariedade, que tem demonstrado ser um eficiente instrumento no combate ao tráfico de crianças e outros perigos da adoção internacional.

OBSERVAÇÕES FINAIS

Com a entrada em vigor a *Convenção de Haia sobre a proteção e a cooperação em matéria de adoção internacional*, e as adaptações do regime atual da adoção internacional, há um novo espírito de cooperação administrativa e judicial, de combate ao tráfico de crianças e de respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos neste momento humano complexo e decisivo, que é a adoção de crianças brasileiras por estrangeiros domiciliados fora do Brasil.

Apesar da aprovação do novo Código Civil em 2003, por menção expressa deste, parece-me que o Estatuto da Criança e Adolescente continuará a reger, como *lex speciales*, a adoção internacional até ser substituído por lei específica sobre o tema. O ECA é uma excelente lei especial para a adoção internacional, se aplicado conjuntamente com a Convenção de Haia de 1993. No diálogo das fontes, o direito brasileiro supera a visão tradicional do instituto da adoção, de negócio jurídico privado, de interesse prioritário dos pais adotivos, de continuação de sua família, seu nome, sua cultura (adoção clássica), para pensar o instituto da adoção como uma das soluções individuais para as dificuldades específicas daquele adotado em manter o vínculo com sua própria família ou, no caso da adoção internacional e subsidiária à nacional, dificuldades de encontrar uma família apropriada em seu próprio país. É a nova adoção, concentrada nos interesses e bem-estar da criança, visto sob o lado afetivo e econômico, em que a criança passa de passivo "objeto" de decisão das autoridades competentes, a sujeito de direitos protegíveis no novo processo de adoção.

A Convenção de Haia de 1993 não revoga ou ab-roga o Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro, ao contrário, expressamente declara que as leis nacionais devem ser mantidas (art. 28 da Convenção). A Convenção contribuiu para atualizar o espírito da lei, mais adaptado à aproximação dos países, à globalização e às facilidades, tanto de contatos internacionais privados, como do deslocamento de crianças, de agentes facilitadores independentes ou de agências internacionais de adoção (intermediários) e de informação e cooperação das autoridades competentes. Visa a evitar o tráfico de crianças, o abandono induzido para adoção internacional de bebês e o benefício financeiro de qualquer um daqueles

[130] Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível. 597217496, 19.12.1997, Desembargador Antonio Guillerme Tanger Jardim, in Revista de Jurisprudência TJRGS, 187, p. 356-358.

que participam na adoção de crianças. O princípio da subsidiariedade é importante peça neste novo cenário.

Concluindo, os requisitos para as adoções internacionais no Brasil são:

1. Comprovação da capacidade dos adotantes estrangeiros para adotar e apresentação através da Autoridade Central de seu país - a lei exige (art. 51,§1° ECA) que o candidato comprove "mediante documento expedido pela autoridade competente do respectivo domicílio, estar devidamente habilitado à adoção, consoante as leis de seu país", assim como o Art. 7° da LICC/42 indica esta lei como regendo a questão prévia da capacidade para adotar. Esta exigência é complementada pela norma do §2° do art. 51, a qual dispõe que a autoridade judiciária poderá determinar, a exemplo do art. 14 da Lei de Introdução ao Código Civil e do art. 337 do Código de Processo Civil, a apresentação do texto pertinente à legislação estrangeira invocada, acompanhada de prova da respectiva vigência. A Convenção de Haia de 1993 combate a procura independente (Declaração brasileira de 16 de maio de 2000) de crianças para adotar, sendo assim os candidatos devem ser 'habilitados' e selecionados pela Autoridade Central de seu pais de domicílio (Art. 14 e 17 da Convenção de Haia c/c Art. 7° da LICC/42 e Art. 51,§1° ECA).

2. Comprovação da habilitação para adotar e estudo psicossocial estrangeiro - o mesmo §1° do art. 51, *in fine*, do ECA prevê que o candidato estrangeiro apresente um "estudo psicossocial, elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem". Hoje este estudo é enviado (geralmente também, elaborado) pela autoridade central (ou agências atuando como autoridades centrais) daquele país para a autoridade central brasileira (que direciona para a CEJAI). A primeira conseqüência prática desta norma é que os candidatos não deverão mais se dirigir diretamente aos juízes brasileiros, mas antes submeter-se a uma seleção em seu país de origem e participar do cadastro nacional de adotantes. O Ministério da Justiça brasileiro (autoridade central federal) fiscaliza e credencia as agências estrangeiras, como parte das tarefas da autoridade central federal, o que facilitará a tarefa das autoridades competentes (juízes) e das autoridades centrais estaduais, reunidas em fórum para trocar informações.[131]

3. Laudo de habilitação da CEJAI , documentação e aceitação da Autoridade central de seu país - A aceitação do candidato estrangeiro como devidamente habilitado para adotar no Brasil e integrar o cadastro de adotantes é feita pelas CEJAIs, atuando como autoridades centrais.[132] Este "laudo de habilitação" do candidato para adotar deve ser apresentado aos juízes estaduais (art. 52 do Estatuto), que é quem realmente decide sobre o "matching" face aos critérios antes explicados.[133] A documentação traduzida em pedido de adoção formulado

---

[131] Note-se que até 2002 só entidades da França, Itália, Espanha e Países Baixos estavam credenciadas na autoridade central brasileira e que a Res. 04/2001 recomendava (cláusula 3ª) "que as Autoridades Centrais não recebam pedidos de habilitação de pretendentes estrangeiros através das organizações internacionais que não tenham concluído o credenciamento na Autoridade Central Administrativa Federal."

por estrangeiro residente ou domiciliado fora do Brasil é importante e verificada pela CEJAIS. Todos os documentos em língua estrangeira juntados aos autos deverão, como é de praxe, ser devidamente autenticados pela autoridade consular brasileira e acompanhados pela respectiva tradução, por tradutor público juramentado (art. 51,§3° ECA). A Convenção de Haia exige que a Autoridade central do país de acolhida manifeste-se sobre a entrada da criança eventualmente dada em adoção naquele país de domicílio dos adotantes (Art. 14 e 17 da Convenção de Haia de 1993).

4. Teste da Subsidiariedade – O Art. 31 do ECA e a Convenção de Haia exigem que seja verificada a possibilidade de uma adoção nacional, o que significa a consulta ao cadastro nacional de adotantes, a lista da comarca e a um estudo dos auxiliares do juiz sobre a possibilidade de sucesso de uma adoção nacional.[134] O juiz deve comprovar as condições de adotabilidade internacional daquela criança (não existência de tráfico ou benefícios financeiros para os intermediários e pais, etc.) e, se possível, preencher os formulários (consentimento, extratos de sentença etc.) sugeridos pela Convenção de Haia em 1993, de forma a facilitar o reconhecimento de sua sentença no futuro (Art. 4, 7, 17 da Convenção de Haia).

5. Vinda do adotante ao Brasil – Estando as Autoridades centrais de acordo com a adoção, mister a vinda do adotante ao Brasil, pois segundo o art. 39, parágrafo único do ECA as adoções por procuração estão proibidas,[135] logo, o candidato estrangeiro residente fora do país deverá apresentar-se pessoalmente ao juiz, e assinar o pedido de adoção quando vier conhecer e adotar a criança estabelecida pelo Juizado para sua adoção, demonstrando assim sua inequívoca vontade de adotar aquela criança. As autoridades centrais devem ter decidido anteriormente sobre este "matching" (Art. 4 e 17 da Convenção), mas ainda é possível que a adoção não se realize, por exemplo, quando a criança recusa os pais adotantes indicados durante o período de convivência.

---

[132] Assim decisão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança nr. 9336/SP, Min. José Arnaldo, j. 25/08/1998,p. 4 do voto: «O art. 52, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.068, de 13.7.90),...erigiu em pré-requisito para adoção internacional, a expedição de laudo de habilitação por uma Comissão Estdual Judiciária de Adoção, a fim de instruir o processo competente.»

[133] Assim também decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: «Competência...Adoção. Adotantes estrangeiros. Complementação do estudo social. Dispensa pela Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional. Admissibilidade. Ato que se insere no juízo de conveniência da Comissão. Concessão da habilitação para adoção, ademais, que não excluirá a avaliação do conteúdo do estudo por parte do Juiz competente. Segurança denegada – O laudo de habilitação é apenas requisito da admissibilidade do pedido de adoção, mas não é fundamento para sua concessão. Não vincula o juiz, único competente para o reconhecimento e aplicação do instituto.» in Lex JTJ, n. 146, p. 256-258.

[134] Veja MARQUES, Notícia, p. 4 e seg ou *Subsidiaritätsprinzip*, p. 342 e seg.

6. Estágio de convivência e bem-estar da criança – o último dos requisitos é um reduzido estágio de convivência, último teste quanto ao bem-estar da criança. Segundo dispõe o art. 46,§ 2º do Estatuto, em se tratando de adoção por estrangeiro não domiciliado no país o juiz deverá determinar o cumprimento de um estágio de convivência reduzido no território nacional, de no mínimo 15 dias para crianças até 12 anos de idade e, de no mínimo 30 dias, quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade. Só após o estágio (que pode ser reduzido pelo juiz) é que a sentença de adoção será elaborada e a criança poderá deixar o Brasil. As adoções internacionais também são submetidas ao princípio do art. 43 do ECA, do interesse superior da criança e só serão concedidas se apresentarem "reais vantagens para o adotando", cabendo ao juiz (autoridade competente da Convenção de Haia) esta última decisão.

Trata-se de um longo e fragmentado caminho para alcançar-se uma adoção internacional legal no Brasil. Hoje, em tempos pós-modernos,[136] mister afirmar que a expressão "melhor interesse" (*best interest*), "bem-estar" ou a expressão do art. 43 do ECA, "vantagem" para a criança deve ser interpretada à luz da Convenção dos Direitos da Criança da ONU, à luz dos direitos básicos assegurados no ECA, exatamente como faz a Convenção de Haia de 1993, que impõe e organiza a subsidiariedade da adoção internacional. A expressão "vantagem para a criança" passa a ter um duplo sentido[137] : é bem-estar econômico e afetivo, mas é direito a sua identidade cultural, a manutenção do vínculo, é respeito aos seus novos direitos humanos, inclusive o protegido no princípio da subsidiariedade da adoção internacional. Os valores a ponderar são portanto dois: não há bem-estar econômico-afetivo, se violamos os direitos humanos culturais e de identidade da criança; não há respeito aos direitos humanos da criança, se a decisão desrespeita seu bem-estar afetivo ou econômico e lhe nega uma chance de um futuro melhor. Só a conjunção destes dois fatores é que realiza a expressão, o conceito aberto "melhor interesse" ou "vantagem", base da nova adoção internacional de crianças.

---

[135] Veja a importância desta proibição no combate ao tráfico de crianças, in LIBERATI, p. 23 e seg.
[136] Assim me manifestei, Subsidiaritätsprinzip, p. 3 e seg.
[137] Expressão do direito pós-moderno, introduzida por JAYME, Cours, p. 36 e seg. E que utilizo in Subsidiaritätsprinzip, 124 e seg.

Por Quem os Sinos Dobram: O *Leading Case* das Queimadas no RS

Patricia Azevedo da Silveira

Mestre em Direito Público – UFRGS
Doutoranda em Direito / UFRGS
Professora de Teoria Constitucional do Direito Ambiental do Curso de Especialização em Direito Ambiental da UFRGS

Vicente de Azevedo Marques

Mestre em Integração da América Latina – USP
Assessor Técnico da Assembléia Legislativa – RS

APRESENTAÇÃO 1. Sob fogo cruzado: as queimadas na arena parlamentar gaúcha 2 Da Constituição Estadual à Emenda Constitucional 32/2002: uma cronologia 3. A Emenda Constitucional 32/02 e a atuação do Ministério Público 4. As queimadas na jurisprudência do TJRS CONCLUSÃO BIBLIOGRAFIA

Apresentação

O direito ambiental no Brasil vem sendo paulatinamente implementado. Em nível infraconstitucional, a Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, sinalizou pela primeira vez de forma profunda, a busca de um novo paradigma na relação homem-natureza, sobretudo no que diz respeito à apropriação dos bens ambientais. Embora inúmeras metas tenham sido elaboradas na Rio-92, constatou-se que elas não foram efetivamente concretizadas. O diagnóstico atual não é muito animador, pois não vivemos num estágio de desenvolvimento sustentável.

É natural que num processo de elaboração das leis, uma "avalanche verde" de normas restritivas sejam criadas para suprir uma lacuna normativa existente. Num segundo momento, quando as restrições começam a ser vividas por segmentos produtivos, percebe-se o descompasso entre norma e realidade pelas mais diversas razões.

Muitas vezes essa saída é o não-cumprimento das normas existentes. Noutras, a opção é tentar mudar as normas. Mas num regime que proclama uma Constituição rígida, seu conteúdo deve ser devidamente apreciado para se verificar o que efetivamente pode ser alterado. Caso contrário, estaríamos violando o Estado de Direito. Mesmo em nível infraconstitucional não podemos perder de vista o horizonte constitucional que invoca a delineação axiológica dessa categoria de normas. Caso contrário, poderemos estar criando uma lei arbitrária[1].

O sistema da repartição de competências previsto na Constituição Federal (CRFB) de 1988 dispõe que em matéria ambiental a competência para legislar é concorrente, com fulcro no artigo 24, VI. Isso significa dizer que a União edita normas gerais e os demais entes da federação a complementam adequando-as às suas peculiaridades regionais e locais. Mas essa norma há de ser geral, sob pena de infringir o campo de autonomia que o regime federativo reconhece aos demais entes da federação.

Não há um dispositivo na CRFB que autorize as queimadas. Na Constituição gaúcha de 1989 há a sua vedação expressa (art. 251, §1°, XIII).

O Código Florestal Federal, Lei 4.771, data de 1965, período em que vigia outra Constituição, com outros fundamentos axiológicos e outra estrutura federativa. Esse código sofreu alterações, mas continua em vigor. No seu artigo 27, dispõe que:

Art. 27- É proibido o uso de fogo nas florestas e demais formas de vegetação.

Parágrafo único. Se peculiaridades locais ou regionais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, a permissão será estabelecida em ato do Poder Público, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução.

Em 1992, o Estado do RS editou seu próprio Código Florestal, seguindo a orientação disposta no Ato das Disposições Transitórias da Constituição (ADCT). No entanto, desde esta edição, diversos segmentos sociais mostraram-se insatisfeitos com as vedações por ele impostas e se insurgiram contra a sua aplicação. Entre estes segmentos, destacaram-se os dos pecuaristas e mais recentemente, de agricultores com pouca terra. Em alguns municípios foram elaboradas e aprovadas leis com base no interesse local, distanciando-se dos comandos normativos contidos na Constituição Estadual (CE) e no Código Florestal.

---

[1]Sobre lei arbitrária sugerimos a leitura de DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law: Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. http: // www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-32/panteão_32.htm//. Acesso em: 02/09/2002.

Tal movimento culminou com a elaboração de uma Emenda que alterou sensivelmente a Constituição estadual. A bancada majoritária na Assembléia Legislativa adotou o seguinte raciocínio: se a Constituição permite as queimadas controladas e está acima do sistema infraconstitucional, então não podemos nos opor a ela. Seguindo esse raciocínio e, ainda, baseados na decisões jurisprudenciais a eles desfavoráveis, optaram pela tentativa de mudança na Lei Maior.

Contudo, há um sistema de valores que "tatua" a Constituição. Ele não pode sequer ser alterado por reformas constitucionais, pois está centrado no campo das limitações explícitas (cláusulas pétreas) e implícitas, decisão política fundamental do Estado. No caso gaúcho, o constituinte de 1989 optou pela realização da preservação do meio ambiente e adotou expressamente como uma das medidas possíveis combater as queimadas. Essas ações podem ser consideradas como instrumentos para concretizar o direito ao meio ambiente equilibrado. E isso constituiu *uma decisão política fundamental.* Criou então uma norma mais restritiva que orientou o legislador estadual na elaboração do Código Florestal estadual. Por sua vez, esse diploma legal, inspirado nesse fundamento axiológico, possibilitou unicamente a realização das queimadas em caso de controle e eliminação de pragas e doenças, como forma de tratamento fitossanitário, desde que não seja de forma contínua e mediante licença do órgão florestal competente.

Senão fosse a existência do artigo 251, talvez pudéssemos pensar na possibilidade de o Estado autorizar a realização de queimadas controladas. Elas dependeriam, porém, da apreciação da área propriamente dita e da autorização do órgão estadual competente (o impacto não é meramente local) e, em determinados casos, inclusive de EIA/RIMA, somado isso à apreciação de inúmeros princípios que regem o direito ambiental. Mas essa não foi a opção do constituinte estadual, *que preferiu combater as queimadas. Assim, nenhuma norma infraconstitucional, sequer uma reforma constitucional poderia subverter tal entendimento.*

Que lógica é essa? Por quem os sinos dobram?

Para tentar responder essa questão, organizamos o texto em cinco partes além desta. Na primeira e na segunda é feita uma cronologia das proposições apresentadas na Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul sobre as queimadas. Na terceira, é descrita a atuação do Ministério Público sobre a tentativa de alteração da Constituição Estadual. A quarta comenta a jurisprudência sobre o tema. A última parte apresenta algumas conclusões.

1. Sob fogo cruzado: as queimadas na arena parlamentar gaúcha

A promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 32 em julho de 2002 concluiu um importante processo de debate sobre a legislação ambiental do Rio Grande do Sul. Através dela foi alterado o dispositivo que incumbia o Estado de combater as queimadas e responsabilizar o usuário da terra pelas suas conseqüências:

Art. 251. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo, preservá-lo e restaurá-lo para as presentes e futuras gerações, cabendo a todos exigir do Poder Público a adoção de medidas nesse sentido.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, o Estado desenvolverá ações permanentes de proteção, restauração e fiscalização do meio ambiente, incumbindo-lhe, primordialmente:

I - prevenir, combater e controlar a poluição em qualquer de suas formas;

II - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, obras e monumentos artísticos, históricos e naturais, e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, definindo em lei os espaços territoriais a serem protegidos; (...)

VII – proteger a flora, a fauna e a paisagem natural, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica e paisagística, provoquem extinção de espécie ou submetam os animais à crueldade;

VIII – definir critérios ecológicos em todos os níveis do planejamento político, social e econômico; (...)

XI – promover o manejo ecológico dos solos, respeitando sua vocação, quanto à capacidade de uso; (...)

XIII – *combater as queimadas responsabilizando o usuário da terra por suas conseqüências.* (grifamos)

A nova redação passou a estabelecer que incumbe ao Estado:

XIII- combater as queimadas, **ressalvada a hipótese de que, se peculiaridades locais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, ocorra permissão estabelecida em ato do poder público municipal, estadual ou federal, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução.** (grifamos)

Deputados de vários partidos comemoraram a aprovação da EC, assim como entidades representativas de produtores rurais e de associações de municípios. O Governo do Estado, através do Secretário Estadual do Meio Ambiente, considerou-a como um verdadeiro retrocesso na defesa do meio ambiente[2]. Este entendimento que foi reiterado pela Conferência Estadual do Meio Ambiente (CONFEMA 2002), que aprovou uma moção de repúdio contra as queimadas[3].

---

[2]"Legislativo aprova queimadas controladas". Correio do Povo, Porto Alegre, 26.06.2002. Geral, p. 5.
[3]Ver a este respeito: "Confema pede fim da caça no RS". Correio do Povo, Porto Alegre, 16.09.2002.

2. Da Constituição Estadual à Emenda Constitucional 32/02: uma cronologia

O ADT da Constituição do Rio Grande do Sul de 1989, prevê em seu artigo 40 a edição de dois Códigos Estaduais nos quais o uso do fogo poderia ser abordado, o do Meio Ambiente e o Florestal.

O Código Estadual do Meio Ambiente começou a ser debatido pela Assembléia Legislativa a partir dos Projetos de Lei (PLs) nº 177/91 e nº 206/92, de autoria do deputado Ivar Pavan (Partido dos Trabalhadores – PT).

O primeiro projeto proibiu no artigo 58 a promoção de queimadas em três situações: nas unidades de proteção ambiental, nas zonas de proteção ambiental e nas terras de propriedade do Estado ou dos Municípios. No artigo 59, estabeleceu a responsabilidade dos proprietários adotarem medidas preventivas eficazes contra a propagação de incêndios a partir de queimadas em propriedades privadas. O segundo projeto manteve, nos artigos 47 e 48, a redação proposta anteriormente, incluindo a proibição da promoção de queimadas também para as restevas de lavouras.

A partir de 1994 as propostas para o Código Estadual do Meio Ambiente passaram a ser de iniciativa da Comissão Permanente de Saúde e Meio Ambiente. Naquele ano, foi protocolado o PL nº 400, que no seu artigo 60 vedava o corte raso das florestas nativas, bem como as queimadas de campo e de qualquer outro tipo de vegetação. O projeto foi desarquivado nos anos de 1995, 1996 e 1998, mas não reuniu condições técnicas e políticas para votação em Plenário.

Em 1998, a mesma Comissão ofereceu uma nova redação ao Código através do PL nº 140. Manteve, no entanto, o texto do artigo 60 da proposta anterior (agora renumerado como artigo 165) e criou um parágrafo único a ele, vedando também o uso de substâncias químicas para desidratação, secagem ou queima de vegetação como forma de manejo de campo nativo e de florestas. O projeto foi desarquivado em 1999 e 2000, quando foi levado à votação no mês de junho.

Em Plenário, foram propostas várias emendas em relação ao artigo 165. Ao final, prevaleceu o acordo entre os líderes partidários de todas as bancadas favorável à emenda, de iniciativa da Bancada do Partido Progressista Brasileiro (PPB), que propôs a supressão deste artigo. A justificativa do autor para a emenda argumentou que a vedação da queima de campo contraria "prática de manejo agropastoril apoiada em abalizadas opiniões técnicas e consagração pelo uso multissecular, sem qualquer degradação das pastagens da região do Planalto do Nordeste do Estado."

Dessa forma, a Lei nº 11.520/00, que instituiu o Código Estadual do Meio Ambiente, não contém dispositivos específicos sobre as queimadas, a não ser o artigo 23, que autoriza o Poder Executivo a firmar convênios com entidades públicas e privadas para auxiliarem na preservação do ambiente natural e na orientação de entidades de agricultores e pecuaristas sobre as queimadas em geral.

Cabe, então, ao Código Estadual Florestal (Lei nº 9.519) as principais normas sobre o tema. Foi instituído em 1992, a partir do PL nº 85/91, de autoria do deputado Francisco Turra (PDS, atual PPB), cuja redação original previa a proibição do uso do fogo nas atividades agropastoris e florestais (art. 52). Permitia a sua utilização para limpeza e manejo em áreas de florestas, atividades agropastoris e demais formas de vegetação mediante autorização da autoridade florestal competente nos casos de tratamento fitossanitário, observadas normas, critérios e garantias de controle (art. 53). A proposta incluía ainda dois artigos para prevenção e extinção de incêndios florestais (arts. 54 e 55) e um capítulo específico sobre as atribuições dos municípios (art. 24). Por esse dispositivo, a política florestal municipal deveria ajustar-se às disposições do Código, priorizando, ente outros aspectos, o controle, a fiscalização e a proteção do ambiente, de forma complementar e conjunta com os organismos federais e estaduais (inciso II).

Não houve acordo ente as bancadas sobre as atribuições dos municípios, entre outros aspectos. O substitutivo apresentado pelo autor do Projeto foi aprovado por unanimidade pelos deputados em dezembro de 1991. Em seu artigo 28, proibiu o uso do fogo ou queimada nas florestas e demais formas de vegetação natural, e nos dois parágrafos seguintes possibilitou esse uso, de forma descontínua, em caso de controle e eliminação de pragas e doenças como prática de tratamento fitossanitário:

Art. 28- É proibido o uso do fogo ou queimadas nas florestas e demais formas de vegetação natural.

§1°- Em caso de controle e eliminação de pragas e doenças, como forma de tratamento fitossanitária o uso de fogo, desde que não seja de forma contínua, dependerá de licença do órgão florestal competente.

§ 2°- No caso previsto no §1°, o órgão florestal competente deverá difundir critérios e normas de queima controlada, assim como campanha de esclarecimento de combate a incêndios.

A lei incumbiu ainda o órgão florestal competente de licenciar o uso do fogo e difundir critérios e normas de queima controlada, assim como realizar campanha de combate a incêndios.

Em 1998, o PL nº 287, de autoria do deputado Kalil Sehbe (Partido Democrático Trabalhista – PDT), propôs a supressão do art. 28 do Código Florestal Estadual e dos seus parágrafos 1° e 2°. Esse projeto foi reapresentado em 1999 e 2000, mas não foi votado pelo Plenário. O entendimento do autor era que, uma vez aprovada a sua proposta, o tema seria remetido exclusivamente ao Código Florestal Federal, em especial ao seu artigo 27.

Em agosto de 1999, o deputado João Osório (Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB) protocolou o PL nº 189, que mantinha a proibição do uso do fogo, mas permitia o seu emprego "como meio de controle e eliminação de pragas e doenças, como forma de tratamento fitossanitário, bem como em áreas já

utilizadas anteriormente para lavoura, se as peculiaridades locais ou regionais assim justificarem, e mediante permissão de órgão do poder público municipal".

A justificativa do projeto destacou o uso do fogo como prática necessária associada à recomendação técnica da prática de pousio para conservação do solo. Este tipo de ação auxiliaria a produção e a manutenção das famílias dos pequenos produtores.

O autor enfatizou também as atribuições do Poder Público Municipal para permitir o uso do fogo e credenciar técnicos para emitir os laudos necessários. Segundo o autor, este poder estaria mais capacitado em razão da proximidade geográfica e da disponibilidade de recursos humanos e institucionais para proceder à identificação das características locais, do cumprimento das normas previstas e da sua fiscalização.

O projeto foi aprovado pelo Plenário em maio de 2000, com uma emenda apresentada pelo deputado Germano Bonow, do Partido da Frente Liberal (PFL). A emenda estendeu ao Poder Público estadual a atribuição de permitir o uso do fogo como forma de tratamento fitossanitário nas condições previstas na lei e credenciar técnicos competentes para a emissão de laudo para essa finalidade.

O veto total do Poder Executivo ao PL nº 189 baseou-se em razões de ordem constitucional, legal e de defesa do interesse público. O Governador do Estado, Olívio Dutra (PT) considerou, entre outros aspectos, que o projeto aprovado teria o "condão de provocar o uso indiscriminado e descontrolado do fogo, abrindo a possibilidade à inadequada municipalização da proteção ambiental, sem a previsão de instrumentos de participação, sem a fixação de critérios técnicos adequados ou mesmo sem a verificação da capacidade dos municípios de efetuarem a vigilância necessária na prática da queimada". Segundo o Governador, "diversos estudos comprovam que o uso indiscriminado do fogo e de queimadas na vegetação diminui as condições de proteção e manutenção da biodiversidade de espécies da fauna e da flora, aumenta a emissão de gases na atmosfera, eleva a temperatura da superfície e altera os processos microbiológicos no solo prejudicando a sua estrutura e fertilidade e aumentando o risco de erosão. Ademais o fogo descontrolado, em suas diversas modalidades, traz perigos a comunidade, podendo destruir habitações, plantações, criações, estações de telecomunicações, além de causas o desligamento de linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica e o comprometimento do transporte aéreo, rodoviário e ferroviário, entre outros. Salientou ainda que a proposta não contemplava qualquer tipo de preocupação com a vegetação existente no local, o que poderia colocar em risco até a Mata Atlântica[4].

---

[4]O próprio deputado João Osório, autor do PL nº 189, reconheceu parte dos argumentos do veto, protocolando em seguida o PL nº 190/00, corrigindo a redação dada pela Lei nº 11.498. Essa nova redação permitia o uso do fogo somente em áreas de capoeira, conceituada pelo Código Florestal Estadual, desde que já utilizadas anteriormente como lavoura. Ela manteve, porém, a atribuição dos municípios para permitir o uso do fogo. Procurou assim, excluir a possibilidade legal de atingir as florestas.

O veto foi rejeitado por 30 votos contra 12. Em seguida, foi promulgada como Lei nº 11.498, de 04 de julho de 2000. Em seguida, o Pleno do Tribunal de Justiça do Estado considerou inconstitucional esta Lei, conforme será descrito adiante neste texto.

Em 2001, o deputado Frederico Antunes (PPB) apresentou o PL nº 322, que resgatou em grande parte o conteúdo de uma emenda prejudicada por ocasião da votação do Código Estadual do Meio Ambiente. Seu objetivo foi o de "harmonizar o atual conflito existente entre a repressão ao uso do fogo em campos nativos e a necessidade dessa ferramenta como manejo para a obtenção de proteína animal". Nesse intuito, propôs alterar o artigo 28 do Código Florestal e permitir o emprego do fogo, mediante a queima controlada, como técnica de manejo em atividades agropastoris, observadas as normas e condições contidas na legislação federal e os critérios de zoneamento territorial do Estado nos aspectos de solo, topografia e cobertura vegetal.

A proposição define queima controlada como o "emprego do fogo de forma adequada e responsável pelo produtor, observando a época, condições climáticas, limites de áreas e preservação das áreas relevantes para manutenção da diversidade dos sistemas". Também estabelece a responsabilidade dos órgãos governamentais para implantarem e incentivarem programas alternativos com vistas à redução gradativa do uso do fogo e prevê um período de cinco anos para implantação desses programas.

A partir de 2001, foram protocoladas duas Propostas de Emenda à Constituição (PEC). Ambas trataram com igual teor a mudança do inciso XIII do parágrafo 1º do artigo 251, relativo ao combate das queimadas. A primeira delas, de autoria do deputado Francisco Appio (PPB) e outros 21 deputados, recebeu o número 113. Foi autuada em junho de 2001 e submetida à votação em Plenário em dezembro do mesmo ano, quando obteve 29 votos favoráveis e 12 votos contrários. Foi rejeitada por não atingir os 33 votos exigidos pelo art. 58, parágrafo 2º da Constituição (três quintos do total de deputados).

A segunda PEC, de autoria do deputado Francisco Appio (PPB) e mais 31 deputados recebeu o número 119. Foi autuada em março de 2002 e submetida à votação em Plenário em junho do mesmo ano. Foi aceita em primeiro turno com 39 votos favoráveis e 8 votos contrários, e aprovada em segundo turno com 38 votos favoráveis e 13 votos contrários.

A justificativa da Proposta de Emenda ressaltou que o texto constitucional criava restrições ao emprego do fogo previsto pelo artigo 27 do Código Florestal Federal. Em especial, impedia que os municípios da região Nordeste do Planalto do Estado legislassem sobre esta prática, considerada consagrada e adequada às peculiaridades locais e regionais[5].

[5]Desde a edição do Código Florestal Estadual, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou inconstitucionais diversas leis municipais que tratavam autorização da queimada de campo nativo. A maioria delas foi aprovada de 1994 em diante. Entre estas normas, destacam-se as de André da Rocha, São Francisco de Paula e São José dos Ausentes (julgadas em 1995), Lagoa Vermelha (1996) e Jaquirana (2000), todos municípios da região Nordeste do Estado.

A Emenda Constitucional promulgada tem a seguinte redação:

XIII- combater as queimadas, **ressalvada a hipótese de que, se peculiaridades locais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, ocorra permissão estabelecida em ato do poder público municipal, estadual ou federal, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução."** (grifamos)

Depois da promulgação da EC foram protocolados dois projetos que tinham como objetivo regulamentá-la: o PL 213/02, do dep. João Osório (PMDB) e o PL 225/02, do Poder Executivo. O Governo do Estado entendeu que à mudança na Constituição deveria corresponder a alteração do art. 28 do Código Florestal e por esta razão, não editou qualquer norma que a regulamentasse.

Em síntese, podemos verificar que desde a edição da CE, foram várias as tentativas de alteração da legislação relativa às florestas. Ao longo dos anos, elas foram encampadas por diferentes partidos com diversas argumentações. Progressivamente, foram alcançadas as condições políticas e os votos necessários para viabilizar a aprovação das modificações propostas.

O apoio a estas proposições cresceu principalmente após o reforço do argumento que procurava contrapor o interesse ambiental ao interesse social de determinadas regiões geográficas e certos grupos, especialmente dos agricultores com pouca terra ou pouca renda.

Também contribuiu decisivamente para estas aprovações a formação de um bloco de oposição ao Governo do Estado, que se manifestou contrário às proposições que tornavam menos rígidas as restrições às queimadas. Estes parlamentares procuraram, de uma forma geral, caracterizar supostas arbitrariedades do governo em relação à fiscalização e uma suposta omissão frente aos efeitos econômicos e sociais da crise na agropecuária.

A formação deste bloco majoritário foi freqüente durante todo o período legislativo e suas origens extrapolam os debates a respeito dos temas ambientais.

3. A Emenda Constitucional 32/02 e a atuação do Ministério Público[6]

O Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) sobre a EC nº 32. O Tribunal de Justiça do Estado (TJRS) julgou procedente o pedido liminar[7] para sustar os efeitos da mesma, o que felizmente denota uma maior aproximação do magistrado em relação ao direito ambiental e da crescente conscientização do tribunal gaúcho no que diz respeito à preservação ambiental.

---

[6]Agradecemos a assessora jurídica do MPRS, Paula Lavratti, e à Dra. Silvia Cappelli, procuradora de justiça do RS, pelo envio de cópia da ADIN ajuizada pelo MPRS em matéria de queimadas.

[7]Sobre a decisão final emanado do Tribunal Pleno existe outro artigo elaborado, ainda inédito.

A ADIN constitui um dos instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais. Eis aqui a aproximação do direito instrumental e direito material, atenuando-se suas linhas divisórias e aproximando-os. No presente caso, com a aprovação da Emenda Constitucional, não restou alternativa senão o ajuizamento desse instrumento processual-constitucional para ver-se garantida a preservação do direito ao meio ambiente equilibrado enquanto direito fundamental. Note-se: tal emenda feriu as limitações materiais constitucionais explícitas - as cláusulas pétreas –, pois o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito de terceira geração, é essencial à realização da dignidade humana (um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito) e está intimamente ligado ao direito à vida, direito dito individual. Além disso, embora a ação não mencione, foi igualmente ferida a limitação material implícita contida na constituição, ou seja, a decisão política fundamental[8].

Segundo essa decisão política fundamental, manifestada pelo Poder Constituinte, propugnou-se o combate *amplo* das queimadas e isso não nos parece que poderia ter sido alterado via reforma constitucional, senão por uma nova constituição. Parece-nos que o processo de reforma da constituição que caracteriza a mutação constitucional não pode englobar a decisão política fundamental do Estado em ter elencado o combate das queimadas como um dos instrumentos de efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nessa ADIN ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (processo nº 70005054010), um dos legitimados ativos para ajuizá-la em nosso Estado, invocaram-se alguns fundamentos que caracterizariam a inconstitucionalidade da EC 32/02. Senão vejamos:

- violação dos princípios da precaução, prevenção e da proibição de retrocesso social (art. 251 da CE e 225 da CRFB – nelas implicitamente previstos)

Nesse sentido, vale transcrevermos a menção à violação do princípio do não retrocesso social sustentado na referida ação em matéria ambiental:

(...) Por tudo o que foi exposto, pode-se afirmar que a alteração do texto da Constituição do Estado, ora combatida, é manobra de flagrante retrocesso social. Trata-se de verdadeira contravenção dos fins constitucionais, fins esses que vinculam tanto o Executivo quanto o Legislativo. Discorrendo sobre o que chama de "O princípio do não retrocesso social", assim preleciona José Joaquim Gomes Canotilho:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduz na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

---

[8]Nesse sentido, v. FERRAZ (1986) e FERREIRA FILHO (1995).

- afronta ao princípio da repartição de competências legislativas com base nos artigos 1°, 8° e 10 da Constituição do Estado.

Esta foi a manifestação do MPRS:

As normas constitucionais que encerram princípios presumem-se implícitas nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas Municipais. A simetria é inafastável, pois a unidade política, no caso, o Estado, não pode conflitar com o ordenamento jurídico fundamental. Sendo assim, não poderia a Assembléia Legislativa promulgar texto normativo sobre matéria relativa ao meio ambiente em sentido diverso do que o fez a União, a teor dos arts. 23, VI, e 24, VI, da Constituição da República. Havendo competência legislativa concorrente para tratar do assunto, descabe ao Estado autorizar o Município a emitir licenças ambientais para práticas cuja repercussão ambiental ultrapassa, em tese, os danos locais, visto que à União incumbe fixar normas gerais sobre o tema e, em o fazendo, regulou expressamente a matéria.

Assim procedendo, incorreu o Legislador Estadual em afronta ao art. 1°, caput, da Lei Maior Estadual, segundo o qual o Estado do Rio Grande do Sul, nos limites de sua autonomia e competência, adota "os princípios fundamentais e os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos universalmente consagrados e reconhecidos pela Constituição Federal, a todas as pessoas no âmbito de seu território."

No caso vertente, ocorre clara colidência entre o regramento estadual ora impugnado e o Decreto Federal n° 2.661/98, que trata da queima controlada. Isso porque este ato normativo prevê a atuação do **SISNAMA** (Sistema Nacional do Meio Ambiente) como órgão licenciador daquela atividade, enquanto o atual inciso XIII do §1° do art. 251 da Carta Estadual outorga ao **Município** o poder de autorizar a queima de campos, quando é certo, ademais, que a Resolução n° 237/97 do CONAMA reserva, em seu art. 6°, ao órgão ambiental municipal - ouvidos os órgãos competentes da União, Estados e Distrito Federal, quando couber -, **apenas** o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e outras que lhes forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio, hipóteses essas estranhas aos autos.

Ademais, a Lei Federal n° 6.938/81 já disciplinava a matéria, estabelecendo, em seu art. 10, caput, a necessidade de licenciamento ambiental - a ser concedido por "órgão estadual competente" - para atividades que ponham em risco o meio ambiente. Dessa forma, havendo legislação federal editada em consonância com o art. 24 da CF, afigura-se inconstitucional o texto normativo impugnado.

Como ensina Paulo de Bessa Antunes(2002), "no momento em que passe a existir legislação federal sobre normais gerais, a legislação estadual, naquilo que contrariar a norma federal, perde eficácia". E a Emenda Constitucional n° 32/02, ao possibilitar que os Municípios venham a emitir licenciamentos para práticas potencialmente causadoras de danos ambientais regionais ou nacionais, claramente afrontou a já existente sobre o assunto. Note-se que a norma atacada utiliza a conjunção "ou" para apontar os órgãos responsáveis pela emissão da autorização necessária ao emprego do fogo, significando, com isso, que também ao Município

é outorgada atribuição bastante para proceder à avaliação das justificativas apresentadas para o referido procedimento.

Registre-se que a queima de campo ou de florestas jamais caracterizará atividade de impacto local, porquanto o monóxido de carbono por ela irradiado ultrapassa a circunscrição territorial do município que eventualmente permitiu a queimada, além de causar outras conseqüências nocivas ao ecossistema, tais como a queima de banhados e de nascentes. O licenciamento em questão, portanto, não poderia ocorrer na esfera municipal, seja porque a atividade não é de impacto meramente local, seja porque a legislação federal mencionada atribui a órgão estadual a função autorizadora.

-tecnologia inapropriada e ausência de interesse público:

Segundo o MP:

(...) o procedimento da queimada, com certeza, não se inclui dentre as tecnologias apropriadas à recuperação e conservação do solo, referidas no caput do art. 197 supramencionado. Tampouco atende ao interesse público de que trata o dispostivo legal. Com bem disse o ilustre Desembargador Talai Djalma Selistre - referindo-se à norma autorizadora do uso do fogo, - no voto proferido no julgamento da ADIn nº 594123739, «a regra pode proteger a produção, jamais o meio ambiente«.

E adiante:

Por outro lado, a Lei nº 11.520, de 03 de agosto de 2000, que institui o Código Estadual do Meio Ambiente, prevê, em seu art. 197, ser "dever do Estado e dos municípios estimular, incentivar e coordenar a geração e difusão de **tecnologias apropriadas à recuperação e conservação do solo**, segundo a sua capacidade de produção". E, ainda, no respectivo parágrafo segundo, consta que "o interesse público sempre prevalecerá no uso, recuperação e conservação do solo e na resolução de conflitos referentes a sua utilização independentemente das divisas ou limites de propriedades ou do fato do usuário ser proprietário, arrendatário, meeiro, posseiro, parceiro, que faça uso da terra sob qualquer forma, processos e técnicas referidos no 'caput'.

4. As queimadas na jurisprudência do TJRS

Em pesquisa no site de jurisprudência do TJRS, encontramos onze decisões jurisprudenciais a respeito de queimadas, além da ADIN a respeito da Emenda Constitucional que versa sobre as queimadas recentemente ajuizada. Nessa decisão, aliás, Algumas tratam da realização de queimadas sem a licença do órgão competente, nas quais se discute a existência de dano[9], imputando-se a responsabilidade civil para a sua reparação.

[9]Essas decisões datam de 1999 e 2000. Senão vejamos: Apelação cível n. 70001356997, Relator Rosa Rodrigues, data do julgamento: 9.11.00; Agravo de instrumento n. 599454584, Relator Adão Cassiano, data do julgamento: 28.10.99; Apelação cível n. 70003962628, Relator Vasco Della Giustina, data do julgamento: 15.05.2002; Agravo de instrumento n. 599453578, Relator: Antônio Pereira, data do julgamento: 28.06.99. XIII- combater as queimadas, responsabilizando o usuário da terra por suas conseqüências".

Senão vejamos, *v.g.*, um dos casos julgados. Eis a ementa:

RECURSO: APELAÇÃO CÍVEL - NÚMERO:70003962628. 4ª Câmara Cível. RELATOR:VASCO DELLA GIUSTINA. DATA DO JULGAMENTO: 15.05.02. PROVIMENTO PARCIAL. Apelante: Clavio Varela. Apelado: Ministério Público. EMENTA: Ação CIVIL PUBLICA. BOM JESUS. QUEIMADAS EM PASTAGENS NATIVAS. PRELIMINARES REJEITADAS. LEIS ESTADUAIS Nºs 9519/92 E 11.948/2000. ADIN. COMPROVAÇAO DO ATO LESIVO AO MEIO AMBIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO DEVIDA, COM MODIFICAÇÃO DO VALOR. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

Nesse julgado, os desembargadores apreciaram a questão do *quantum* devido pela realização de queimadas em agosto de 1997, sem autorização da autoridade competente. Na ação civil pública alegou-se a provocação de danos ao solo, à flora, à fauna silvestre, à atmosfera, comprometendo a qualidade de vida e saúde da população. Houve a condenação no valor de R$ 14.850,00, referente aos danos ambientais causados, o qual seria revertido para o fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347/85. O demandado foi condenado ao pagamento das custas processuais. O demandado recorreu, asseverando que a prática de queimadas seria uma forma de manejo agropastoril, entre outros fundamentos.

No voto dos desembargadores foram destacados alguns aspectos:

a) leis municipais que autorizaram queimadas em campos foram objeto de ADINs no Tribunal de Justiça, tendo sido julgadas inconstitucionais (ADINs 94139669 e 594134.009);

b) função social da propriedade. Eis trecho do voto do Desembargador Wellington Pacheco:

(...) função social é um plus à função privada, do que se conclui que o proprietário tem uma obrigação implícita para exercer o seu múnus de proprietário. Essa função social - diz a própria Constituição -, quando se trata da propriedade rural, é cumprida quando a propriedade atende simultaneamente a critérios e graus de exigências estabelecidos em lei. Há os seguintes requisitos: utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

Então, para que alguém seja tido dentro do novo conceito de proprietário no Brasil, há necessidade de que ele utilize a propriedade de forma adequada, respeitando os recursos naturais disponíveis, e preserve o meio ambiente.

c) papel do juiz da interpretação do caso, conflito entre direitos fundamentais e comprometimento dos ecossistemas. Eis trecho do voto do Desembargador Araken de Assis:

De acordo com a teoria corrente, o Juiz decidirá em nome dos princípios constitucionais, e conforme os valores praticados pela sociedade em determinado momento; porém, freqüentemente acontece que, em vez de captar tais valores, sabe-se lá por que instrumento técnico, utiliza o julgador os seus próprios valores.

Por isso, no caso há lei que resolve o problema. Se mostra-se desejável, ou não, outra disciplina legal - e há, conforme acabei de ler, vários trabalhos, um do Sindicato Rural de Esmeralda, acerca da queimada, e outras intervenções do Dr. Varella -, é outro problema. Aqui se diz que o fogo não degrada o solo, porque, principalmente a favor do vento, ele é muito rápido, a temperatura é alta, mas consome só a vegetação rala e passa adiante. Parece-me que tal noção contraria o senso comum, se é que ele se aplica ao assunto. À luz dos elementos dos autos, melhor se revela explicação do Ministério Público, que diz, com alguma graça e bom estilo, que a queimada destrói tudo o que está no seu caminho: vegetação nativa, mudas de árvores, ninhos de pássaros e outros animais. Fico imaginando se as cobras sobrevivem às queimadas... É óbvio que não. E isto já bastaria para recomendar a proscrição das queimadas.

d) dificuldade de fixar-se um valor a título de indenização – Aliás, um dado próprio de todas as questões que envolvem a matéria ambiental. Afinal, como fixar um valor econômico para um leito de um rio, para um dado ecossistema etc? Quanto valem x ninhos de passarinhos, supondo que aquele período é um período de acasalamento? Quanto valem x cobras corais para um dado ecossistema?

Em outras decisões jurisprudenciais, encontramos a discussão a respeito da competência legislativa ambiental. Primeiramente, deparamo-nos com o conflito competência municipal *versus* competência estadual e, num segundo momento, os limites da competência legislativa estadual. Percebemos nitidamente a pressão do *lobby* de agricultores e prefeitos que culminou, devido às infrutíferas tentativas de ampliação dos casos da realização de queimadas, na alteração da própria constituição estadual.

a) competência legislativa municipal *versus* competência legislativa estadual – Em todos os casos, não foi reconhecida a possibilidade de os municípios legislarem sobre a proteção das florestas no intuito de reduzirem os comandos proibitivos do Código Florestal do RS. Tal entendimento acaba seguindo o entendimento doutrinário de que os entes da federação podem maximizar a esfera normativa proibitiva em prol da proteção do meio ambiente, embora em nenhuma das decisões expressamente faça-se menção a tal entendimento. É bem verdade que a maior parte dos tribunais estaduais propendem a tal orientação doutrinária, como é o caso gaúcho.

Vejamos as ementas das ADINs nas quais apurou-se o conflito de competências entre municípios e o Estado do RS:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. QUEIMADAS. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL QUE AUTORIZA QUEIMADA DE CAMPOS E/OU FLORESTAS NATIVAS. QUEDA EIVADA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL FRENTE A CARTA ESTATUAL. JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO. (ADIN. 594139669, Relator Nelson Oscar de Souza. Data de julgamento: 15/05/95)

EMENTA: LEI MUNICIPAL AUTORIZADORA DE QUEIMADAS. SUA INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO ART. 13, V, DA CE, E 24, VI, DA CF, C/C O ART. 8 DA CARTA ESTADUAL. AÇÃO PROCEDENTE PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAL A LEI N.º 01/94 DO MUNICÍPIO DE MAXIMILIANO DE ALMEIDA (ADIN. 594136079, Relator José Vellinho de Lacerda, Data de Julgamento: 11/09/95).

EMENTA: QUEIMA DE CAMPOS NATIVOS. LM-1698 DE 1994 DE BOM JESUS, QUE A AUTORIZA: INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. (ADIN n. 594124703, Relator Élvio Pinto, data de julgamento: 27/11/95).

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. QUEIMADAS EM CAMPOS NATIVOS DE IMÓVEIS RURAIS. LEI MUNICIPAL Nº 4128/94 DE LAGO VERMELHA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E DISTRITO-FEDERAL, EXCLUÍDO O MUNICÍPIO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. NORMA QUE PERMITE A DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE A PROTEÇÃO DAS FLORESTAS. (ADIN. N. 595167941, Relator Nelson Oscar de Souza, Data de julgamento: 28/10/96).

b) limites da competência legislativa estadual - A ADIN. 70001436658, julgada em 15.02.2001, deu pela inconstitucionalidade da Lei Estadual 11.948, de 04.07.2000. Ocorre que essa lei ampliou os casos de utilização de fogo e queimadas nas florestas e demais formas de vegetação natural, possibilitando o uso de fogo nas áreas já anteriormente utilizadas para lavoura e em campos nativos, como técnica de manejo agropastoril, mediante autorização do Poder Público Estadual e Municipal. Em verdade, o nosso Código Florestal estadual nunca permitiu as queimadas. Abriu exceção para os casos de tratamento fitossanitário, ou seja, para o controle e eliminação de pragas ou doenças, e desde que não seja de forma contínua, dependendo de autorização do órgão florestal competente. Na fundamentação, sustentou-se a ofensa aos artigos 13, V, e artigo 251, § 1º, I, II, VII e XIII, da Constituição Estadual de 1989[1010]Art. 13, V: "É competência do Município, além da prevista na Constituição Federal e ressalvada a do Estado: V- promover a proteção ambiental, preservando os mananciais e coibindo práticas que ponham em risco a função ecológica da fauna e da flora, provoquem a extinção da espécie ou submetam os animais a crueldade"

Art. 251, § 1º: Para assegurar a efetividade desse direito, o Estado desenvolverá ações permanentes de proteção, restauração e fiscalização do meio ambiente, incumbindo-lhe, primordialmente:

I – prevenir, combater e controlar a poluição e a erosão em qualquer de suas formas;

II - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, obras e monumentos artísticos, históricos e naturais, e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, definindo em lei os espaços territoriais a serem protegidos (...);

VII - proteger a flora, a fauna e a paisagem natural, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica e paisagística, provoquem extinção de espécie ou submetam os animais a crueldade (...);

CONCLUSÃO

1.Apesar de o Código Florestal ter entrado em vigor em 1992 proibindo a prática das queimadas, diversos segmentos nas áreas rurais não obedeceram aos seus preceitos ou criaram leis municipais para afastar-se o seu impacto em nível municipal. Basearam-se, para isso, na competência legislativa municipal, dito "interesse local". Além disso, em 2000, edita-se a lei estadual, julgada inconstitucional, e, finalmente, em 2002, faz-se a Emenda Constitucional 32/02 para permitir das queimadas.

2.O apoio à flexibilização das restrições às queimadas cresceu entre os parlamentares à medida em que ela passou a ser vinculada a uma defesa de interesses determinadas regiões do Estado e de certos segmentos sociais, como os agricultores com pouca terra e/ou pouca renda. Entre os principais argumentos do bloco majoritário formado pelos partidos de oposição ao Governo do Estado estava a suposta arbitrariedade da ação do Poder Executivo Estadual na fiscalização da prática das queimadas. Além disto, estes parlamentares argumentaram que o Estado era omisso em relação à execução de outras medidas sociais e econômicas que deveriam proteger a vida daqueles agricultores.

3.A EC 32/02 feriu as limitações materiais constitucionais explícitas - as cláusulas pétreas – pois o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à realização da dignidade humana (um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito) e está intimamente ligado ao direito à vida, direito dito individual. Foi igualmente ferida a limitação material implícita contida na Constituição, ou seja, a decisão política fundamental que foi combater as queimadas, disposta no artigo 251,§1°, XIII, da Constituição Estadual.

4.A EC 32/02 também feriu o sistema da repartição de competências em matéria ambiental, pois obrigou as municipalidades que não realizam as queimadas a suportar possíveis danos ambientais reflexos. Além disso, fixou o licenciamento em nível municipal de uma prática cujos efeitos extrapolam a esfera local. Felizmente isso foi reconhecido em caráter liminar pelo TJRS, de maneira que foram suspensos os efeitos da mesma, o que foi mantido, por maioria, pelo Pleno desse Tribunal.

5.A ADIN constitui um instrumento fundamental para a realização do direito ao meio ambiente equilibrado, conforme demonstra a jurisprudência, sobretudo no que diz respeito ao tema das queimadas aqui tratado.

6. O Ministério Público no RS, como curador do meio ambiente, tem exercido um papel significativo em prol de sal preservação e conservação. Nossa Constituição Estadual prevê no artigo 95, §1°, VIII, que as entidades de defesa do meio ambiente, entre outras, poderão ajuizar ADIN. O fato de as mesmas não exercerem esse direito demonstra a fragilidade das organizações não-governamentais frente a corporações melhor organizadas, aparelhadas e mais influentes.

7. Uma nova consciência ambiental deve ser fomentada não apenas no Poder Judiciário e Executivo, mas no Poder Legislativo, que tem a incumbência histórica e constitucional de elaborar as leis. A cidadania deve ser exercida em prol da preservação ambiental. Uma das maneiras é justamente cobrar-se dos parlamentares a atuação com base no "due process of law", evitando-se a elaboração de leis arbitrárias. O momento atual, felizmente, é outro. É tempo da afirmação dos direitos de terceira geração, como o artigo 225 da Constituição Federal.

8. A utilização do princípio do não retrocesso social em matéria ambiental pode contribuir na efetivação do direito ao meio ambiente equilibrado.

BIBLIOGRAFIA

ARTIGOS E OBRAS JURÍDICAS

DANTAS, F. C. de San Tiago. ***Igualdade perante a lei e due process of law:*** Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. Disponível em: http: // www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-32/panteão_32.htm. Acesso em: 02/09/ 2002.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. ***Processos Informais de mudança da Constituição.*** São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. ***Do processo legislatvo.*** São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVEIRA, Patricia. ***Competência ambiental.*** Juruá: Curitiba, 2002.

JORNAIS

LEGISLATIVO aprova queimadas controladas. *Correio do Povo,* Porto Alegre, 26 jun. 2002. Geral, p. 5.

CONFEMA pede fim da caça no RS. *Correio do Povo*, Porto Alegre, 16 set. 2002, p. 7.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Lei 9.795/99. Dispõe sobre a Educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: http: // www.planalto.gov.br//. Acesso em: 24/09/2002.

_____. Lei 4.774/65. Institui o novo Código Florestal. Porto Alegre: Corag, 1993.

RIO GRANDE DO SUL. Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, 1989. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do RS, 1992.

_____. Lei 9.519/92. Institui o Código Florestal e dá outras providências. *Legislação ambiental.* Brasília: Senado Federal, 1998.

SPAIN

2003 – LIMA MARQUES, Claudia. O Direito Internacional privado solucionando 'conflitos de cultura': os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil. In: *El Derecho de Família ante el siglo XXI: Aspectos internacionales.* Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Esperanza Castellanos Ruiz (Direc.). Madrid: Colex, 2003/2004, p. 547-572.

O Direito Internacional Privado solucionando 'conflitos de cultura': os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil

Claudia Lima Marques

Professora Titular de Direito Internacional Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg e Mestre em Direito Civil e Direito Internacional Privado pela Universidade de Tübingen, Alemanha

INTRODUÇÃO

Anna Maria Villela afirmava que o divórcio pronunciado por um juiz estrangeiro, uma das questões mais antigas no Brasil, levou o nosso Direito Internacional Privado-DIPriv. a uma evolução sem precedentes nesta matéria.[1] Também Haroldo Valladão[2] dedicou um de seus cursos na Academia de Direito Internacional de Haia à dissolução do casamento, demonstrando que, mesmo não conhecendo o divórcio até 1977, o Judiciário brasileiro

---

[1] VILLELA, Anna Maria. *O divórcio no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 7 e 30.

[2] VALLADÃO, Haroldo. *Conséquences de la difference de nationalité ou de domicile des époux sur les effets et la dissolution du marriage*, in Recueil des Cours, 1962, t. 105, p. 75 e seg.

sempre foi muito aberto ao reconhecimento de sentenças estrangeiras de dissolução do casamento, se pelo menos um dos cônjuges era estrangeiro.[3]

Efetivamente, a questão do divórcio esteve por muito tempo relacionada no Brasil a elementos culturais (e jurídicos) específicos, como à forte influência da religião católica no país[4] a ponto de a indissolubilidade do casamento (até 1977)[5] ou a sua dissolubilidade fazer parte integrante de nossas normas constitucionais (Art. 226, §6° da Constituição Federal de 1988), logo, da ordem pública em DIPriv.[6] A famosa Súmula 381,[7] sobre o não reconhecimento de divórcios em foros facilitatórios e por procuração, constitui-se entre nós no maior exemplo de combate à fraude à lei pessoal em nosso Direito Internacional Privado.[8]

Da mesma forma, internacionalmente, o divórcio foi responsável por muitas evoluções na teoria do direito internacional privado, desde a noção de fraude à lei, no famoso caso da princesa Baufremont de 1878, como no que se refere à qualificação entre regras de fundo e regras de forma, da própria evolução da noção de ordem pública,[9] positiva e negativa,[10] ao hoje concedido reconhecimento automático do

---

[3] Assim SAMPAIO, Pedro. *Validade das Sentenças de Divórcio no Direito Brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 102. Veja em SAMPAIO, p. 89 e seg, também a reprodução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal antes da introdução do divórcio no Brasil.

[4] Assim SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. *Dissolução do vínculo conjugal,* in Revista dos Tribunais, v. 741, jul. 1997, p. 747 e seg. (747-760).

[5] Por exemplo, a Constituição de 1964 afirmava: "Art. 175.A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1° O casamento é indissolúvel." in SAMPAIO, p. 102.

[6] VILLELA, p. 30.

[7] A Súmula (jurisprudência consolidada e uniformizada) do Supremo Tribunal Federal nr. 381 é a seguinte: "*Não se homologa sentença de divórcio obtida por procuração, em país de que os cônjuges não eram nacionais*", veja ROSAS, Roberto, *Direito sumular- Comentários às Súmulas do STF e STJ*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 160 e 161, que explica: "Se os nubentes não residem no país onde requerem o divórcio, porém, se habilitam por procuração, não se admite a homologação desse divórcio no Brasil, evidente caso de fraude à lei, principalmente quando os cônjuges residem no Brasil (Haroldo Valladão, Direito Internacional Privado, vol. 3/203)."

[8] Segundo BASSO TAMAGNO, Maristela. Da *aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional*, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 82, a base da Súmula 381 foi a seguinte decisão: "Casamento realizado na Itália e divórcio decretado no México. Sentença a que se denegou homologação. Ausência de prova de nacionalidade do marido e do domicílio de ambos os cônjuges, nos dois países." (STF Sentença Estrangeira n. 1778-méxico, 1962, Rel. Min. Pedro Chaves).

[9] Assim ensina AUDIT, Bernard, Le *caractère fonctionnel de la règle de conflit*, in Recueil des Cours, 1984-III, p. 348 e 349: "...la Cour de cassation déclara que la loi espagnole alors prohibitive du divorce était 'contraire à la conception française actuelle de l'ordre public international qui impose la faculté pour un Français, domicilié en France , de demander le divorce..."

[10] Assim ensina GAUDEMET-TALLON, Hélène. *La désunion du couple en droit international privé*, Recueil des Cours, 1991,I, t. 226, p. 30.

divórcio praticamente sem exame da ofensa à ordem pública,[11] nos Estados da União Européia.[12]

Na Alemanha, o famoso caso do casamento entre um espanhol solteiro e uma alemã divorciada em 1971 teve como base a inexistência da instituição do divórcio na Espanha e a conseqüente proibição daquele casamento, o que foi considerado contra os direitos humanos e os Artigos 3 e 6 da Lei Fundamental de Bonn, resultando assim na evolução da ordem pública positiva com constitucionalização do Direito Internacional Privado e modificação da EGBGB.[13] Assim também foram os ritos religiosos de divórcios, como o divórcio judaico,[14] que forçaram o Judiciário na Alemanha a reconhecer a necessidade de uma 'tolerância funcional' entre estas entidades e o judiciário laico.[15]

Como ensina o meu mestre de Heidelberg, Erik Jayme, o respeito às diferenças culturais é um valor na pós-modernidade e aparece com extrema clareza em matéria de formas de celebração e formas e causas de dissolução do casamento.[16] Cultura é o conjunto das formas típicas de viver de grandes grupos de pessoas, incluindo suas atividades, suas formas básicas de pensamento, de expressão e de valores, sua maneira de ver

---

[11] Veja, por todos, ESPLUGUES MOTA, Carlos, *El divorcio internacional*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 27 e seg.

[12] Assim JAYME, Erik, O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização, in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – PPGDir./UFRGS*, vol.1, n.1, março 2003, p. 85-97 e ANCEl, Bertrand e MUIR-WATT, Horatia, La désunion européene: le Règlement dit 'Bruxelles II', in *Revue crit. dr. internat. privé*, 90 (3) juillet-september 2001, p. 403-457.

[13] Veja sobre este caso e sua influência na modificação e atualização da lei de introdução ao Código Civil alemão (EGBGB) e seu atual Art. 6, LABRUSSE, Catherine, Droit constitutionnel et le droit international privé en Allemagne fédérale- à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédérale du 4 mars 1971, *Rev. Crit. dr. internat. privé*, 1974, p.1 e seg. Veja também BUCHER, Andreas, *La famille en droit international privé*, Recueil des Cours, tome 283 (2000), p. 9 e seg.

[14] Sobre o tema o divórcio judaico e a importânica de conseguir a carta-*get*, veja EINHORN, Talia. Jewish Divorce in the International Arena, in BASEDOW, J. *Private Law in the international Arena-Liber Amicorum Kurt Siehr*, Haia: T.M.C. Asser Press, 2000, p. 135 e seg.

[15] Assim reproduz Erik Jayme uma decisão de 1994, a qual afirma que deve o 'tribunal religioso do rabinato' promover o divórcio de judeus nacionais de Israel em solo alemão, havendo possibilidade de reconhecimento, mas não de 'atuação' do Judiciário alemão pra realizar o divórcio segundo queriam as partes, segunda a lei israeli:"Eine solche vom jüdischen Recht geforderte Mitwirkung des Rabbinatsgerichts, das das Vorliegen der Scheidungsvoraussetzungen feststellt, ist eine Tätigkeit, die, weil der Rabbiner als Geistlicher tätig wird und sein Mitwirken Teil einer religiösen Handlung ist, dem deutschen Rechtssystem völlig wesensfremd ist und von einem deutschen Gericht nicht geleistet werden kann."(KG 11.1.1993, FamRZ 1994, p. 839), in JAYME, Erik, *Religiöses Recht vor staatlichen Gerichten*. Heidelberg: C.Winter, 1999, p.1. Veja também no mesmo sentido decisão de 1998, KG 27.11.1998, in IPRAx 2000, p. 126-128 eseu comentário por HERFAHRT, Christoph, *Scheidung nach religiösen Recht durch deutsche Gerichte*, in IPRAX 2000, p. 101-103.

[16] Jayme, *Religiöses Recht*, p. 35 e 36.

o mundo. Em sentido lato, cultura é o resultado da atuação do homem no mundo, aquilo que é diferente da natureza: o mundo cultural é o mundo realizado pelo homem, inclusive suas normas postas e seguidas no dia a dia de uma sociedade.[17] Assim, apesar da imigração, os grupos culturalmente ligados, os grupos étnicos e religiosos, como ensina Erik Jayme,[18] integram-se nas novas pátrias, como os grupos de descendentes de japoneses no Brasil, mas preservam sua língua, sua religião, seus costumes, seu modo de ver o mundo... sua cultura!

O Direito Comparado sempre separou as 'famílias' de direito justamente com base nestas 'práticas' e visões culturais diferentes do direito.[19] Zweigert e Kötz consideram que é característica da 'família de direito do extremo oriente' (*der fernöstliche Rechstkreis*) a procura da harmonia pela solução não-conflitual dos litígios e uma forte hierarquia social e interna na família.[20] Em matéria de divórcios, o tema é solucionado longe do Judiciário, que somente é usado quando o consenso não pode ser atingido. Os efeitos do divórcio são tratados em família e muito raramente com a ajuda de mediadores, sendo que o advogado praticamente não tem nenhuma atuação ou função nestes momentos 'privados'.[21]

---

[17] Definição de cultura baseada na definição da encinclopédia *Brockhause Lexikon*, Band 10, DTV, Wiesbaden, 1982, p. 182. Veja também HÖFFE, Otfried, *Lexikon der Ethik*, Beck, Munique, 1986, p. 140: "Natur den vom Menschen geschaffenen Lebensraum." Em português veja interessante trabalho de MARTINS, Estevão Chaves de Rezende, *Relações Internacionais-Cultura e Poder*, IBRI/UnB, Brasília, 2002, p. 43: "Cultura tornou-se uma incógnita no panorama mundial contemporâneo. Os antropóplogos sempre definiram cultura como 'o modo de vida de um povo'." Veja as linahs atuais do direito que partem da cultura, na obra de Kahn, Paul W., *The cultural study of Law-Reconstructing legal scholarsship*, University of Chicago Press, Chicago, 1999, p. 1: "The culture of law's rule needs to be studied in the same way as other cultures."

[18] Assim JAYME, Erik, Societá Multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato, in *Il Diritto dei nuovi mondi*, Cedam, Milão, 1994, p. 344 (343-356).

[19] Veja, por todos, RHEINSTEIN, Max, *Einführung in die Rechstvergleichung*, 2.Ed., Beck, Munique1987, p. 81 e 82 mencionando as práticas originais das sociedades asiáticas ao lado das sociedades latinoamericanas.

[20] Assim ZWEIGERT, Konrad e KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechstvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 2. ed., Mohr, Tübingen, 1984, p. 406 (§ 28II) e específico sobre Japão, p. 416 e 417 (§ 28,IV).

[21] ZWEIGERT/KÖTZ, p. 417 (§28 IV).

O grande comparatista, René David, observa que apesar da 'ocidentalização' do direito japonês a partir de 1868, os '*giri*' (regras de comportamento socialmente tradicionais), os códigos de honra puramente costumeiros e uma 'ausência da idéia de direito' como o conhecemos no ocidente continuam a 'reger' os comportamentos no Japão,[22] e conclui: "*Mas se as instituições japonesas estão totalmente ocidentalizadas, se as técnicas jurídicas estão modernizadas, mesmo assim a sua aplicação na atmosfera cultural japonesa demonstra ainda a atualidade profunda e viva dos princípios tradicionais.*"[23]

Apesar de respeitáveis autores franceses concluírem pela existência de um 'conflito de civilizações',[24] principalmente em casos de direito internacional privado envolvendo pessoas com a visão ocidental de direito ou pessoas de países islâmicos, preferirei neste trabalho a expressão do mestre de Heidelberg, Erik Jayme, que ao refletir sobre o direito de família na sociedade multicultural do ocidente de hoje, preferiu denominá-los 'conflitos de cultura' e marcar a identidade cultural de indivíduos vindos do oriente, Ásia e países islâmicos e suas coletividades nos países de imigração, como o Brasil e considerar que é uma das finalidades do Direito Internacional Privado atual dar respostas diferentes e eqüitativas à presença de grupos culturalmente diferentes em um mesmo país, resolvendo este denominado 'conflito de leis', que é em verdade um conflito de 'culturas' jurídicas.

O objetivo deste breve trabalho é, pois, refletir sobre a pesquisa com 30 casos envolvendo divórcios japoneses no Supremo Tribunal Federal (STF) de 1975 a 22 de agosto de 2002, que foi realizada em conjunto com alunas da graduação e pós-graduação para servir de base à trabalho da Profa. Dra. Yuko Nishitani apresentado em 2002 e que foi publicada na Revista da Faculdade de Direito da UFRGS em setembro de 2002, na Edição especial justamente em homenagem à Cooperação entre a Faculdade de Direito da Universidade de Tohoku, Sendai (Japão) e a Faculdade de Direito da UFRGS.[25]

---

[22] DAVID, René e JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 9.ed., Dalloz, Paris, 1988, p. 614 e 615.

[23] DAVID/JAUFFRET-SPINOSI, p. 627: "Mais si les institutions japonaises sont totalement occidentalisées, si les techniques juridiques sont modernisées, néanmoins leur application dans l'atmosphère culturelle japonaise révèle encore l'actualité profonde et vivante des principes traditionnels."

[24] Aqui a obra principal é o interessantíssimo curso de Haia de DÉPREZ, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects mèthodologiques (les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système islamique en matière de statut personnel)*, in Recueil des Cours, vol. 211 (1988-IV), p. 9 e seg.

[25] MARQUES, Claudia Lima, JACQUES, Daniela e SCHMITZ, Maitê, *Pesquisa de casos envolvendo divórcios japoneses no Supremo Tribunal Federal*, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Edição especial em homenagem à Cooperação entre a Faculdade de Direito da Universidade de Tohoku, Sendai (Japão) e a Faculdade de Direito da UFRGS, setembro 2002, p. 176 a 219.

Minha hipótese de trabalho é que aqueles 30 casos (23 decisões monocráticas do presidente do Tribunal e 7 acórdãos do Tribunal Pleno) representam uma amostra significativa de como é entendida a instituição do reconhecimento de sentenças pelo Supremo Tribunal Federal. Isto é, uma amostra da forma bastante flexível e aberta para solucionar eventuais 'conflitos culturais', em especial com países de origem de nossos imigrantes majoritários, como o Japão, reconhecendo uma equivalência funcional em atos privados de divórcio consensual, registrados apenas administrativamente no Japão e o divórcio judicial como é aqui conhecido. Dividirei minha análise em duas partes, uma primeira dedicada a compreender os tipos de divórcio segundo o direito japonês e analisar a base legal brasileira e uma segunda dedicada a análise do processo de delibação concentrado no STF e dos casos levantados.

I - DIVÓRCIOS DECLARADOS NO JAPÃO E O DIREITO BRASILEIRO ATUAL: UM DIVÓRCIO CONSENSUAL E PRIVADO RECONHECÍVEL SEGUNDO O DIREITO BRASILEIRO ?

Segundo o Prof. Dr. Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg, Alemanha, em seu artigo sobre Direito Comparado pós-moderno,[26] o direito comparado pós-moderno estaria mais interessado no diferente, no fluído e especial, aquilo que divide e caracteriza o direito, no atual e específico de cada ordenamento jurídico, a respeitar a identidade social e cultural de cada povo.[27] Nesta linha, mister observar que Brasil e Japão apresentam duas culturas, dois povos diferentes, dois sistemas jurídicos bastante distintos. Escolher como objeto de pesquisa estas 'diferenças',[28] especialmente em Direito Internacional de Família, é a nossa finalidade, assim como verificar se estas 'diferenças' podem ser superadas, contornadas ou assimiladas de forma a permitir o reconhecimento de uma mesma funcionalidade ou se estas diferenças significam alguma espécie de ruptura de fundo, violação de princípios basilares ou ofensa ao ordenamento jurídico do outro país.

O divórcio realizado em um país, por exemplo no Japão, por um nissei brasileiro (segunda geração de imigrantes japoneses), que lá reside para trabalhar em uma fábrica, tem de ser reconhecido em outro país, por exemplo, no Brasil, onde o outro cônjuge reside com os filhos ou onde é seu domicílio. Este divórcio determina a modificação do estado civil destes imigrantes, brasileiros ou japoneses, permite um novo casamento, consolida ou

---

[26] Veja JAYME, Erik, *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*, in Revista dos Tribunais (São Paulo), nr. 759, p. 24 a 40.

[27] Veja meu artigo, *Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado)*, in RTDC vol. 1, jan/mar. 2000, p. 13 a 58.

[28] JAYME, RT 759, p. 25: "*A minha Tese principal é a seguinte: O direito comparado moderno perseguia o objetivo, de determinar, de encontrar o que era comum, igual (das Gemeinsame), e que apenas superficionalmente podia aparecer e ser percebido de forma diversa, nos também apenas superficionalmente diversos, sistemas de Direito do mundo. O direito comparado pós-moderno procura, ao contrário, o que divide (das Trennende), as diferenças (die Unterschiede).*"

determina a partilha de bens, localizados no Brasil ou no Japão e leva à regulação dos deveres alimentares entre cônjuges e em relação à eventual prole.[29] Mister, pois, analisar os tipos de divórcio japoneses e comparar com as normas brasileiras aplicadas nestes casos.

A - OS TIPOS DE DIVÓRCIO NO DIREITO JAPONÊS E SUA PROBLEMÁTICA

Em seu belo artigo, a colega de Sendai, Profa. Dra. Yuko Nishitani[30] destaca a importância de compreender os tipos de divórcio do direito japonês e toda a problemática que estes tipos, em especial os consensuais podem trazer. Efetivamente, como ensina Muir Watt,[31] os modelos familiares são afirmações da cultura, do modo de ver os direitos humanos, e, em especial, a atual desagregação da família nas relações privadas internacionais é um grande desafio para o Direito Internacional Privado do mundo globalizado. Gannagé[32] observa que a neutralidade 'savigniana' do Direito Internacional Privado, em especial quando populações de origens e tradições culturais diferentes estão em contato, começa a ser substituída por soluções diferenciadas e tópicas, servindo-se muitas vezes da exceção de ordem pública, que pressupõe um exame caso a caso e do resultado da aplicação do direito estrangeiro indicado aplicável. Em matéria de reconhecimento de direitos adquiridos ou constituídos sob a égide da lei estrangeira, geralmente utilizam-se os países de uma noção de ordem pública 'menos exigente', mais flexível e tolerante com as diferenças culturais nos dias de hoje.[33] Vejamos o que ocorre no caso deste encontro de culturas brasileira e japonesa.

1. CULTURA 'JURÍDICA' E OS DIVÓRCIOS CONSENSUAIS NO JAPÃO

O mestre Erik Jayme, ao receber o título de *doutor honoris causa* pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, analisou este mesmo levantamento jurisprudencial realizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e conclui que os

---

[29] Assim ensina FERNANDEZ ARROYO, Diego et allii, *Derecho Internacional prIvado de los Estados del Mercosur*, Ed. Zavalia, Buenos Aires, p. 749 e seg.

[30] NISHITANI, Yuko, *Privat- und Schlichtungsscheidung deutscher Staatsangehöriger in Japan und die Scheidungsannerkennung in Deutschland*, in IPRAX 2002, p. 49-53.

[31] MUIR WATT, Horatia, *Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé)*, Arch. phil. droit 45 (2001), p. 271 (pp. 271-284).

[32] GANNAGÉ, Lena, La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille, *Revue critique de droit international privé* 81 (1992), p. 427.

[33] Assim GANNAGÉ, p. 427

imigrantes japoneses, mesmo aqueles com domicílio permanente no Brasil, preferiram o foro japonês ou melhor, o estilo japonês de divorciar-se consensualmente e de maneira privada, a constituir um foro seguro, discreto, um foro-lar (*Heimatforum*), justamente por questões culturais. Tal preferência, mesmo em imigrantes de segunda geração ou imigrações de mais de 40 anos, conclui o mestre, ser exemplo da 'dimensão cultural' do direito, a ser respeitada em especial pelo direito internacional privado.[34] Seria, pois, um exemplo de respeito à autonomia de vontade, como direito básico também em direito internacional de família, a busca do foro e da lei mais adaptada ao sentimento cultural do indivíduo imigrante ou de nacionalidade diferente, sempre que não houvesse fraude à lei ou ofensa à ordem pública.[35]

Habermas relembra que, em se tratando de multiculturalismo ou sociedades multiculturais, como a brasileira, a luta dos grupos sociais 'diferentes', como os grupos de raças diferentes ou de imigrantes (por exemplo, os grupos afro-americanos ou os grupos de imigrantes nos EUA), é pelo seu reconhecimento como grupo a merecer tratamento diferenciado , mais flexível ou tolerante no Estado Democrático de Direito.[36]

Face a cultura japonesa, - de resolver de forma interna e discreta- os problemas familiares,[37] não é de espantar que existam no país duas 'formas' privadas consensuais ou mediadas de dissolução do casamento, sem qualquer presença do Estado no que se refere à

---

[34] Veja *Kulturelle Dimension des Rechts*, in RABELSZ 67 (2003), p. 226 e seg. e conferência inédita na UFRGS no prelo. Veja JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna, in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – PPGDir./UFRGS*, vol.1, n.1, março 2003, p. 59-68.

[35] Segundo GANNAGÉ, p. 451, é esta nova 'autonomia da vontade ' em direito de família internacional uma opção consciente dos legisladores para alcançar uma maior harmonia internacional de soluções: "L'autonomie de la volonté paraît certes constituer une voie particulièrement indiquée pour réaliser cette harmonie."

[36] Assim estudo de HABERMAS, Jürgen, Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State, in *Multiculturalism-Examining the politics of recognition*, TAYLOR, Charles et alli, Princeton University Press: Princenton, New Jersey, 1994, p. 107 a 148, onde o autor pergunta: "Can a theory of rights that is so individualistically constructed deal adequately with struggles for recognition in which it is the articulation and assertion of collective identities that seems to be at stake?" (p. 107).

[37] Assim também FROMONT, Michel, *Grands systèmes de droit étrangers*, 2. ed., Dalloz, Paris, 1994, p. 134 e 135.

declaração de vontade, que é apenas comunicada através do registro *a posteriori* no cadastro administrativo do prefeito ou do distrito ou vila rural (Art. 1 e 16 do *Kosekihô*).[38]

Efetivamente, o Código Civil Japonês (*Kasai Geppô*) prevê, do Art. 763 ao Art. 768, estas formas de divórcio consensual, seja por aceitação simples de uma das partes da 'declaração de divórcio' pelo outro (art. 765),[39] seja por mediação por terceiro, em casos mais complexos, seja mediação voluntária ou obrigatória (que Nishitani denomina *Schlichtungs- undZwangschli-chtungsscheidung*)[40].O divórcio judicial, com auxílio do juiz, está previsto nos Art. 770 a 791 e é efetuado frente ao Tribunal de família. O Art. 819 do Código civil japonês estabelece as regras sobre guarda de menores e registro no cadastro de família.[41]

Interessa-nos aqui as diferenças culturais. Para nós, brasileiros, acostumados ao litígio e à discussão da culpa no divórcio e a longas e amplas ações de separação e de divórcio onde todos os detalhes da vida em comum pregressa são examinados, chama a atenção a dissolução do casamento poder ser feita por simples 'negócio jurídico' registrado após em foro administrativo. No Japão, porém, a aceitação deste tipo de divórcio é enorme, totalizando as formas de divórcio consensual mais de 90% dos casos. Assim, em 1999, 91,46% dos divórcios realizados no Japão foram divórcios "privados", extrajudiciais conforme determina o § 764 c/c § 739 do Código Civil Japonês (*Kasai Geppô*), já 7,73% dos divórcios ocorreram por arbitragem/mediação e somente 0,81% através de decisões judiciais *stricto sensu*.[42] Em seu texto de 2002, Nishitani adiciona ainda mais dados, informando que, em 1997 e 1998, 90,93% dos divórcios no Japão eram privados, somente 8,24% ocorreram por mediação voluntária e 0,4% por mediação imposta e 0,80% apenas eram divórcios judiciais.[43]

---

[38] Segundo gentil tradução de Tomoko Gaudioso, o texto do Art. 1 do *Koseki hou* é: Art. 1[Controle e administração referente ao cadastro],§1°. O serviço referente ao cadastro de família é efetuado pelos órgãos estabelecidos por prefeitos, representante do distrito e por representantes das comunidades rurais(vilas)." Já Nishitani, IPRAX 2002, p. 49, denomina esta lei de Lei sobre o registro familiar (Gesetz über das Familienbuch) e *kosekihô*, que aqui utilizaremos.

[39] A gentil tradução de Tomoko Gaudioso deste texto é a seguinte: "Art. 765 [A aceitação da declaração de divórcio] § 1. A aceitação da declaração de divórcio somente ocorrerá após verificar que o mesmo não viola o §2 do Art. 739, §1° do Art. 819 e outras leis. § 2°. Se a aceitação da declaração for efetuada por vício, omitindo o que foi estabelecido no §1°, mesmo assim, o seu efeito permanecerá."

[40] NISHITANI, IPRax 2002, p. 50.

[41] Veja,por todos, MARUTSCHKE, *Einführung in das japanische Recht*, Munique, Beck, 1999, p. 2 e seg.

[42] Dados levantados por Yuko Nishitani, em 1999, em sua palestra na UFRGS, veja Jinkô Dôtai Chôsa 1999 (t//wwwdbtk.mhw.go.jp/toukei/data/010/1999/tokeihyou/0002674/ t0048025/ml...)

[43] NISHITANI, IPRax 2002, p. 49.

São estes divórcios "privados" japoneses que devem ser reconhecidos no Brasil e aparecem em 20 dos 30 casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal em nossa pesquisa.[44] Assim interessa-nos saber se há realmente esta natureza "administrativa" visualizada pelo STF nos casos ou se, em contrário, a sua natureza "privada" impediria o seu reconhecimento no Brasil.

De outro lado, no Brasil, o divórcio, como instituição, foi uma das mais polêmicas; instituição desconhecida no ordenamento jurídico brasileiro até 1977, alcançou hierarquia constitucional (sua proibição e sua liberalização), sofreu vários limites e integra hoje, sem dúvida alguma, a ordem pública em DIPriv.[45] Dai a importância de aprofundarmos a análise de uma eventual violação de nossa ordem pública por estes tipos de divórcio.

2. AS NORMAS JAPONESAS SOBRE DIVÓRCIO E OS PROBLEMAS DE SUA PRÁTICA

Mister inicialmente examinar algumas normas japonesas de Direito Internacional Privado, na lei especial de DIPriv. denominada *Horei*.[46] Segundo o Art. 3 da *Horei*, a capacidade das pessoas (no caso os japoneses ou brasileiros que divorciam-se no Japão) é regulada pela lei de sua nacionalidade, japonesa ou brasileira.[47] Neste sentido, relembre-se que muitos dos nissei brasileiros, que retornam para o Japão e lá se divorciam dos cônjuges domiciliados no Brasil, são brasileiros e não mais japoneses segundo as leis de nacionalidade japonesas, dai poder ser aplicado a este divórcio a lei brasileira. Quanto à forma, o *Horei* apresenta uma regra geral em seu Art. 8 que manda aplicar a lei principal (*lex causae*), a qual regulará os 'efeitos do negócio jurídico'.[48] Neste caso, se o divórcio privado de um nissei brasileiro for considerado pelo STF como apenas um problema de forma e não como de mérito, aplicável é a lei principal do divórcio (*lex causae*), a japonesa ou a brasileira.

---

[44] Em 20 dos 30 casos, o divórcio foi declarado de forma consensual e registrado por ato administrativo, este reconhecidos pelo STF.

[45] Veja DOLINGER, Jacob, *Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts*, in Recueil, vol. 283 (2000), p. 291 e seg.

[46] Utilizarei a tradução da Horei (Gesetz betreffend die Anwendung der Gesetze) realizada pelo Instituto Max-Planck de Hamburgo, in KROPHOLLER, Jan et allii, *Aussereuropäische IPR-Gesetze*, Ed. DNotI/Max Planck-Institut, Hamburgo, 1999, p. 308 a 318.

[47] Horei, in KROPHOLLER, p. 308.

[48] Horei, in KROPHOLLER, p. 310.

A lei principal que regula os divórcios realizados no Japão está determinada pelo Art. 16 do *Horei*. Aplicável seria a lei que regula o casamento (envio para o art. 14 do *Horei*), mas se um dos cônjuges é de nacionalidade japonesa ou possui à época do divórcio sua residência habitual no Japão, aplicável é a lei japonesa.[49]

Em sua palestra de 2001, a professora Nishitani resumiu as regras sobre o Divórcio no Direito Japonês da seguinte forma:

> *"O Código Civil Japonês (CCJ, Kasai Geppô) prevê o Divórcio privado e o divórcio judicial. A lei sobre Decisões em Matéria Familiar (LDMF, kaji shinpanhô) prevê o divórcio arbitral (administrativo) voluntário e o divórcio arbitral imperativo. Assim temos: (1) Divórcio privado (§§ 764 e 739 CCJ) → Deve ser registrado no "registro familiar" (koseki) conforme a Lei sobre o Registro Familiar (kosekihô); (2) divórcio arbitral é feito no tribunal familiar (administrativo) (Prioridade do arbitramento por mediadores em caso de não consenso: Art. 18, 1 LDMF);(3) divórcio arbitral imperativo (sobre a base do arbitramento e mediação) frente ao Tribunal (administrativo) de Família (Art. 24 LDMF) → Há possibilidade de recurso; (4) Divórcio Judicial frente ao Juiz distrital (Processo normal segundo o Artigos 1 e seguintes da Lei processual sobre processos envolvendo direitos individuais-LPDI, jinji soshô tetsuzukihô), quando um dos motivos de divórcio do § 770,1 CCJ está presente. Há um maior espaço de convencimento e decisão para o Juiz, mas a previsibilidade da decisão é pequena."*

Yuko Nishitani, em sua palestra na UFRGS em de 2001, assim também concluia que, caso um dos 220 mil brasileiros que vivem atualmente no Japão queira divorciar-se, será possivelmente declarado aplicável para este divórcio o direito japonês, face aos elementos de conexão escolhidos pela lei japonesa.[50]

Mister, pois, destacar as críticas que os próprios autores japoneses tecem com referência ao direito japonês do divórcio consensual. Yuko Nishitani alerta que , como a declaração de divórcio inicia de forma unilateral com um formulário (*Scheidungsformular*), preenchido geralmente pelo marido e como os japoneses não conhecem a assinatura, mas se utilizam para esta função de carimbos, há muita probabilidade de falseamento desta declaração de 'aceitação' do divórcio. A

---

[49] "Art. 16. [Ehescheidung] die Bestimmungen des Art. 14 gelten entsprechend für die Ehescheidung. Ist jedoch einer der ehegatten Japaner und hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Japan, so richtet sich die Scheidung nach japanischen Recht." Horei, in KROPHOLLER, p. 313.

[50] Assim afirma Yuko Nishitani: "A lei aplicável ao divórcio (estatuto do divórcio) segundo o Direito Internacional Privado japonês é a seguinte: Art. 16 , 1 da Lei de Direito Internacional Privado/*Horei*, que apresenta uma conexão em cascata (1°. elemento de conexão: a lei nacional comum; 2ª conexão: a lei do lugar de residência habitual comum; 3ª conexão: a lei mais conectada com o caso concreto/ lei mais próxima do caso) e Art. 16,2 *Horei*: Se um dos cônjuges tem a nacionalidade japonesa e a sua residência habitual no Japão, aplicar-se-á a lei japonesa (denominada cláusula de "favor japonês")."

ponto de existir um instrumento para evitar que um cônjuge possa 'declarar' o divórcio consensual sem o consentimento ou conhecimento do outro. O problema do falseamento é tão sério que, desde 1952, o Ministério da Justiça desenvolveu um diretiva, a qual permite a qualquer dos cônjuges realizar uma declaração no Registro de Família ou Corte familiar denominada "Declaração cautelar de não aceitação da declaração de divórcio privado' (*vorsoglichen Antrag auf Nichtannahme des Scheidungsformulars*), para evitar tal perigo.[51] Informa a autora que, anualmente, cerca de 25 mil pessoas fazem uso deste instrumento preventivo no Japão.[52]

A referida autora vai mais longe, afirmando que mesmo se o cônjuge mulher realmente consentir na declaração de divórcio do marido, pode ela estar sendo tratada de forma 'abusiva' aos olhos ocidentais, pois nesta declaração a parte econômica da dissolução não é tratada ou se tratada, na maioria das vezes, é com renúncia a direitos patrimoniais.[53] Para se ter uma idéia da força desta observação da autora japonesa, mister ponderar que segundo o Art. 762 do Código Civil japonês, o regime de bens legal já é o da separação de bens e, anualmente, apenas 15 casais optam no Japão por outro regime de bens mais favorável às mulheres.[54] Informa também que, em 50% dos divórcios privados, os alimentos para a mulher não são concedidos e que ,em 80% dos divórcios , o tema dos alimentos para os filhos sequer é tratado nesta declaração de divórcio![55] Estas estatísticas impressionam se pensarmos que se tratam de divórcios diretos, sem prévia separação judicial e partilha.

Sendo assim Yuko Nishitani defende , em seu artigo de 2002, que as 'declarações de divórcio' consensual mesmo que registradas administrativamente não equivalem funcionalmente às decisões judiciais ou sentenças (*Urteil*) ou aos atos oficiais (*Hoheitsaktes*), como é exigido pelo direito alemão (§328 ZPO), que está analisando.[56] A mesma conclusão poder-se-ia chegar analisando-se o direito brasileiro. Lembra que a doutrina alemã reconhece estes divórcios apenas como 'negócios jurídicos'.[57]

---

[51] NISHITANI, IPRax 2002, p. 49.
[52] NISHITANI, IPRax 2002, p. 49.
[53] NISHITANI, IPRax 2002, p. 49.
[54] NISHITANI, IPRax 2002, p. 49.
[55] NISHITANI, IPRax 2002, p. 49 e nota de estatística de MIZUNO de 1978, nota 9.
[56] NISHITANI, IPRax 2002, p. 52.
[57] NISHITANI, IPRax 2002, p. 52, citando os principais comentaristas Kegel/Schurig, Palandt/Helderich, Soergel/Schurig e Staudinger/Spellbernberg e decisão que não reconheceu um divórcio privado japonês , pois aplicável era a lei alemã, BGH 21.2.1990 (BGHZ 110,267).

Note-se que Erik Jayme[58] destaca a abertura cultural que este reconhecimento também representa, pois a Corte Federal Alemã reconheceu mesmo validade a um divórcio baseado em mútuo consentimento de dois tailandeses, declarado por negócio jurídico, mas em território alemão! Segundo o mestre, é o *revival* da autonomia de vontade que ganha espaço no direito internacional privado de família, um desenvolvimento que deve ser saudado e não combatido, se respeita a identidade cultural dos envolvidos e respeita os direitos humanos dos envolvidos.[59]

Segundo Yuko Nishitani, o divórcio mediado preenche, sim, funcionalmente os requisitos, pois o mediador cuida para que o cônjuge mais fraco receba um tratamento econômico correto; assim também um divórcio frente ao juiz japonês pode e deve ser reconhecido em outros países.[60]

Em resumo, é grande a probabilidade que se aplique a lei japonesa aos divórcios de brasileiros de origem japonesa residentes habitualmente no Japão e que este seja um divórcio privado, consensual, por declaração em formulário. Melhor seria que nestes casos, quando o cônjuge sabe que deverá reconhecer o divórcio no Brasil, que se escolhesse a via do divórcio por arbitragem/mediação ou judicial, pois estes não teriam nenhum problema para serem reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal.

B - COMPARANDO AS NORMAS E A FUNÇÃO DOS DIVÓRCIOS PRIVADOS JAPONESES COM OS DIVÓRCIOS BRASILEIROS : RECONHECIMENTO OU VIOLAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA ?

Efetivamente, as observações realizadas por Yuko Nishitani sobre as várias possibilidades de fraude e as dificuldades referentes aos divórcios consensuais japoneses relevam um problema sério para determinar se há ou não ofensa a nossa ordem pública e qual a natureza destes divórcios. O Supremo Tribunal Federal tem considerado todos estes casos como divórcios 'administrativos' e os reconhecido sem maiores indagações, sendo que a problemática da ordem pública sequer é mencionada. nos 30 casos analisados, o único motivo usado para recusar homologação foi a competência absoluta do juízo brasileiro, envolvendo divórcio de nacionais japoneses domiciliados no Brasil, mas proferido no Paraguai.[61] Daí a necessidade de passarmos ao exame das normas brasileiras sobre o assunto.

---

[58] JAYME, *Società Multiculturale*, p. 351, citando o caso BGH, 14.10.1981, BGHZ 82,p. 34, publicado in IPRAX 1983, p. 37 e comentado por Gerhard Kegel, in IPRAX 1983, p. 22 e seg.

[59] Assim JAYME, *Società Multiculturale*, p. 356. Veja sobre o tema também GANNAGÉ, p. 425 e seg.

[60] NISHITANI, IPRax 2002, p. 53.

[61] MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 218-219.

1. AS NORMAS BRASILEIRAS PRINCIPAIS SOBRE DIVÓRCIO

O novo Código Civil de 2002 regula a dissolução do casamento pelo divórcio nos Art.1.571 e seguintes.[62] As regras determinam os efeitos da separação e do divórcio, no que se refere ao nome, a guarda dos filhos, direito de visitas, aos alimentos ao cônjuge e aos filhos e a partilha de bens.[63] Preocupa-se também com o registro do estado civil de divorciado, afirmando: "*Art. 10. Far-se-á averbação em registro público: I - das sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal*". Trata-se de requisito para a habilitação para novo casamento.[64] Segundo a jurisprudência brasileira, a interpretação destas normas pode ser no sentido que o divórcio consensual não necessita realizar a partilha (Súmula 197 do STJ),[65] e que a renúncia da esposa aos alimentos é definitiva,[66] sem que isto ofenda a nossa ordem pública.

No Direito Internacional Privado, o Art. 7 da LICC/42 dispõe: "*A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.*" O §6° do Art. 7° da LICC/42 refere-se à homologação de sentenças de divórcio de brasileiros, impondo os mesmos prazos da lei do divórcio de 1977. Seu espírito é positivo para a homologação destas sentenças:

---

[62] Assim o texto: "Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II – pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio. § 1° O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente. § 2° 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."

[63] Veja resumo do conteúdo destas normas dos Art. 1571 a 1582 in SENISE LISBOA, Roberto, *Manual Elementar de Direito Civil*, vol. 5 - Direito de Família e Sucessões. 2. ed., São Paulo:Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 126-133.

[64] Assim o texto: "Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:...V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio."

[65] Veja a Súmula 197 do Superior Tribunal de Justiça: "O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens"

[66] Assim decisões do Superior Tribunal de Justiça, veja por exemplo Recurso Especial 85.683/SP: "Alimentos. Renúncia. Divórcio. É válida e eficaz a cláusula de renúncia a alimentos ("não ficou estabelecida qualquer cláusula que obrigava o ex-marido a prestar alimentos à ex – mulher", segundo o acórdão recorrido), em acordo de separação. Quem renuncia, renuncia para sempre. O casamento válido se dissolve pelo divórcio. Dissolvido o casamento, desaparecem as obrigações entre os cônjuges. A mútua assistência é própria do casamento. Ilegitimidade de parte ativa da mulher para a ação. Recurso especial não conhecido."(STJ, Ministro Nilson Naves, in RSTJ – nr. 90 – ano 9 - fevereiro de 1997)

> *"Art. 7º...§ 6º. O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de três anos da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no País. O Supremo Tribunal Federal, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais."*[67]

Não há unanimidade entre os autores brasileiros qual a lei indicada aplicável para o divórcio de estrangeiros no Brasil, se a do domicílio conjugal, segundo o Art. 7º *caput* como lei geral para os direitos de família,[68] ou, como parte da doutrina defende, a lei da nacionalidade comum destes cônjuges, em interpretação do §6º do Art. 7º da LICC/42 como estabelecendo o elemento de conexão nacionalidade.[69]

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS NORMAS SOBRE O DIVÓRCIO E A EXCEÇÃO DE ORDEM PÚBLICA EM MATÉRIA DE DIVÓRCIO

Antes de passarmos ao exame das normas brasileiras que regem o reconhecimento hoje das sentenças de divórcio, e o exame dos casos levantados, mister relembrar a evolução histórica da instituição divórcio no Brasil. Como antes mencionado até a Emenda Constitucional de 1977, as constituições brasileiras consideravam o casamento indissolúvel, logo, a instituição 'divórcio' era desconhecida no país.[70]

---

[67] LICC/1942 com redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.77.

[68] Assim opinião de VILLELA, p. 24 e seg. e p. 66 e seg. a quem seguimos nesta opinião, uma vez que utiliza a separação judicial como parâmetro.

[69] Nesta linha de pensamento encontrava-se o grande Haroldo Valladão, veja revisão de toda a a literatura brasileira de DIPriv. da época, VILLELA, p. 20 a 24.

[70] Assim VILLELA, p. 3, referindo-se à Emenda Constitucional nr. 9, de 28 de junho de 1977 que pôs fim à interdição do divórcio no Brasil.

Como explica Oscar Tenório, a justiça brasileira de 1894 a 1917 (data da entrada em vigor das normas da Introdução ao Código Civil) sempre considerou que "o divórcio é um ato jurídico perfeito, cujas conseqüências são admitidas em toda parte"[71], daí discutir-se se seu reconhecimento no Brasil ofendia ou não à ordem pública. Vejamos a evolução.

O Código Civil Brasileiro de 1916, que entrou em vigor em 1° de janeiro de 1917, como ensina Haroldo Valladão,adotara *"em sua introdução, art. 8°, o princípio da lei nacional para os direitos de família e, art. 17, o limite da ordem pública. Daí perdurar a jurisprudência da inadimissibilidade da decretação de qualquer divórcio 'a vínculo' no Brasil, por ser contrário à ordem pública (acórdão leader do STF, Ap. Cív. 2755, Rev. Sup. Trib. Fed. 30/194)...A jurisprudência evoluiu com um espírito muito largo...A princípio, recusava simplesmente a homologação às sentenças estrangeiras de divórcio, que eram todas consideradas contrárias à ordem pública; depois homologou-as somente para efeitos patrimoniais...facilitando, assim, a vida no Brasil dos divorciados no estrangeiro (Clunet, 1932, 1.111 a 1.120). Foi um aplicação feliz do princípio da aproximação ou adaptação...Afinal, concedeu a homologação, para todos os efeitos, inclusive os de contratar novo casamento no Brasil, se o divórcio era admitido pela lei do lugar onde foi promulgado e pela lei nacional dos cônjuges, o que exclui os brasileiros. Se um dos cônjuges era brasileiro e o outro estrangeiro, reconhecia a sentença estrangeira para o brasileiro, com efeitos somente patrimoniais, e para o estrangeiro, se a lei nacional o autoriza-se, para todos os efeitos, inclusive o de novo casamento no Brasil, o que criava uma situação de desigualdade que chocava a opinião pública."*

A nova Lei de Introdução de 1942 pôs fim às controvérsias estabelecendo claramente que o reconhecimento de sentenças de divórcios de estrangeiros, mesmo que domiciliados no país, era possível, mas seu novo casamento no Brasil , não. Assim afirmava expressamente o Art. 7ª,§6° da Lei de Introdução ao Código Civil até 1977:

> *"Art. 7,§6°. Não será reconhecido no Brasil o divórcio, se os cônjuges forem brasileiros. Se um dêles o fôr, será reconhecido o divórcio quanto ao outro, que não poderá , entretanto, casar-se no Brasil."*

Em resumo, antes de 1917,[72] mesmo para reconhecimento e para verificar se havia fraude à lei, o elemento de conexão indireto utilizado era o da nacionalidade de cada cônjuge, a "lei da sua pátria".[73] Depois de 1942, o elemento de conexão principal passou a ser o domicílio, mas a Lei de Introdução de 1942 rompia seu próprio sistema em matéria de

---

[71] TENÓRIO, p. 287 (nr. 544).

[72] Sobre o direito brasileiro durante o Império, muito baseado na religião de cada pessoa, veja VALLADÃO, III, p. 124 (nr. 11).

[73] Assim TENÓRIO, p. 288 (nr. 547)

divórcio e, mesmo assumindo como elemento de conexão principal, do Art. 7º caput, o domicílio da pessoa, manteve em matéria de divórcio uma autorização especial de reconhecimento de sentenças estrangeiras de divórcio de pessoas domiciliadas no Brasil, se estrangeiras e se sua lei nacional (e a do foro) permitia o divórcio![74]

Como ensina Ana Maria Villela, em matéria de reconhecimento de sentenças, a matéria foi desenvolvida mais pelos juízes do que pela legislação, e o exame concentrava-se na competência do juiz estrangeiro que ditava o divórcio, esta sim dada pela nacionalidade dos cônjuges ou seu domicílio. Sendo assim, a justiça brasileira reconhecia os atos de divórcio de estrangeiros, em foros competentes e se sua lei assim permitisse este divórcio.[75]

Interessante notar que os textos dos Art. 52 e 56 do Código de Bustamante que previam o elemento de conexão do domicílio matrimonial para o divórcio e a separação nunca entraram em vigor no Brasil.[76] O Art. 318 deste Código permitia que os cônjuges submetem-se, nestas ações a competência de um foro escolhido, o que segundo Valladão,[77] também não foi aceito no Brasil em matéria de divórcio, como demonstrou a posterior jurisprudência do STF na Súmula 381.[78]

A Súmula 381 do Supremo Tribunal Federal veio justamente combater este tipo de 'fraude à lei', pois os estrangeiros domiciliados no Brasil passaram a utilizar-se de foros facilitários do divórcio, como o México ou Reno (Estados Unidos da América), e a divorciarem-se por procuração, em países que não eram nacionais ou com os quais não tinham em princípio nenhuma conexão verdadeira. Estes divórcios não foram reconhecidos pelo STF, apesar dos cônjuges terem ambos 'escolhido' voluntariamente estes foros.[79]

---

[74] Assim TENÓRIO, p. 291 (nr. 544), relembrando que este era o critério da Convenção de Haia de 12 de junho de 1902, para regular os conflitos de leis e jurisdições, em matéria de divórcio e separação de corpos, assim também SAMPAIO, p. 106

[75] VILLELA, p. 8 a 11, examinando todos os primeiros casos do STF.

[76] Assim VALLADÃO, t. III, p. 122 (nr. 10). O Código Bustamante de 1928 dispunha: "Artigo 52. O direito à separação de corpos e ao divórcio regula-se pela lei do domicílio conjugal, mas não se pode fundar em causas anteriores à aquisição do dito domicílio se as não autorizar, com iguais efeitos, a lei pessoal de ambos os cônjuges."

[77] Assim VALLADÃO, t. III, p. 122 (nr. 10).

[78] SAMPAIO, p. 23.

[79] Veja sobre os casos que levaram a elaboração da Súmula, SAMPAIO, p. 21 a 24.

A Súmula 381 do STF,[80] consolida a jurisprudência brasileira no sentido de que:

"Não se homologa sentença de divórcio obtida por procuração, em país de que os cônjuges não eram nacionais".

Note-se que a circunstância dos estrangeiros serem casados no Brasil ou manterem aqui seu domicílio nunca foi considerada impeditiva do divórcio no exterior e de seu reconhecimento pelo STF.[81] Da mesma forma, o direito brasileiro sempre foi bastante estrito, seja considerando as mudanças automáticas de nacionalidade como fraude à lei, seja não concedendo a nacionalidade brasileira à mulher que casasse com nacional, sendo assim podia esta obter o divórcio como estrangeira no exterior.[82]

Vejamos a base legal atual sobre ofensa à ordem pública. Segundo ensina Jacob Dolinger, a exceção de ordem pública não é passível de definição, sendo relativa, casuística e contemporânea: *"A Ordem Pública no DIPR impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças proferidas por tribunais de outros países, constituindo-se no mais importante dos princípios da disciplina."*[83] A determinação se um ato estrangeiro ou uma decisão ou sentença de divórcio ofende a ordem pública brasileira é feita pelo juiz, no caso concreto e com as noções do dias de hoje. Concorde-se com Andreas Bucher que a função primeira da cláusula de exceção da ordem pública é preservar os valores essenciais de justiça da ordem jurídica do foro.[84]

A base legal da exceção de ordem pública atual ainda é o Art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, que dispõe:

"Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes."

Também a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado - que não é aplicada em relação a casos japoneses, mas pode servir de inspiração ao juiz brasileiro - proíbe a fraude à lei nos seguintes termos:[85]

---

[80] Veja SAMPAIO, p. 23.

[81] Assim ensina SAMPAIO, p. 27.

[82] Veja o exame das várias hipóteses de fraude à lei na mudança de nacionalidade e o problema da nacionalidade da mulher casada com brasileiro, in SAMPAIO, p. 29 a 39.

[83] DOLINGER, Jacob, *A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1979, p. 329 e 330. Veja também CALIXTO, Negi, *Ordem Pública*, Curitiba, Editora Universidade Federal do Paraná, 1987.

[84] Assim BUCHER, Andreas, *L'ordre public et le but social des lois em Droit International Privé*, Recueil de Cours, tomo 239, 1993, p. 69.

[85] Em vigor no Brasil através do Decreto nº 1.979, de 9 de agosto de 1996.

"Artigo 6. Não se aplicará como direito estrangeiro o direito de um Estado Parte quando artificiosamente se tenham burlado os princípios fundamentais da lei do outro Estado Parte.

Ficará a juízo das autoridades competentes do Estado receptor determinar a intenção fraudulenta das partes interessadas."

Quanto ao reconhecimento de sentenças a base legal expressamente inclui a exceção da ordem pública no Art. 15 da LICC/42:

"Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:

a) haver sido proferida por juiz competente;

b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;

c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;

d) estar traduzida por intérprete autorizado;

e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas."

Este artigo foi modificado pelos Artigos 483 do CPC e 216 e 217 do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal, como veremos.[86] Os requisitos formais necessários para o Supremo Tribunal Federal conceder uma homologação, são, segundo os artigos 216 e 217 do Regimento Interno do STF, os seguintes: competência do juiz prolator; terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia, ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias à execução no lugar em que foi proferida, estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução oficial, além do requisito da negativa de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes.[87]

---

[86] Veja também Art. 483 do C.P.C. e R.I.S.T.F., art. 217, II (terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia), III (ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias à execução no lugar em que foi proferida) e IV (estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução oficial), além do requisito da negativa de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes (art. 216 do R.I.S.T.F). Veja também o artigo 15 da LICC.

[87] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil : Vol. 5 (Arts. 476 a 565)*, Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 59-60.

Antes de passarmos ao exame dos 30 casos aqui estudados, mister observar que, como ensina Pedro Sampaio, o direito brasileiro desde a Sentença Estrangeira nr. 912 da Dinamarca sempre reconheceu o divórcio emanado de autoridade administrativa: "*As sentenças de divórcio pronunciadas por autoridade administrativa do poder executivo, consoante os ditames internos do Estado do qual emanam, 'preenchem, no particular, o exigido por nossa lei, podendo, tais decisões, ser homologadas, independentemente do grau hierárquico de quem as proferiu.*"[88]

Ao contrário, em matéria de autoridade religiosa, o divórcio realizado de pessoas domiciliadas no Brasil, normalmente não era reconhecido pelo STF, por falta de competência desta jurisdição, como demonstra a Sentença Estrangeira nr. 2016 do Líbano, cuja ementa ensina:

"*As relações de família não se submetem, no território brasileiro, a outra jurisdição que não a dos tribunais civis, instruídos por lei.*"[89]

II - O RECONHECIMENTO DOS DIVÓRCIOS CONSENSUAIS JAPONESES PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Segundo demonstrou nosso levantamento dos 30 casos de divórcios japoneses reconhecidos pelo STF desde a entrada em vigor da Constituição de 1988 até agosto de 2002, o STF não demonstra qualquer dificuldade em reconhecer estes divórcios privados e afirma:

> "*É certo prever o artigo 102, inciso I, alínea 'h', da Constituição Federal a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originalmente, a homologação de sentenças estrangeiras. todavia, há de adotar-se interpretação aditiva, vislumbrando-se, na referência a sentenças estrangeiras, documentos que, segundo a legislação da origem, tenham tal envergadura. É o caso do ato administrativo de divórcio. No Japão, o desenlace matrimonial não é alcançado via sentença, mas mediante o registro no cartório competente, atuando o administrador do distrito.*"[90]

Efetivamente, a Constituição Federal no seu art.102, inciso I, alínea "h" estabelece a competência do STF para processar e julgar a homologação de sentenças estrangeiras e, segundo esta interpretação majoritária, estaria inserido nesse conceito, qualquer documento que segundo a legislação da origem do país se tenha como

---

[88] SAMPAIO, p. 73.
[89] SAMPAIO, p. 76.
[90] Assim decisão na SE 7039/JA, Min. Marco Aurélio, j. 20.03.2002, MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 185.

funcionalmente válido para decretar o divórcio.[91] Efetivamente, mesmo antes da introdução do divórcio no Brasil, em 1977, o STF reconhecia divórcios proferidos no exterior de estrangeiros, afirmando: "*Homologa-se o divórcio se foi feito com as formalidades de seu país de origem.*" (STF, SE 1382-Noruega).[92]

Vejamos o processo de delibação brasileiro sobre o tema (A) e o exame dos casos concretos (B).

A- O PROCESSO DE DELIBAÇÃO ADAPTADO AOS DIVÓRCIOS PRIVADOS JAPONESES

O reconhecimento das decisões estrangeiras é uma parte importante do Direito Internacional Privado ou do Processo civil Internacional, visando justamente garantir o atendimento das finalidades de harmonia internacional de decisões almejada por estas disciplinas. Visa igualmente dar às partes a segurança jurídica através da circulação dos julgados e atos, o reconhecimento dos direitos adquiridos e situações juridicamente constituídas no exterior. Como ensina o grande mestre português, também recentemente falecido, Antonio Marques dos Santos: "*o fundamento do reconhecimento das sentenças estrangeiras é a continuidade das situações jurídico-privadas internacionais, a sua previsibilidade, a segurança jurídica que deriva da atuação consoante às expectativas fundadas dos sujeitos de direitos: trata-se pois de justiça formal, própria do Direito Internacional Privado...*"[93]

1. A DELIBAÇÃO CONCENTRADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Desde 1894, o reconhecimento de sentenças estrangeiras está concentrado no Supremo Tribunal Federal,[94] mas as sentenças cíveis meramente declaratórias não

---

[91] Assim RECHSTEINER, p. 199.

[92] SAMPAIO, p. 97.

[93] MARQUES DOS SANTOS, Antonio. *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, Almedina, 1998, p.309.

[94] Veja BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, *Homologação de sentença estrangeira e seus efeitos perante o STF*, Ed. Juarez Freitas, São Paulo, 1999, p. 5.

necessitavam de *exequatur* no Brasil.[95] Certo é que as decisões (privadas, administrativas ou judiciais) necessitam de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, no sistema do direito brasileiro atual, não podendo ser averbadas diretamente. Segundo a posição majoritária da doutrina o parágrafo único do Art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 (que afirma: "*Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas*"), foi derrogado pelo Art. 483 da lei mais nova especial, o Código de Processo Civil, impondo-se hoje a necessidade de homologação de qualquer sentença estrangeira, inclusive a de divórcio, as decisões arbitrais e as proferidas em jurisdição voluntária. O art. 483 do Código de Processo Civil dispõe que: "*A sentença proferida por Tribunal Estrangeiro não terá eficácia no Brasil se não depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.*" Neste sentido decidiu definitivamente o Supremo Tribunal Federal na Petição avulsa nr. 11:

> "*Sentença estrangeira de divórcio. Pedido de averbação desse ato sentencial dirigido a magistrado estadual. Alegada desnecessidade de prévia homologação, em face do art. 15, parágrafo único da LICC. Norma legal derrogada pelo CPC (art. 483). Magistério da doutrina. Impossibilidade processual da instauração de delibação incidente. Ação de homologação de sentença estrangeira. Sistema de contenciosidade limitada. Evolução do instituto no direito brasileiro. Indispensabilidade da homologação prévia de qualquer sentença estrangeira, quaisquer que sejam os efeitos postulados pela parte interessada. Precedente do STF.*"

Como ensina Rechsteiner,[96] mesmo realizadas frente a um órgão administrativo as decisões de divórcio estrangeiras por mútuo consentimento podem ser reconhecidas no Brasil, se "em conformidade com o sistema jurídico do país de origem". A doutrina brasileira sempre foi bastante positiva e flexível em relação a decisões administrativas, arbitrais e mesmo religiosas, afirmando Pontes de Miranda: "*Na expressão sentenças estrangeiras compreendem-se todas as decisões judiciais que precisam ter eficácia alhures desde que decisão cível ou com eficácia cível. Incluem-se as decisões arbitrais e as autoridades administrativas, se tem eficácia cível.*" [97]

---

[95] Assim ensina, em seu livro de 1906, o autor do Código Civil Brasileiro de 1916, BEVILAQUA, Clóvis, *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*, Edição histórica da obra de 1906, Ed. Rio: Rio de Janeiro, 1988, p. 326. Veja-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de 22 de maio de 1953, em que se afirmava: " A sentença estrangeira de divórcio não depende de homologação quando meramente declaratória do estado da pessoa." (in TENORIO, Oscar, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, Ed. Borsoi: Rio de Janeiro, 1955, p. 434, nota 4.

[96] RECHESTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado*, São Paulo: Saraiva, 1996, p.202.

[97] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo VI,Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1974, p.90.

O sistema seguido pelo direito brasileiro é o da delibação.[98] Seguindo o modelo italiano antigo, realiza o STF somente um *juízo de delibação* sem avaliar, no entanto, o mérito da decisão estrangeira a ser homologada.[99] Esse *juízo de delibação* visa assegurar que a decisão estrangeira preencheu os requisitos de homologabilidade exigidos pela legislação brasileira não existindo ofensa à ordem pública, à soberania nacional ou aos bons costumes, mas aqui o exame é limitado.[100] Efetivamente, o STF tem reiteradamente negado alargar as discussões no processo delibatório[101] e utiliza-se de uma noção de ordem pública bastante restrita.[102]

Os requisitos formais necessários para o Supremo Tribunal Federal conceder uma homologação, são, segundo os artigos 216 e 217 do Regimento Interno do STF, os seguintes: a) competência do juiz prolator; b) citação do réu; c)trânsito em julgado do ato sentencial; e d) autenticidade e tradução por tradutor juramentado.[103] Os demais requisitos encontram-

---

[98] Assim BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, *Homologação de sentença estrangeira e seus efeitos perante o STF*, Ed. Juarez Freitas, São Paulo, 1999, que afirma na p. 15: "O sistema jurídico vigente no Brasil sobre homologação de sentença estraneira vincula-se ao princípio da Delibação, procedente do sistema italiano e consagrado pelos internacionalistras franceses. O procedimento da delibação atribui competência para o tribunal examinar os aspectos formais da sentença, sem contudo, pronunciar-se sobre o mérito do julgado, ou do direito material objeto do direito estrangeiro configurado nos limites da sentença."

[99] Assim DOLINGER, Jacob. Brazilian Confirmation of Foreign Judgments, in *International Lawyer*, 1985, Vol. 19, Number 3, p. 854.

[100] Veja Sentença Estrangeira Contestada no 5093. Origem: EUA. Publicação: DJ 13/12/1996, Votação Unânime,Deferido, Min. Celso de Mello: "Ementa: ...A Homologação pelo S.T.F. constitui pressuposto de eficácia das sentenças proferidas por tribunais estrangeiros. - As sentenças proferidas por tribunais estrangeiros somente terão eficácia no Brasil depois de homologadas pelo Supremo Tribunal Federal. O processo de homologação desempenha, perante o Supremo Tribunal Federal - que é o Tribunal do foro -, uma função essencial na outorga de eficácia às sentenças emanadas de Estados estrangeiros. Esse processo homologatório - que se reveste de caráter constitutivo - faz instaurar, perante o Supremo Tribunal Federal, uma situação de contenciosidade limitada. Destina-se a ensejar a verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, propiciando, desse modo, o reconhecimento, pelo Estado brasileiro, de sentenças estrangeiras, com o objetivo de viabilizar a produção dos efeitos jurídicos que lhes são inerentes..."

[101] Veja Sentença Estrangeira Contestada no 4795- Suíça, DJ 20/10/1995,j. 16/08/1995, Min. Maurício Correa: "Ementa: Sentença Estrangeira Contestada. Divórcio. Homologação. O art. 221 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal delimita o campo para que se estabeleça eventual contraditório, não sendo possível, pela via processual de sentença estrangeira, discutir situações jurídicas diversas dos requisitos indispensáveis a homologação. Preenchidos os requisitos regimentais, defere-se o pedido de homologação da sentença estrangeira."

[102] Veja-se controvérsia sobre os limites do sistema da delibação e a prosição restritiva do STF, Sentença Estrangeira n 5.179-7-Portugal e Sentença Estrangeira n. 4.321-1-França, ambas comentadas por BOUCAULT, p. 41 e 42.

[103] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil : Vol. 5 (Arts. 476 a 565)*, Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 59-60.

se repetidos no Art. 15 da LICC/42 e Art. 483 do CPC e são todos voltados para sentenças ou decisões de instâncias públicas.

O mestre português Álvaro da Costa Machado Villela, elogiava o direito brasileiro afirmando: "*O único sistema lógico é o sistema da delibação, enquanto reconhece a decisão do tribunal estrangeiro e limita os poderes do tribunal do exequatur a um exame formal, para verificar se trata-se de uma sentença regular e definitiva, revestida de autenticidade, proferida por tribunal competente não contrária às leis locais de interesse e ordem pública. Com efeito, em face do respeito devido às jurisdições internacionalmente competentes para decidir as questões entre particulares, o tribunal do exequatur não deve apreciar o mérito da decisão.*"[104]

Interessante destacar que este autor português preocupou-se com a análise dos efeitos que podem ter a decisão estrangeira, mesmo declaratória de divórcio, a ser homologada e ensina: "*Sob dois aspectos gerais uma sentença estrangeira pode ser invocada: ou como ato de jurisdição que declarou um direito de modo definitivo; ou como um simples documento donde consta a verificação de um fato ou de um direito*". E continua: "*quando a sentença estrangeira é invocada como ato de jurisdição, ainda o pode ser para um de dois fins: ou para servir de título executivo numa execução forçada; ou para produzir qualquer outro efeito inerente ao caso julgado, como para fazer um registro predial ou para deduzir a exceção de caso julgado.*"[105] Aqui uma observação importante, pois o efeito da homologação da declaração registrada de divórcio no Japão é apenas declaratório no território brasileiro, a indicar que realmente a visão positiva do direito brasileiro em relação às diferenças culturais Brasil-Japão, pode indicar um caminho certo: harmonia internacional de decisões e respeito às diferenças culturais!

2. A ORDEM PÚBLICA BRASILEIRA EM MATÉRIA DE DIVÓRCIOS

Analisando a ordem pública em matéria de homologação de sentenças, Boucault defende que o: "*conceito de ordem pública, dada sua amplitude e elasticidade, deve comportar um abrandamento na aplicação da norma estrangeira, em observância à liberdade cultural dos povos*".[106] Como ensina Rechsteiner, são raros os casos em que o Supremo Tribunal Federal considera a ordem pública brasileira violada em virtude de motivos de direito material, geralmente são os requisitos processuais antes expostos os mais usados.[107]

---

[104] MACHADO VILLELA, Álvaro da Costa, *O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1921, p. 505.
[105] MACHADO VILLELA, p. 505.
[106] BOUCAULT, p. 47.
[107] RECHSTEINER, p. 205.

As críticas de Yuko Nishitani, quanto a não equivalência funcional dos divórcios privados japoneses às sentenças e de possíveis violações a nossa ordem pública devem ser aqui examinadas. O primeiro aspecto levantado é o fato dos divórcios japoneses geralmente não envolverem a partilha dos bens do casal. Aqui vários podem ser os comentários. No leading case da Sentença Estrangeira n. 4.512-6-Confederação Helvética,[108] em que casal de brasileiros, residentes na Suíça requeriam a homologação de sentença de divórcio consensual sem partilha, esta homologação foi concedida, uma vez que a partilha tinha se realizado anos antes, na separação.[109] Note-se que a competência para realizar partilha de bens situados no Brasil, por força do Art. 89,I e 89, II do CPC é exclusiva do juiz brasileiro.[110] Também conhece o direito brasileiro o divórcio sem partilha de bens (que será realizada no futuro ou já realizou-se no passado). Assim dispõe também a Súmula 197 do Superior Tribunal de Justiça: "*O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens*". Na Sentença estrangeira 4844, o Ministro Gallotti deferiu uma homologação com ressalvas, excluindo a partilha dos bens situados no Brasil, pois estes de exclusiva competência do juiz brasileiro.[111] Sendo assim, conclui-se que –frente ao STF- é até mais fácil realizar-se a homologação de uma decisão estrangeira de divórcio consensual japonês se esta não regular a partilha de bens!

O segundo aspecto é a necessária proteção do cônjuge mulher. Quanto à competência, bastante controvérsia é a vigência do Art. 100, I do CPC de um foro privilegiado para a mulher em matéria de divórcio, após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e seu Art. 5° sobre isonomia entre homens e mulheres.[112] Em outras palavras, a tradição da jurisprudência brasileira é considerar este foro privilegiado como competência concorrente e interpretar a norma mesmo restritivamente,

---

[108] SE 4.512-6, julgada em 21 de outubro de 1994 pelo STF.Veja comentários sobre o caso de BOUCAULT, p. 39 a e seg.

[109] Assim BOUCAULT, p. 40.

[110] Veja sobre o tema e antecedentes desta norma, DOLINGER, Jacob, Sentença estrangeira de divórcio, in *Revista Forense*, vol. 297, p. 207.

[111] SE 4844, j. 04.10.1993, comentada por NERY, Nelson Júnior e NERY,Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 6.ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002,p. 794.

[112] Veja CAMBI, Eduardo, Foro privilegiado da mulher, isonomia constitucional na sociedade conjugal e processo civil, in *Revista de Processo* nr. 83, p. 186 e seg.

para determinar a própria incompetência da justiça brasileira caso apenas o marido aqui seja domiciliado, isto como forma de 'proteger' as esposas.[113] Em resumo, a doutrina e a jurisprudência brasileiras são unânimes ao reconhecer e interpretar o art. 100, inciso I do CPC como assegurando competência do juízo da residência da mulher brasileira, se esta for a autora ou a ré da ação de divórcio.[114] Trata-se, porém, de competência relativa, sendo assim poderia ser alterada (prorrogada) por vontade de ambas as partes, como o foi no caso dos divórcios consensuais japoneses. Esta linha da jurisprudência poderia, porém, ajudar a esposa residente no Brasil, caso o divórcio japonês tenha sido realizado sem ou contra sua vontade.[115] Jacob Dolinger defende veementemente a aplicação, em casos atípicos ou internacionais do art. 100, inciso I do CPC, considerando-a importante questão de Justiça para a proteção da esposa estrangeira residente no Brasil ou em outro país: *"A tese defendida pela mulher de que lhe cabia o privilégio do foro com base no artigo 100,I, do CPC não poderia ter sido negada, com o argumento que vários tribunais invocam de que seu domicílio era efetivamente no Brasil por força do domicílio local do marido."*[116] Igualmente, defende a aplicação do Art. 100, I do CPC sempre a favor da esposa, Ana Maria Villela.[117]

---

[113] Exemplo desta linha é a decisão do TJ/RS, assim ementada: "Competência. Ação de divórcio. Casal estrangeiro. Separação de fato há mais de cinco anos. Incompetência da justiça brasileira. Esposa não residente no Brasil. Carência decretada. É incompetente a justiça brasileira para julgar pedido de divórcio de casal estrangeiro cujo casamento não se realizou no Brasil e aqui nunca residiu a esposa, contra quem é movida ação ."(Ap. Civ. 21.907, 2.Cciv. in RT 572/ 55 e Lex 81, p. 54.) Veja também as decisões do TJ/ES: "Competência. Divórcio. Casamento celebrado no estrangeiro, de casal também estrangeiro. Residência dele no Brasil e dela no exterior. Carência de ação. Incompetência da justiça brasileira para processar a ação." (Ap. civ. 48.247-1, in Lex 91- RJTJESP, p. 66) e "Competência. Divórcio. Casamento realizado no estrangeiro. Réu não domiciliado no Brasil. Incompetência da Justiça brasileira para processar a ação. Sentença confirmada."(Ap. Civ. 14.142-1, in Lex 75-RJTJESP, p. 53.) Destaque-se a sempre respeitadíssima opinião em contrário de Yussef Said Cahali que defende a competência sempre do juiz brasileiro para toda e qualquer causa de separação e divórcio, não importando as circunstâncias do caso, como forma de evitar a denegação de justiça. Veja CAHALI, Yussef Said, *Divórcio e Separação*, Ed. RT, São Paulo, 1994, p. 597.

[114] Veja por todos, com extensa revisão da doutrina e jurisprudência, RIZZARDO, Arnaldo, Separação e Divórcio, in *Direito de Família Contemporâneo*, Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira, Del Rey, Belo Horizonte, 1997, p. 495 e seg.

[115] Veja decisão in RSTJ 3/341 e decisão do STJ publicada in RT 657/184 com a seguinte ementa: "Divórcio. Conversão da separação judicial. Competência. O pedido de conversão de separação em divórcio deve ser formulado, em princípio, no foro do domicílio da mulher, e não, necessariamente, no juízo em que se processou a separação. Desconhecido esse domicílio, o interessado poderá apresentá-lo no seu próprio, expondo-se a eventual exceção de incompetência por parte da mulhe.(Conflito de Competência nr. 704-RS, 2° Seção do STJ, j. 29.1.89).

[116] DOLINGER, p. 260.

[117] VILLELA, p. 60, 62 e seg.

De outro lado, como vimos, segundo o STF o simples fato do divórcio ser realizado frente a um órgão administrativo (por mediação estatal, por exemplo), frente a um tribunal religioso ou um árbitro/mediador, não ofende a ordem pública brasileira. Ao contrário, parece haver após 1977, uma espírito brasileiro de 'favor divórcio' em nossa ordem pública.[118] A pergunta é se o divórcio 'amigável' ou consensual apenas registrado pelo Prefeito municipal, como no Japão, ofende a nossa ordem pública. Pedro Sampaio em sua obra de 1973, portanto, anterior à introdução do divórcio no Brasil, já afirmava que não: "*Homologa-se o divórcio amigável registrado no Japão pelo Prefeito municipal. A lei deste país reconhece como legal o divórcio consensual processado nessas condições*".[119]

A tradição do STF,pois, é em sentido oposto, bastante flexível. de outro lado, sempre mostrou-se aberto a reconhecer divórcios não-judiciais, desde que de acordo com a cultura local, seja quando estivesse presente alguma autoridade administrativa registradora[120] ou mesmo religiosa. [121]

B- EXAME DS 30 CASOS DE DIVÓRCIOS 'JAPONESES' NO STF DE 1975 A AGOSTO DE 2002

Dos trinta casos examinados, 20 eram de divórcios por mútuo consentimento, registrado perante autoridade administrativa no Japão, 5 eram de divórcios 'judiciais' ou mediados e 5 eram de cartas rogatórias de citação em divórcios judiciais, um inclusive correndo frente à justiça brasileira. Vejamos os detalhes destes 29 'divórcios' ocorrendo no Japão e um divórcio judicial processado no Brasil.

1. O EXAME DOS 20 CASOS DE DIVÓRCIOS CONSENSUAIS 'ADMINISTRATIVOS'

A decisão do STF em 19 destes casos foi pelo deferimento do pedido de homologação. Na SE 4269, julgada em 16.08.1991, pelo Tribunal Pleno, o pedido não foi indeferido, mas sim o processo extinto (de forma a permitir novo pedido) face à instrução deficitária, pois não constava o original do registro administrativo japonês. A ementa da decisão foi a seguinte:

---

[118] Veja neste sentido, sobre a 'inconstitucionalidade' de certos limites ao divórcio, ORESI DA COSTA, Carlos Celso, *Tratado do Casamento e do Divórcio*, 2.vol., São Paulo, Saraiva, 1987, p. 977 e seg.

[119] SAMPAIO, p. 97, citando STF, SE 1312-Japão.

[120] Assim BASSO TAMAGNO, p. 86 e 87, cita o reconhecimento de decisão de divórcio decretado por autoridade administrativa da Noruega, Sentença Estrangeira n. 3.168, Noruega, 20.05.1983, Rel. Min. Cordeiro Guerra.

[121] Assim BASSO TAMAGNO, p.87 e 89, cita o reconhecimento de decisão de divórcio decretado por rabino em Israel, Sentença Estrangeira n. 3.584, Israel, 15.08.1985, Rel. Min. Moreira Alves.

"*Divórcio amigável, procedente do Japão. Ausência do teor do ato administrativo que se pretende homologar, não bastando, para a homologação, perante o STF, a prova da sua averbação, no registro civil (art. 218 e 219 e seu parágrafo único do regimento interno). Extinção do processo com ressalva da possibilidade de renovação do pedido, instruído com o documento indispensável.*"[122]

Destes 19 deferimentos, 17 deram-se por decisão monocrática e 2 por decisão do Tribunal Pleno. Apenas nos dois casos da SE 2251/JA e da SE 6399/JA, a decisão foi do Tribunal Pleno. Nestes casos, é utilizada a expressão 'sentença estrangeira' para o ato administrativo japonês, utilizando-se o STF geralmente da seguinte ementa, que cita precedentes de homologação de divórcios 'privados' ou 'administrativos da Noruega, Dinamarca e Japão para conceder o pedido:

> "*SENTENÇA ESTRANGEIRA - HOMOLOGAÇÃO - DIVÓRCIO - ATO ADMINISTRATIVO - EXTENSÃO. A norma inserta na alínea "h" do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal, segundo a qual compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a homologação das sentenças estrangeiras, há de ser tomada respeitando-se a soberania do país em que praticado o ato. Prevendo a respectiva legislação o divórcio mediante simples ato administrativo, como ocorre, por exemplo, no Japão, cabível é a homologação para que surta efeitos no território brasileiro. Precedentes: Sentença Estrangeira nº 1.282/Noruega, Relator Ministro Mário Guimarães; Sentença Estrangeira nº 1.312/Japão, Relator Ministro Mário Guimarães; Sentença Estrangeira nº 1.943/Dinamarca, Relator Ministro Adaucto Cardoso; Sentença Estrangeira nº 2.251/Japão, Relator Ministro Moreira Alves; Sentença Estrangeira nº 2.626/Bélgica, Presidente Ministro Antonio Neder; Sentença Estrangeira nº 2.891/Japão, Presidente Ministro Xavier de Albuquerque; Sentenças Estrangeiras nºs 3.298, 3.371 e 3.372, todas do Japão, Presidente Ministro Cordeiro Guerra; e Sentença Estrangeira nº 3.724/Japão, Presidente Ministro Moreira Alves.* " (SEC 6399 / JA – Japão, Min. Marco Aurélio , j. 21/06/2000)

Nos outros 17 casos,[123] a decisão monocrática do Presidente foi das mais simples e consta a seguinte ementa: "*Certidão Adminsitrativa de Divórcio- Eficácia de Sentença-Homologação*".[124]

---

[122] Publicado in RTJ 137,02, p. 618 e in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 214 e 215.

[123] SE 3549/JA, SE 3869/JA, SE 5125/JA, SE 6527/JA, SE6607/JA, SE 6848/JA, SE 6878/JA, SE 6882/JA, SE 7005/JA, SE 7039/JA, SE 7116/JA, SE 7122/JA, SE 7188/JA, SE 7202/JA, SE 7410/JA e SE 7434/JA, SE 6969/JA.

[124] Assim SE 734/JA, Min. Marco Aurélio, DJ 01/08/2002, p.0141 , julgamento 08/07/2002, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 176-178.

Nestes 17 casos estavam presentes as tradução, "a notícia do trânsito em julgado" e o documento original de registro administrativo de um prefeito ou de um administrador local, que segundo o STF "equivale à sentença irrecorrível" (SE 5125/JA)[125]. O Presidente do STF, citando os precedentes da Dinamarca (SE 1943), Bélgica (SE 2626) e vários do Japão (SE 1312, SE 2891-3, SE 3298-8, SE 3371-2, SE 3372-1, SE 1742), e com parecer do Ministério Público Federal pelo deferimento ao interpretar cumpridas as formalidades (Art. 102,I,h, CPC e RISTF), decidiu da seguinte forma:

> "*Defiro o pedido formulado e homologo, para que surta eficácia no Brasil, o ato mediante o qual os requerentes divorciaram-se. 3. Expeça-se a carta de sentença. 4. Publique-se.*"[126]

Nestes 17 casos, porém, encontramos 5 casos com decisão do Presidente diferenciada. Em 3 casos (SE 6527/JA, SE 6882/JA e SE 6969/JA), é a mulher que requer sozinha a homologação frente ao STF. Em um destes casos (SE 6969/JA), o marido comparece ao STF para declarar que não se opõe à homologação,[127] mas nos outros dois casos foi realizada a citação por edital do cônjuge varão e concedido-lhe curador especial que não se opôs à homologação.[128] Aqui observa-se o interesse na mulher japonesa ou descendente de japoneses, com domicílio no Brasil, de ver homologado seu divórcio 'amigável' japonês no Brasil, para que surta todos os efeitos.

Interessante observar que no caso da SE 7410/JA, a divorcianda mulher requereu, frente ao STF, também a mudança de seu nome.[129] Como esta alteração de nome não constava do registro administrativo japonês e o STF manteve sua linha de não admitir a extensão do processo delibatório, o pedido de homologação foi deferido, mas sem modificação do nome, uma vez que: "*A modificação de nome não compõe a certidão.*"[130]

Também interessante é um caso mais antigo, anterior à Constituição de 1988, enquanto vigorava o Art. 38 da Lei de Divórcio (Lei 6.515/1977), o qual proibia o segundo divórcio do cônjuge brasileiro. Neste caso da SE 3869/JA, tratava-se do reconhecimento dos dois divórcios entre os mesmos cônjuges, um cônjuge brasileiro e um japonês. O STF homologou o primeiro divórcio sem restrições e homologou o segundo divórcio administrativo japonês

---

[125] SE 5125/JA, Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.11.97, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 204.
[126] Assim SE 6848 / JA, Min. Marco Aurélio, DJ 06/09/2001, p.00030 , julgamento 28/08/2001, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 195-197.
[127] SE 6969/JA, Min. Marco Aurélio, j. 21.09.2001, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 194-195.
[128] SE 6882/Ja, Min. Marco Aurélio, j. 04.04.2002, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 183 e 184 e SE 527/JA, Min. Marco Aurélio, j. 13.09.2001, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 197 a 199.
[129] SE 7410/JA, Min. Macro Aurélio, j. 06.06.2002, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 179a 181.
[130] SE 7410/Ja, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 181.

com eficácia irrestrita para o cônjuge japonês e considerou o cônjuge brasileiro apenas 'separado judicialmente'.[131] Certa estava Ana Maria Villela,[132] quando afirmava que a lacunosa e conservadora lei brasileira de divórcio de 1977 traria muitos problemas em direito internacional privado para o Brasil! Após 1988, a decisão foi revista.

Os problemas, porém, com a lei do divórcio não cessaram com a Constituição Federal de 1988, ao contrário , esta impôs como imperativos os prazos da Lei brasileira para o reconhecimento de divórcio de brasileiros, mesmo que declarados no exterior. Sendo assim encontramos na SE 7202/JA[133] um caso do divórcio administrativo japonês de dois brasileiros, residentes no Japão, que foi reconhecido pelo STF, mas com eficácia apenas passado o prazo do Art. 226, §6° da CF/1988, considerando-se ambos , no Brasil até aquela data como 'separados judicialmente'. A ementa da decisão é a seguinte:

> *"Defiro o pedido formulado e homologo, com a restrição de que o ato mediante o qual os requerentes divorciaram-se somente produzirá efeitos plenos a partir de 05 de março de 2002 (Art. 226, §6° da Constituição Federal), observando-se, até essa data, o instituto da separação judicial."*[134]

Resta, pois, a dúvida se o 'elemento de conexão' indireto da nacionalidade, continua a reger o sistema de homologação de sentenças de divórcio no Brasil. Em outras palavras, o STF utilizou o Art. 7°, §6° da Lei de Introdução interpretado de acordo com os prazos do Art. 226,§6° da CF/88 e manteve a tradição brasileira desde 1977 de imperatividade dos prazos de separação de fato ou judicial para a concessão do divórcio.

2. O EXAME DOS OUTROS CASOS

Os outros 10 casos levantados em nossa pesquisa versam 5 sobre cartas rogatórias de citação de cônjuges no Brasil e Japão (CR 9772/JA, CR 9965/JA, CR 10091/JA, CR 9677/JA e PET 1582/SP), de 4 ditas 'sentenças' japonesas de divórcio e uma sentença paraguaia. Destes casos, 8 forma concedidos e 2 negados.

---

[131] SE 3869/JA, Min. Rafael Mayer, j. 12.04.1988, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 215-216.
[132] Assim as conclusões de VILLELA, p. 83 e seg.
[133] SE 7202/ JA, Min. Marco Aurélio, j. 01 /02 /2002 , in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 187-188.
[134] SE 7202/JA, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 188.

As 4 cartas rogatórias passivas vindas do Japão referem-se à citação da mulher (CR 9965/JA, CR 9677/JA) ou do marido (CR 10091/JA e CR 9772/JA) no Brasil.[135] Nestas 4 decisões, o STF examina se houve ou não ofensa à nossa ordem pública pelo fato de um brasileiro, esposa ou marido, estar respondendo uma 'ação de divórcio' frente a um Tribunal de Família no Japão e conclui que não há ofensa, pois a competência é concorrente. Interessante é a CR 9677/JA, em que a esposa brasileira é citada para uma audiência –um ano antes- no Tribunal de Família- no Japão e ela mesmo havia entrado com um divórcio litigioso no foro de Piracicaba, em São Paulo.[136] Como o STF não considerou exclusiva a competência do foro brasileiro na decisão de 2001 e concedeu o *exequatur*, em 2002, a esposa entrou com uma segunda 'alegação' de que ofenderia a nossa ordem pública tal 'divórcio' judicial no Japão, pois o casamento tinha acontecido no Brasil, em 1988 e sob a égide do direito brasileiro. Nenhum destes argumentos sensibilizou o STF, que manteve a citação e conclui que não havia qualquer ofensa à nossa ordem pública. A quinta Carta Rogatória é ativa, em que juiz de São Paulo requer ao STF a citação de cônjuge domiciliado no Japão. Nesta PET 1582/SP, o STF conclui que não é necessário passar as cartas rogatórias ativas pelo STF e nega o pedido que deve ser encaminhado diretamente ao Ministério da Justiça.[137]

Dos outros 4 casos, todos homologados pelo STF, há menção de sentença 'do Tribunal de Família. Em um caso houve renúncia de alimentos para a esposa e regulação expressa da guarda dos filhos (SE 4852/JA).[138] Em um outro, SE 5608/JA, a esposa é brasileira e o marido japonês foi citado apenas por edital, mas o STF considerou cumpridas as exigências processuais e concedeu ao marido curador especial,[139] sendo a homologação concedida. Nas SE 7292/JA e SE 7047/JA parece ter havido 'mediação'. O caso da SE 7047/JA é mais interessante, pois houve partilha de bens, inclusive de imóvel no Brasil, o que –em princípio- contraria o disposto nos Art. 12 da LICC e Art. 89 do CPC, pois seria caso de competência exclusiva do judiciário brasileiro. Mesmo assim o STF concedeu a homologação, alegando que o divórcio por

---

[135] CR 9965/JA, Min. Marco Aurélio, j. 04.02.2002, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 208 e 209, CR 9677/JA, Min. Marco Aurélio, j.19.03.2002 e CR 9677/JA, Min. Carlos Velloso, j. 21.03.2001, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 205-206 e 206-207, CR 10091/JA, Min. Marco Aurélio, j. 18.03.2002, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 208 e CR 9772/JA, Min. Marco Aurélio, j. 07.08.2001, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 209 e 210.

[136] CR 9677/JA, Min. Marco Aurélio, j.19.03.2002 e CR 9677/JA, Min. Carlos Velloso, j. 21.03.2001, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 205-206 e 206-207.

[137] PET 1582/SP, Min. Celso de Mello, j. 10.02.1999, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 210 a 213.

[138] SE 4852, Min. Otávio Gallotti, j. 18.08.1991, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 215.

[139] SE 5608/JA, Min. Celso de Mello, j. 18.11.1997, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 202 e 203.

'mediação' era consensual e teria havido 'acordo sobre imóvel existente no Brasil', o que seria possível.[140]

Mencione-se, por fim, um outro caso *sui generis* levantado de divórcio de japoneses domiciliados no Brasil, mas realizado em foro 'facilitatório' do Paraguai. Neste caso de 1979 (SE 2446), a homologação foi recusada tendo em vista a competência 'absoluta' do juízo brasileiro.[141]

Como se observa, a visão do STF dos divórcios obtidos no Japão é bastante positiva e aberta, com forte tendência a superar qualquer obstáculo formal.

CONCLUSÕES

Certa a saudosa professora da UnB, Anna Maria Villela, que o controle exercido pelo STF em matéria de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio é 'um controle puramente formal ou exterior da decisão estrangeira".[142] As decisões anteriores à 1977, oriundas dos países nórdicos, como Noruega, Dinamarca e outros, que conhecem decisões administrativas de divórcio, bem demonstram que realmente o STF procura respeitar estes tipos e estas 'formalidades' de concessão do divórcio dos países de origem destas. Já os divórcios religiosos são mais controlados, no que se refere aos direitos fundamentais das mulheres e à ofensa eventual a nossa ordem pública.[143]

Conclui-se que o divórcio japonês registrado frente a um oficial administrativo é visto pelo STF mais como uma formalidade, do que como um momento de fundo e o controle exercido é meramente formal, procurando respeitars as diferenças culturais. Os alertas dos professores japoneses e estudos como estes podem servir para levar à evolução da posição do STF.

A verdade é que a posição do STF já parece bastante condizente com o momento atual de liberdade dos indivíduos e de circulação de decisões de divórcios, criando maior harmonia e permitindo o reconhecimento das novas famílias formadas após o divórcio em um dos países. Sendo assim, se bem que considero importante a precisão de que se tratam de meros atos privados, registrados no oficial administrativo do distrito, mister considerar que se este tipo de divórcio japonês equivale a mais de 90% do divórcio no

---

[140] SE 7047/JA, Min. Macro Aurélio, j. 25.06.2002, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 178 a 179.

[141] SE 2446/JA, Min. Antônio Neder, j. 19.11.1979, in MARQUES/JACQUES/SCHMIDT, p. 218-219.

[142] VILLELA, p. 13.

[143] Assim repudiação islâmica, não homologada pelo STF, citada por BASSO TAMAGNO, p. 84 e por Valladão, III, p. 134 (SE 2574/Jordânia, j. 05.11.1980).

país, a significar que é a forma de dissolução do casamento culturalmente mais aprovada pela população japonesa. A regra de reconhecerem-se tais divórcios parece, pois, contribuir ao entendimento entre Brasil e Japão e a movimentação dos imigrantes e descendentes entre estes países. As exceções, quando o cônjuge mulher, por exemplo, não tiver realmente consentido ou a declaração lhe tiver retirados direitos, podem ser resolvidas através de um exame mais detalhado no sistema da Sentença Estrangeira contestada,[144] no Brasil, pela prejudicada.

Por fim, faço minhas as palavras do mestre Erik Jayme: "O direito de família em uma sociedade pluricultural, se visamos reconhecer um direito da pessoa à proteção de sua identidade cultural, necessita de uma certa 'personalização' das respectivas regras para resolver os conflitos de leis."[145] Concluo ,pois, louvando a linha de nosso Supremo Tribunal Federal, que soube tratar 'diferentemente os diferentes', com tolerância cultural e 'personalização' para proteger os interesses dos imigrantes e descendentes de japoneses no Brasil, soube sobretudo respeitar as diferenças culturais de ambos os países e fomentar a harmonia de decisões entre Brasil e Japão!

---

[144] Veja contestação da sentença estrangeira e processo de 'impugnação', nos Artigos 220,221 e 223 do Regimento do Supremo Tribunal Federal in NERY/NERY, *CPC Comentado*, p. 1822 e 1823.

[145] No original em italiano, Jayme, Società multiculturale, p. 356: "Il diritto di famiglia in una società pluriculturale richiede, se si cerca di riconoscere un diritto della persona alla protezione della sua identità culturale, una certa 'personalizzazione' delle rispettive regole per risolvere i conflitti di leggi."

UNITED STATES OF AMERICA

1 - 2000 – LIMA MARQUES, Claudia. Assisted Reproduction Technology in South America and the Effect on Adoption. *Texas International Law Journal*. Vol. 35, n. 1, 2000. p. 65-91. (***waiting confirmation***)

2 - 2001 – LIMA MARQUES, Claudia. Banking in the information society: a Brazilian vision. *Consumer Law in the Information Society*. Thomas Wilhelsonn, Salla Tuominen and Heli Tuomola (Ed.), Kluwer Law International, Cambridge (USA),The Hague/ London/Boston, 2001, p. 247-262.

3 - 2001 – LIMA MARQUES, Claudia. A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral. *XXVII Curso de Derecho Internacional -OEA/CIJ*. Washington: Secretaría General - Subsecretaria de Asuntos Jurídicos, 2001, p. 657-780. (***waiting confirmation***)

4 - 2001 – MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O Projeto de Código Civil Brasileiro – em Busca da Ética da Situação. *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*. v. 35, n. 3, mayo-ago, 2001, p. 443-428.

5 - 2002 – LIMA MARQUES, Claudia. A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral. In: *El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Cursos de Derecho Internacional* - vol. I (Parte 1). Washington: Secretaría General - Subsecretaria de Asuntos Jurídicos, 2002, p. 1503-1622. (***waiting confirmation***)

6 – 2003 – JACOB DE FRADERA, Véra Maria. Report on Constitution, International Treaties and Contracts. *The 16th International Congress of Comparative Law*. Huntington, NY: Managing Legal Editor Juris, 2003.

Banking in the information society: a Brazilian vision

Claudia Lima Marques [1]

1. INTRODUCTION

In the last ten years, the financial services market in Brazil has changed dramatically.[2] There has been a substantial growth in credit card, electronic banking card, telephone and Internet home banking schemes. Also, the Brazilian government has deregulated the financial market, leading to an increase in the competition of financial institutions, and, consumer protection has finally been regulated by contracts (including financial products and services). In the 1990s the globalization, the openness of MERCOSUR countries and the advances in electronic communication produced large changes in the Brazilian financial and consumer credit market. All this created an interesting diversity and openness to large (and foreign) banking corporations, but also a very hard situation for low income

[1] The author would like to thank Prof. Antonio Herman Benjamin (Univ. of Texas, Austin), Diplomat Ralf Holzen and Lawyer Fábio Costa Morosini for materials and comments. The author claims responsibility for all errors.

[2] Cf. Cláudia Lima Marques, 'Les contrats de crédit dans la législation brésilienne de protection du consommateur', in Iain Ramsay (ed.), *Consumer Law in the Global Economy* (Ashgate-Dartmouth, Aldershot, England, 1997), pp. 321 – 348.

consumers and to the less educated people, who are easily excluded from this new 'electronic banking age'.[3]

In the 1990s many national public banks in Brazil became privatized and almost all national and international banks turned from traditional commercial banks to multifunctional institutions (so-called *bancos múltiplos*) and today offer an increasing and very wide range of services to consumers.[4] The range of services offered by banks in Brazil includes: (1). *Deposit and savings* (current/check accounts, automated teller machines (ATMs), deposit/savings accounts, including investment and high interest deposit accounts, special types of savings accounts, e.g. mortgage deposit, holiday savings budget, credit account); (2). *Money transmission* (check, credit transfer, standing orders, direct debits, bank drafts); (3). *Lending* (overdrafts advances on current account, personal loans, house purchase schemes, bridging loans, credit cards); (4). *Travel and foreign* (foreign currency, traveler's checks, international check cashing arrangements, international money transfer); (5). *Investment and taxation* (safe deposit, insurance, life assurance, pension plans, tax planning, investment); and (6). *Specialized advice, information and services* (in general, and often tailored to suit the needs of specific market segments, such as pensioners, students, diplomats etc.).[5] The Central Bank Resolution number 1524, issued on 22 September 1998, allowed the multifunctional bank to operate. The traditional commercial and investment banks turned into multifunctional banks with more and more relationships with consumers and other vulnerable actors.

Such developments in the Brazilian market occured to a greater or lesser extent in all economies in the 1990s and they have exposed the fragility of the legislative consumer protection framework. The Brazilian Consumer Protection Act (Lei n. 8.078/90), the so-called Consumer Code (CDC), is a new statute. Some key effects of the Consumer Code are as follow. In the first place, it ensures against the inclusion of unfair clauses (*cláusulas abusivas*) in consumer contracts. Secondly, it has an influence on the general theory of contract, especially service contracts. Thirdly, it provides formal recognition of the need to provide consumers with special protection, with special rules of interpretation

[3] About this new 'era of change', with cross-border mergers of banks and the dominant role of financial markets at the close of the twentieth century, see Iain Ramsay and Toni Williams, 'Racial and Gender Equality in Markets for Financial Services' in Peter Cartwright (ed.), *Consumer Protection in Financial Services* (Kluwer Law International, London, 1999), p. 267.

[4] Since the 1990s, almost half of the 25 biggest Brazilian financial institutions have changed their shareholders' control, with special emphasis in international acquisitions of national entities, see 'Gazeta Mercantil' (23 – 27 December 98) *Caderno Finanças & Mercados*, p. B-1.

[5] Adapted from Sothi Rachagan, 'Procedures for the resolution of consumer grievances with banking services' (1998) *Revista da AJURIS-Edição Especial*, tomo I, (Porto Alegre, 1998), p. 202.

and controlling standard contracts.[6] But in financial services the Brazilian Consumer Code is based on the way consumer-bank relationships or financial products were shaped in the late 1980s, without taking account of the advances in electronic communication and technological innovations. Nevertheless, in the Brazilian market consumers face various problems in the area of financial services, such as access to the financial service, and the complexity of both purchase contracts and financial services (e.g. the recent problems with the automobile leasing),[7] the lack of transparency and information, variability of costs in long-term contracts, unfair contract terms, unintelligible conditions, privacy protection, over-indebtedness, security in electronic payments and transfers, authentication of consent in electronic payments. Legal responses to these problems of the consumer are not easy to formulate.

This essay will consider only some impacts of technological innovations in financial services in Brazil (Section 2) and some aspects of transparency and fairness in the contractual relationship between banks and consumers in an emergent country like Brazil (Section 3).

2. TECHNOLOGICAL INNOVATIONS IN BANKING SERVICES AND CONSUMER PROTECTION IN BRAZIL

2.1 The Consumer of the Banking Services

Before engaging into the analysis of the impacts of technological innovations in banking services, it would however be helpful to start with some remarks on more pragmatic elements of the Brazilian financial market. For historical reasons, the financial sector, and especially the banking one, has been very protected and less controlled by the Brazilian government. This sector has been immune to all antitrust regulations, so the concentration in this sector was and is great in Brazil; the Brazilian Banks Federation (FEBRABAN) has also developed a very special lobbying force and has successfully gained special treatment for banking and financial services on many occasions. They also tried to exclude the financial services to fall upon the Brazilian Consumer Code provisions.

---

[6] arques, *Les contrats*, pp. 322 – 324.

[7] Cf. my communication, 'Consumer car leasing contracts – Repayment indexed in dollars – Currency devaluation – Court applies principles of Consumer code' (1999) *Consumer Law Journal* 7, pp. 108 – 109.

2.1.1 Banking Services: Falling upon the Consumer Code Provisions

The Brazilian Banks Federation (FEBRABAN) has developed a special lobbying force to exclude financial services from falling upon the Brazilian Consumer Code provisions.[8] The consumer movement has answered[9] and the courts have decided that the banking service shall fall upon the consumer code provisions without special treatment.[10]

In the past, banking relationships were limited to merchants. Today, with the multifunctional banks, a variety of operations can be contracted typically with consumers.[11] The judicial reasoning[12] is that banks, ex vi Article 119 of the Brazilian Commercial Code, are commercial enterprises (Article 3° CDC), [13] and that lending money can be considered a consumer good or product (Article 3 § 1° CDC),[14] but the typical banking activities are services (Article 3° § 2° CDC).[15] These typical banking

---

[8] See Arnold Wald, 'O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras' (jul/set 1991) *Revista de Informação Legislativa*, (Brazil, a. 28, n. 11), p. 296; Humberto Theodoro, 'Parecer' in Revista dos Tribunais – RT 747, pp. 111 – 134; Luiz Gastão Paes de Barros Leães, forthcoming.

[9] Nelson Junior Nery, 'Código Brasileiro de Defesa do Consumidor- Comentado pelos autores do Anteprojeto' in Ada Pellegrini Grinover et al. (eds), (Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998), p. 344; Newton De Lucca, 'A aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade bancária' (1998) *Revista Direito do Consumidor*, vol. 27, pp. 78 – 87; Antonio Janyr Dall'Agnol, 'Direito do consumidor e serviços bancários e financeiros- Aplicação do CDC nas atividades bancárias' (1998) *Revista Direito do Consumidor*, vol. 27, pp. 7 – 17; also Cláudia Lima Marques, 'Contratos no Código de Defesa do Consumidor' 3. Ed., Ed. *Revista dos Tribunais*, (São Paulo, 1999), p.197 and Cláudia Lima Marques, 'Contratos bancários em tempos pós-modernos' (1998) *Revista Direito do Consumidor*, vol. 25, p. 19.

[10] Leading case: '*Código de defesa do consumidor. Bancos. Cláusula penal* 10 %. 1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no Article 3§ 2° , estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco' (Resp. 57.974-RS, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 29 May 1995, Superior Tribunal de Justiça, Brazil).

[11] Cf. Roberto Senise Lisboa, 'A relação de consumo e seu alcance no direito brasileiro' in Oliveira Mendes (ed.) *Coleção Saber Jurídico* (São Paulo, 1997), p. 33.

[12] The judicial analysis will focus on the state of Rio Grande do Sul, where the author comes from, where the Tribunal de Justiça (hereafter TJ/RS) is one of the most progressive in Brazil. Cf. APC 195.037.338 (1996) *Revista Direito do Consumidor* 20 p. 182.

[13] Leading cases of the TJ/RS, in Marques, *Contratos*, n. 9 above, p. 199, and '1° Tribunal de Alçada São Paulo' (1996) *Revista Direito do Consumidor* 19, p. 264. This is also true in Canada, see Nicole L'Hereux, *Droit de la Consommation* (4a ed., Blais, Cowansville, Québec, 1993), pp. 30 – 31.

[14] Cf. 'Class Action of Ministério Público Rio Grande do Sul' (1998) *Revista Direito do Consumidor* 28, p. 228. Cf. Nelson Abrão, *Curso de Direito Bancário*, Ed. RT, (São Paulo, 1988), p. 69.

[15] Article 3, § 2° CDC declares 'service is any activity provided in the consumption market, in exchange for remuneration, including banking, finance, credit, assurance, excluding the labor contracts.'

services are accomplished in standard format for consumers and to powerless professionals and enterprises.[16] The application of the Brazilian Consumer Code depends on the finding of a consumer. Article 2 of CDC provides a definition of a consumer sensu stricto: *'a consumer is any person or legal entity that purchases or uses a good or a service as a final addressee.'* But Article 29 of CDC expands these applications to all persons (professionals or not) *exposed to a commercial unfair practice or clause.*[17] Here the jurisprudence seeks the concrete proof of the weakness of this consumer (*consumidor equiparado*).[18] Today all these relationships between banks and vulnerable customers[19] should fall upon consumer protection provisions (Articles 2 and 29 CDC).[20]

The popular savings, credit to non-professionals,[21] and small and vulnerable

---

[16] Leading cases: '*Contratos bancários. Relacão de consumo.* A atividade bancária é constitutiva de relação de consumo e a ela é aplicável o Código de Defesa do Consumidor. *Contrato de adesão.* O contrato bancário caracteriza-se como de adesão porque suas cláusulas são impostas unilateralmente' (TJ/RS-APC 197055544,1ª CC, j. 9 December 1997, Rel. Arno Werlang). '*Negociacão jurídica bancário - execucão - contrato de bertura de crédito em conta corrente. Cheque especial empresa - juros - limitacão.* A limitação dos juros procedida pela Câmara passa sempre pelo exame da situação fática. Surpreendida cláusula abusiva que disciplinava a cobrança de juros, sua anulação é decretada com base nas disposições do CDC aplicáveis à espécie, buscando-se na legislação infraconstitucional os parâmetros para a substituição da manifestação de vontade das partes' (TJ/RS- APC 198027765, 14ª Câmara Cível, j. 15 April 1999, Nelson Antonio Monteiro Pacheco).

[17] New leading case: '*Negógio jurídico bancário. Contrato de abertura de crédito e financiamento de capital de giro* 2) Revisão de contratos renegociados, que continha cláusulas abusivas e, consequentemente, nulas de pleno direito. 3) Controle de cláusulas contratuais abusivas estipuladoras de encargos financeiros com base no Código de Defesa do Consumidor, inclusive em relação a pessoa jurídica (Article 29 do CDC)....(TJ/RS-APC 599050010, 1ª Câmara de Férias Cível, j. 11 May 1999, Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino). The first leading case was commented on in Marques, *Contratos*, n. 9 above, p. 158.

[18] Leading case: '*Contrato bancário. Embargos do devedor. Escritura pública de abertura de crédito pessoal banrisul....Incidência do código de defesa do consumidor.* Aplicação do Código de Defesa do Consumidor a operações bancárias quando demonstrada sujeição do mutuário em face do mutuante, o que deve ser verificado no caso concreto' (TJ/RS-APC 598557296, j. 11 February 1999, 18ª CC, Rel. Des. Jorge Luis Dall'Agnol).

[19] Leading case: '*Embargos infrigentes. Arrendamento mercantil. Acão de revisão de cláusulas contratuais. Aplicacão do codecon aos contratos de leasing. Abusividade na cobranca dos juros e encargos. Possibilidade de revisão.* Embargos rejeitados' (TJ/RS-EI 598572303, 7°Grupo Cível, j. 7 May 1999, Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick).

[20] José Reinaldo de Lopes, 'Consumidor e Sistema Financeiro' (1997) *Revista Direito do Consumidor*, vol. 22, p. 95. This author critized the jurisprudence position.

[21] Leading case: '*AVão de revisão contratual...contrato de abertura de crédito em conta corrente-pessoa física. Preliminar de carência de aVão não acolhida.* Aplicação do CDC. Não repassados os custos a terceiros, o tomador de empréstimo é destinatário final, sendo uma relação de consumo típica' (TJ/RS-APC 198076994, j. 26 November 1998, 18ª CC, Rel. Wilson Carlos Rodycz).

professionals,[22] consumer credit[23] and current accounts[24] should be regulated by the Consumer Code.

2.1.2 Prejudice Against Low Income Consumers and Technological Advances

The very complex Brazilian experience with advances in electronic communication in banking can be interesting to compare with the Malaysian experience, not only because Sothi Rachagan does,[25] but also because these two emergent economies have similar indicators in adult illiteracy, health and economic services in the 1990s and both countries have recently devalued their currencies and have very unique financial markets. Like Erik Jayme proposed,[26] postmodern comparative law would be a comparison of the differences and not only a search for similarities. In these different legal responses to the problems of the consumers, there could be a sign to the cultural identity and to a specific market failure in this country.[27]

---

[22] Leading case: '*AVão de revisão contratual. Nota de crédito comercial 3.* Código de Defesa ao Consumidor. Aplicável, na espécie. ...' (TJ/RS-APC 198089732, 14ª Câmara Cível, j. 8 April 1999, Marco Antonio Bandeira Scapini) and '*Revisão de contrato bancário. Embargos de devedor. Conexão. Julgamento simultâneo. Cédula de crédito comercial. Aplicabilidade do código de defesa do consumidor* ... Apelação provida em parte' (TJ/RS- APC 197185986, 11ª Câmara Cível, j. 14 April 1999, Des. Voltaire de Lima Moraes).

[23] Leading case: '*Contratos com institui*Vões *financeiras. Código do consumidor*. Conforme expressiva doutrina, os contratos de crédito são abarcados pela tutela do código do Defesa do Consumidor ... Rejeitaram os embargos, por maioria' (EI 598604833, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, j. 14 May 1999, Des. Luiz Felipe Brasil Santos).

[24] Arnaldo Rizzardo, *Contratos de crédito bancário*, 2. ed., RT, (São Paulo, 1994), p. 15.

[25] Socioeconomic comparative schema between Malaysia, Brazil and Canada, in Sothi Rachagan, 'Consumer Protection in the Rapidly Developing Economies of South East Asia: A Case Study from Malaysia' in Iain Ramsay (ed.) *Consumer Law in the Global Economy*, (Ashgate-Dartmouth, Aldershot, England, 1997), pp. 117 – 118.

[26] Erik Jayme, 'Visões para uma teoria pós-moderna do Direito Comparado' (janeiro 1999) in *Revista dos Tribunais* 759, pp.24 – 40.

[27] 'Selon le professeur allemand de l'Université de Heidelberg, M. Erik Jayme, le droit comparé postmoderne sera caractérisé par l'identification du différent dans les systèmes juridiques *(das Trennende, die Unterschiede)*, par l'identification du passager et momentanée *(dem Flüchtigen, Zeitgenössische)* comme significative d'un système juridique. L'idée principale de Jayme est que à la phase moderne, dans la quelle le droit comparé servait comme auto-contrôle et re-afirmation que toutes les juristes avaient – plus au moins – les mêmes pensées, et si les instruments étaient différents, les différences ne serait significatives *(praesumtio similitudinis)*, si les résultats juste obtenues, alors, que ce phase là – de quasi simplification de la comparaison légal pour hipervaloriser le semblable et renforcer la loi nationale qui utilisait ces standards et modèles juridiques universelles – serait finie ou par finir. Les tendances contraires et les antinomies postmodernes stimulent la recherche pour une identité culturelle et nationale propre. La globalisation de l'économie rendre la comparaison des similitudes une évidence, un résultat bien entendu de pouvoir économique et de la circulation des modèles juridiques. La finalité spéciale du droit comparé actuel devait être identifier les différences et les modes caractéristiques d'arriver au résultat juste, à une adaptation raisonnable à la réalité du pays, aussi bien les modes de respecter les droites individuels et droits humaines de chaque système juridique.' (Cláudia Marques, *Rélations bancaires dans la societè d'information: une vision brèsilienne*, forthcoming).

In Malaysia and other rapidly developing economies of South East Asia, as Rachagan has argued, consumer protection has not achieved its goals in the 1990s,[28] but the banking services are accessible to almost all of the populations.[29] In Brazil, the inverse situation has been achieved: consumer protection is in almost all economic sectors a reality,[30] but the banking sector is not accessible to any consumer and it has been one of the most difficult areas for effectiveness in consumer protection.[31]

Three phenomena in the Brazilian banking market will now be discussed: an existence of a discrete prejudice against poor consumers through banking prices,[32] an inefficient legal response in consumer over-indebtedness[33] and a state seizure as a governance problem.[34] In this essay I can only analyze the first one. Indeed, the Brazilian consumer protection law should have a distributive impact[35] and achieve better conditions in consumer access to credit and banking services in general. On this point, however, the protective measures have failed. The banking market tends to

---

[28] Sothi Rachagan, 'Consumer Protection in the Rapidly Developing Economies of South-East Asia: A case Study from alaysia' in Iain Ramsay (ed.), *Consumer Law in the Global Economy*, (Ashgate-Dartmouth, Aldershot, England, 1997), pp. 97 – 124.

[29] Sothi Rachagan, 'Procedures for the resolution of consumer grievances with banking services' in *Revista da AJURIS-Edição Especial 1998*, tomo I, (Porto Alegre, 1998), p. 203: 'Much of the law of banking developed during the nineteenth century and ignores two important subsequent developments. First, the nature of bank customers has changed. hen the law was being developed, bankers catered only for a small minority of the population; indeed the possession of a bank account was presumed to be the hallmark of financial respectability and wealth. This is no longer the case. Today virtually all adults and even minors hold bank accounts; many of who hold more than one account in the same or different banks. Second, the law was designed to cope with a few functions in a paper-based system and it cannot, without amendment, be extended to cover a variety of new functions, many reliant on computerized banking technology'.

[30] Antonio Herman Benjamin, *El Código Brasileño de protección del consumidor, in Política y Derecho del Consumo*, (El Navegante Editores, Bogota, Colombia, 1998), p.479.

[31] Cf. Antonio Carlos Efing, 'Sistema financeiro e o Código do Consumidor' (1996) *Revista Direito do Consumidor* 17, pp. 65 – 84.

[32] This analysis will be based on the cases in Thomas Wilhelmsson 'Consumer Law and Social Justice', Iain Ramsay and Toni Williams, 'Inequality, Market discrimination and Credit Markets', and Geraint Howells, 'Seeking Social Justice for Poor Consumers' in Iain Ramsay (ed.), *Consumer Law in the Global Economy*, (Ashgate-Dartmouth, Aldershot, England, 1997), pp. 217 – 232, 233 – 256, 257 – 284.

[33] Cf. José Reinaldo de Lima Lopes, 'Crédito ao consumo e superendividamento- Uma problemática geral' (1996) *Revista de Informação Legislativa* 129 (Brazil), p. 109 – 115.

[34] About the shrinking governance capacity of the state in Brazil, Leila Frischtak, 'State Capture and Fiscal Adjustment in Brazil', The World Bank ed., Private Sector Development Department, NR. 22, (1995), p. 29.

[35] So Wilhelmsson, n. 32 above, p. 220: 'The protection of debtors has been regarded as a mechanism for changing the division of benefits between the debtor and creditor classes. It has been seen as an important goal of credit and debt law to "redistribute power and resources generally from creditors to consumers".

reproduce basic social injustices, so those consumers on low incomes are excluded from the bank sector, increasing their social integration problems.[36]

In an emergent economy with great credit and saving difficulties like the Brazilian one, these developments increase the differences between the groups in society and create structural problems by distinguishing between: 1) the *homo economicus,* an individual from the class A or B with credit, savings and a current account in any national or international bank, who pays the bills automatically or through Homebanking; 2) the *homo semi-economicus,* an individual from the lower middle class with a current account to pay bills, but without credit or savings; and 3) the *excluded homo*, an individual with low income who has no bank account; in the Brazilian financial market they must discount checks and withdraw pensions and unemployment benefits in a public bank. In addition, they must pay their bills and taxes in a public national bank and can purchase credit only with private facilitators (so called *agiotas*).[37]

In other words, their limited income also means that they have fewer opportunities to purchase financial services in the new banking market. The national public banks are almost all re-privatized in Brazil and seek a new profit policy, a senseless situation considering the credit problems of almost two-thirds of the population. On the other hand, since the inflation and average annual rate is not so high, there is less money in the market and the bank transfer is the only mechanism to do such financial transfers. Almost all payments can be (or must be) done in banks and the poor consumers must pay higher taxes and stand in longer lines than other consumers with current bank accounts and savings. The new element in the picture is the technological advantages of the electronic era. The Brazilian banks have rapidly invested in adapting to this era, but the electronic technology produces new discriminations against the poor and the less educated.[38] The effects of racial and gender prejudice in

---

[36] About these problems, see Geraint Howells, 'Seeking Social Justice for Poor Consumers' in Iain Ramsay (ed.), *Consumer Law in the Global Economy* (Ashgate-Dartmouth, Aldershot, England, 1997), p. 257.

[37] This is a such a common practice in Brazil that there is a special regulation about the 'fair' tax or interest in this lending form. It is interesting to note that these rules fixing the 'fair' interest tax applies only to 'agiotas' and not to banks or any other official financial institution. See 'Class Action of Ministério Público from São Paulo and Leading Case' (1999) *Revista Direito do Consumidor* 29, pp. 192 and 178.

[38] Luis Diez-Picaso, *Derecho y masificación social/ Tecnología y Derecho Privado (Dos esbozos),* ed. Cuadernos Civitas, (Madrid, 1987), p. 95.

banking are not common in Brazil;[39] only class discrimination is significant. The poor consumer may pay high banking taxes and have more difficulties to pay their bills. Payments for non-customers are allowed only in the 'Payments Central', far from downtown and with long lines and waiting time.

2.2 Electronic Advantages in Banking Services

In the 1990s, the mechanism of consumers'/customers' access to banking services began to change: (1) Automated teller machines were introduced in almost all Brazilian banks and a bankingnet called 'Banco 24 horas' was founded; (2) Banking cards and credit cards became accessible to more customers in Brazil; and (3) Home banking by telephone and Internet also became available.

2.2.1 Automated Teller Machines, Prices and Brazilian Consumers

In the past all cashiers were persons and a popular commercial bank offered a great number of cashier's offices to their customers. With the automatization and the evolution of the electronic cashier system, the Brazilian banks today offer a great number of automated teller machines (ATM) and a reduced number of normal cashiers.

This 'evolution' has brought consequences: (1) Reorganization of agencies with more space for machines and little space and employees for cashiers; (2) Special cashiers were opened for disabled and elderly customers (those below 60 years of age), however, the banks have not considered the high rate of adult illiteracy in Brazil; (3) The creation of new jobs was necessary to help the normal Brazilian consumer to deal with these machines (not always in functioning order): the ATM assistant, i.e. a low-paid new employee working all day at from four to six ATMs in order to help in such automated operations; (4) An ATM bankingnet was founded and, in this 24-hour bank (*Banco 24 horas*), all services can be provided no matter what institution the consumer is a customer of; and (5) the waiting time in the lines doubled, as many cities tried to regulate the maximum waiting time (from 30 minutes up to 45 minutes in line!). The Brazilian Bank Federation has successfully contested this kind of local legislation, but the legal response was an interesting sign of how this technological change in banking has affected the life of the consumer.

---

[39] Some authors have considered the publicity about the racial and class discrimination of electronic technology unfair, but not the publicity of bank services; cf. Melina Penteado Trentin, 'A publicidade abusiva e o racismo' (1994) *Revista Direito do Consumidor* 11, p.67.

These technological advantages in banking have changed the accounting and payment system in Brazil. Until recently the banks in Brazil have not tried to discourage the consumer from using the normal cashier by charging different roles. In Europe this is a normal procedure, but in an emergent country like Brazil this would create a great social injustice. The poor and less educated consumer, as well as elderly and disabled customers, ought to have the possibility of conducting banking services with a person teller and paying the same price as those who opted for using an automated teller.[40] A price difference between the use of ATM and person tellers will have strong discrimination effects in Brazil and probably will be eventually forbidden (ex vi termini Article 5 Brazilian Constitution/1988). In Europe, the superior courts have developed a so-called free access to account doctrine, where the banks are forbidden to charge consumers a monthly fee of 5 or 8 through personal cashiers, so the elderly, disabled and poor consumer can avoid the higher prices of the banking services and access their deposited money. To enable consumers make payments and have access to their accounts, a similar 'right to access the deposit' through human cashiers free of charge is protected in Brazil.

2.2.2 Homes Banking, Internet Banking, Credit Cards and Other Banking Cards

To enable consumers to make payments, banks transfer money through four main forms: customer access to cash and cash distribution; checks and credit transfers, direct debits; and credit cards.

Home banking is a reality in Brazil, but only a few major banks give the consumers the chance to make withdrawals, payments, transactions, investments and to have account information on-line. No Brazilian banks give the consumer the chance to apply for credit on-line or via the Internet. In the most popular Brazilian banks, the home-banking service is available only by telephone. It is interesting to note that this service is normally conducted with the help of a bank employee. There is not yet, however, an electronic service with answering machines as in Europe, where the information is stored or recorded by means of a computer.

Home banking and Internet banking are just beginning in Brazil. Electronic communication offers real possibilities for improvement in the banking sector, but special safeguards must be adopted for the consumer credit context. It is interesting to note that for all contractual negotiations undertaken via the Internet

[40] At the moment both kinds of access to service have the same price, or using a non-automated cashier is free of charge.

(or telephone) Article 49 of the Brazilian Consumer Code provides a cooling-off period of seven days to cancel the contract without a motivation 'causa'.[41] In credit and banking relationships in Brazil there is no possibility for this cooling-off period or for cancelling these contracts.[42]

Credit-card schemes became very popular in Brazil in the late 1990s. Initially, the credit card providers used to send – without previous manifestation of the consumer – credit-cards to the homes of the consumers. Later a bill with the annual rate was sent to the consumer, and in many cases the annual rate judicial request was sent as a claim against the consumer. That practice was considered unfair or abusive[43] and the credit-card providers (as well as the associated banks) were forced to pay the consumer's moral and material damages.[44] The Department of Consumer Policy at the Ministry of Justice adjusted a collective conduct agreement with all credit-card providers in Brazil to ban this practice. All goods and services sent without previous manifestation of the consumer must be considered as a gratuitous promise (Article 39, III, § único of CDC).[45]

Because payment with credit-cards is not considered a 'cash' payment and the special promotional offers can normally be paid only by checks or cash,[46] the credit-card schemes in Brazil do not break the nexus between the retailers and the credit provider. Normally the retailers do business directly with the credit provider and banks in order to sell in rates their products in Brazil. Many retailers offer credit products in their own store. In this scheme the credit is provided by a third part. Article 52 of the Consumer Code provides a link between this accessory credit and the main consumer contract, because it is uncertain if the consumer understands that they are contracting with a third party credit provider and if they are making an informed credit purchase decision when buying the goods.

---

[41] Cesar Matos Santolim, *Formação e Eficácia Probatória dos contratos por computador*, ed. (Saraiva, 1995), p. 39.

[42] For a suggested introduction of such cooling-off periods in consumer credit contracts, see Cláudia Marques, 'Os contratos de crédito e a legislação brasileira de proteção do consumidor' (1996) *Revista Direito do Consumidor* 18, p. 53.

[43] Leading case: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (1998) *Revista Direito do Consumidor* 27, p. 138.

[44] The problem was solved in a small claim court, so: 'Remessa de cartão de crédito a consumidor, sem solicitação prévia, constitui ilícito, conduta defesa pelo Código de Defesa do Consumidor. Se o Banco, sem assinatura no pacto creditício, leva à cobrança, e anota perante o *Serasa* o nome do pseudo cliente, pelo não pagamento das parcelas relativas à anuidade, e desse fato advém danos de ordem moral ao cliente não aderente, cabe ao banco o ressarcimento.' (Ac. 2TR JEC/RS, Ap. 01597542776, j. 11 November 1997), in *Revista Direito do Consumidor* 25 (1998), p. 157.

[45] Cf. <www.mj.gov/dpdc.br>.

[46] About this problem, see Ronaldo Porto Macedo Jr., 'Parecer: Cartões de Crédito-Venda à vista' (1994) *Revista Direito do Consumidor* 9, pp. 197 – 203.

3. CONTRACTUAL RELATIONSHIPS BETWEEN BANKS AND CONSUMERS TODAY: CONSUMER PROTECTION IN FINANCIAL SERVICES IN BRAZIL

The problems raised by standard bank contracts do not relate only to consumer protection, nor are abusive clauses and unfair banking practices the exclusive province of consumer contracts,[47] but here I will focus only on the contractual relationship between banks and consumers. Everybody agrees that the consumer needs special protection for these contracts. The Brazilian Consumer Code provides special contractual duties during the contract negotiation and, after payment (Section 3.1), also provides a detailed reading of these contracts and develops rigorous unfair term's control (Section 3.2).

3.1 Special Contractual Banks' Duties: Consumers' Rights During the Negotiation and After Payment

3.1.1 Information Duties: a Protected Choice of Financial Service

The consumer has the right to a free choice and free purchase of financial services. To enable this right the Consumer Code assures an information right (Article 6, III CDC). The Brazilian law imposed an information duty on the Banks (Articles 30, 35, 46, 52 and 54 CDC): i.e., a duty to inform the consumer about the goods or services, about the price and also about the contract terms. The Consumer Code provides two specific remedies connected with these information duties. On the collective dimension the government administration can control the delivery of this information and can impose different kinds of punishment like fines and prohibitions (Articles. 55, 56, 57, 58 and 59 CDC). The Public Attorney (*Ministério Público*) and the consumer organizations are allowed to control the information practices of the banks through class actions (Articles 81, 84 and 91 CDC). For the individual consumer, the failure of providing information can be safeguarded mainly through contractual remedies in connection with breach of contract (*vício de informação*, Articles 20, 35 and 46 CDC).

The home banking, by telephone and Internet, raises a number of issues in connection with information that the consumer needs for the conclusion of a fair contract or a fair accessory transaction. The present Brazilian legislation is not considering these special needs, so there are not rules imposed or storage of the consumers' complaints. Articles 30, 31, 46, 49, 52 and 53 of the Consumer Code aim to provide quality information about particular services, the prices

[47] Cf. Monteiro (1995) *European Review of Private Law* 3, p. 233.

and the contract terms,[48] but these information duties are easy violated, having no rigorous control or sanctions against the banks. The disclosure[49] of Banking prices used to be a problem in Brazil.

The Consumer Code and the doctrine of good faith impose a new transparency[50] in home (and Internet) banking, specially in questions about the price, time of delivery or completion of the service, contract clauses and mandatory legal rules, such as the Central Bank rules and the Consumer Code. As already mentioned, Article 49 of the Brazilian Consumer Code provides a cooling-off period of seven days to cancel all contracts negotiated by telephone. But because in home banking the consumer has already a current account contract with the bank, this cooling-off period may not apply.[51] This cooling-off rule can not be used in normal credit and bank contracts, because they are not distance contracts; it will also be a very limited power in Internet and home banking. Here studies carried out by consumer organizations (and governmental institutions) demonstrate the lack of transparency in banking services in general.[52] In Internet banking this lack of transparency and the easy access[53] can also raise new problems of consumer over-indebtedness in an emergent country like Brazil.

3.1.2 Cooperation and Care Duties: a Protection of Dignity

The Brazilian Consumer Code and the doctrine of good faith require cooperative and responsible actions from the banks.[54] The bank must cooperate with the customer/consumer to protect consumers' expectations based on the contract itself or on publicity about the product. The contract partners shall cooperate and shall not stand in the way of the realization of each contractual expectation (*expectativas legítimas*). Also, they must care about each other's dignity, honor and reputation. The violation of these duties by the banks may

---

[48] Cf. Marques, *Contratos*, n. 9. above, p. 324 and Santolim, n. 41 above, p. 38 – 39.

[49] About the consumer credit protection act in USA, see in David Epstein and Steve Nickles, *Consumer Law* (2nd edn, West Publishing, St.Paul, Minn., 1981), p. 97 and p. 114.

[50] Marques, *Contratos*, n. 9 above, p. 106 and Agathe Da Silva, 'Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo' (1996) *Revista Direito do Consumidor* 17, p.152.

[51] Also Santolim, n. 41 above, p. 39.

[52] Cf. Study about Banking cost 'IDEC/PROCON-SP', <www.uol.com.br/idec>.

[53] About mouse-click contracts, see Manoel J. Pereira dos Santos and Mariza Delapieve Rossi, 'Aspectos Legais do Comércio Eletrônico – Contratos de Adesão' (1999) Revista ABPI 43, foorthcoming.

[54] About 'good-faith' duties in Internet Contracts, see Santolim, n. 41 above, pp.36 – 37.

cause extensive damages to the consumer and thus raises the possibility of contractual and non-contractual liability.[55]

A very common violation in Brazil is the inclusion of the consumer's name in the so-called Central Bank Services Databank (SERASA). The Brazilian Central Bank has also a databank named CADIN. [56] The purchase of credit products and banking services in Brazil created a new danger to the consumer, i.e. that their names may be wrongly included in a database either out of error or during a judicial dispute against the credit provider.[57] In both databanks, the inclusion of the consumer's name when they have disputes in court against the banks are considered by the courts as moral damage,[58] violating the consumer code (Article 42 CDC).[59] The consumer can receive damages in accordance with the Consumer Code (Article 6, VI CDC).

The bank liability in case of information losses or loss of orders and Internet protocols are considered an ordinary contractual (main) liability (Articles 18 and 20 CDC).

3.2 Banks, Contractual Liability: Consumer Rights During the Contract

3.2.1 Interpretation of Consumer Contracts and Adequate Performance

Article 37 of the Consumer Code provides a positive interpretation of consumers interests in all clauses in consumer contracts. Not only ambiguous

---

[55]Marques, *Contratos*, n. 9 above, p. 326.

[56] Cf. Bertram Antônio Stürmer, 'Bancos de Dados e Habeas Data no Código do Consumidor' (1992) *Revista Direito do Consumidor* 1, pp. 55 – 94.

[57] Leading cases of the Superior Tribunal de Justiça: *SPC, Serasa, Cadin*. Exclusão do registro. Liminar. Pendência de ação ordinária. Não cabe a inclusão do nome do devedor em bancos particulares de dados (*SPC, Cadin, Serasa*) enquanto é discutido em ação ordinária o valor do débito, pois pode ficar descaracterizada a inadimplência, causa daquele registro'(Resp. 188390-SC, j. 22 March 1999). 'Deve ser cancelada a inscrição do nome do devedor em banco de inadimplentes se o contrato está sendo objeto de ação revisional, em que se discute a validade de cláusulas, valor do saldo e a própria existência da mora' (Resp. 205039-RS, j. 6 May 1999 forthcoming).

[58] Leading case: 1° Tribunal de Alçada Cível São Paulo: 'Hipótese de remessa injusta de nome de mutuário aos sistemas de proteção de crédito. Não caracterização de inadimplência dada a litigiosidade da matéria. Ilicitude da remessa. Constrangimentos havidos quando à movimentação de cheques. Aplicação da teoria do valor de desestímulo. Majoração do quantum' in (1998) *Revista Direito do Consumidor* 28, p. 165.

[59] Cf. 'Class Action of Ministério Público São Paulo' (1997) *Direito do Consumidor* 22, pp. 322 – 332 and decision pp. 275 – 282.

clauses merit a positive interpretation, but all contract terms (written or unwritten, but from the publicity or simple promises of the seller and employees of a company, Articles 30, 34, 48 CDC) should be interpreted according to consumer interests.[60]

Article 20 of the Consumer Code provides an outline of adequate service performance, but certain equipment failures (hardware), malfunctions (software) and involuntary human errors (error by processing data) may happen. In fact, both hardware- and software-driven ATM (Automatic Teller Machines) and home banking networks are products that have been tested at a great number of installations, where millions of transactions take place. Here there is a professional bank risk if this software and hardware can not perform adequately.[61] In Brazil there are more common errors related to user identification (unauthorized users), use of fraudulently obtained identification codes, failures in the security of home banking systems and in the '24 hour bank system'. Delays in message transmission are considered normal (24h – 48h are the normal bank delays in Brazil).[62] The Brazilian banks must have an uninterrupted power supply, but the supply of energy is not always continuous, so the disappearance of information is not impossible; thus the banks must have copies and other permanent materials (i.e. writing orders, protocols, etc.) to deal with these problems. In home banking by Internet and by phone there is a lack of reliability (but not substantially greater than in the normal banking services). The Brazilian bank system shows a good efficiency even though in a third world country, but with high costs and lack of fairness (unauthorized double charging, new tax on interest, unfair commercial practices, etc.) in its contacts with consumers.

In Brazil payment or funds transfer with cyber coins are not yet used. In my opinion, the adequate performance of home banking services must include the right to have a copy of the bank contract or transaction in a 'permanent' way.[63]

---

[60] Marques, *Contratos,* n. 9 above, pp. 105 – 115.

[61] Santolim, n. 41 above, p. 23.

[62] Ibid.

[63] Also in Europe, cf. J. Oliveira Ascensão, 'Direitos do Utilizador de Bens Informáticos' in António Monteiro (ed.), *Comunicação e Defesa do Consumidor* (Faculdade de Coimbra, Coimbra, 1996), p. 351. And Peter Mankowski, 'Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht' (1999) RabelZ 63, pp. 203 – 294. In Brazil, Santolim, n. 41 above, p.36.

3.2.2 Protection Against Unfair Contract Term and Practices in Financial Services

The doctrines of good faith (*Princípio da Boa-fé objetiva*)[64] and on *laesio enormis* (*lesão enorme*)[65], both accepted by the Brazilian Consumer Code (Article 4, III c/c and Article 6, VI, V CDC), give the Brazilian courts the power to control, excuse or modify terms in contracts between consumers and banks.[66] Such judicial modification of contracts (specially the modification on the tax on interest) or judicial interference in the basic principle of freedom of contract (i.e., nullification on unfairness clauses) has been subjected to strong criticism on economic grounds, but is justified on the ground that it protects the weak or ignorant from exploitation. Banks and consumers have unequal bargaining and lobbying powers, so the Consumer Code tries to bring some contractual justice and equality of chances.

The most used Consumer Code doctrine is that of good faith (Articles 4, III, 6,VI and 51 CDC). This doctrine is understood as serving two different goals: to create obligations of proper conduct (*função criadora ou positiva*, in German *pflichtenbegrundende Funktion*) and to impose limits on conduct and prevent unfairness (*função limitadora*, in German *Schranken- bzw. Kontrollfunktion*).[67] Usually courts invoke the doctrine to protect consumers' expectations based on the contract itself or on publicity (Articles 30, 34, 46 and 48 CDC), but courts use the doctrine to prevent the strong party (i.e., the bank, credit-card corporation or leasing corporation) from selfishly injuring the weak party (i.e., the individual consumer and small enterprises) in financial contracts (Articles 51, 52, 53 and 54 CDC). The Brazilian Consumer Code considers unfair contract terms null (Article 51 CDC) and provides controls for individual negotiated and standard contracts (Articles. 51 and 54. CDC).[68]

---

[64] Marques, *Contratos*, n. 9 above, pp. 105 – 115.

[65] Cf. Cáio Mário da Silva Pereira, *Lesão nos Contratos*, (3rd edn, Forense, Rio de Janeiro, 1993), p.1.

[66] Ruy Rosado de Aguiar Jr., 'A boa-fé na relação de consumo' in *Revista Direito do Consumidor* vol. 14, p. 20.

[67] Clóvis Couto e Silva, 'O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português' in *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva* (Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997), p. 38. Also for the advice of the Brazilian and the Portugese Authors, see Marques, *Contratos*, n. 9 above, p. 108 and Antonio Menezes de Cordeiro, *Manual de Direito Bancário* (Almedina, Coimbra, 1998), p. 304 and Antonio Pinto Monteiro, 'The Impact of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts on Portuguese Law' (1995) *European in Review of Private Law* 3, pp. 231 – 240.

[68] Leading case: Superior Tribunal de Justiça, in (1998) *Revista Direito do Consumidor* 27, p. 118.

These doctrines have enabled the Public Attorney to control all consumers' standard bank contracts (Article 51, § 4° CDC).[69] Even examples of the judicial bank contracts control can be given: the bank interest and taxes were controlled and the use of some 'bis in idem' indexes[70] was forbidden. The mandate clause in favour of the bank or any enterprise of the same group is considered null.[71] The election's clause of the forum in the interest of the bank is also considered null.[72] An old credit provider's benefit was overruled in car leasing: thus there are no longer debtor's prisons in Brazil.[73]

Today almost 60 per cent of the civil claims deal with banking services and the control of unfair terms and practices, which shows how big the importance of this matter is in Brazilian society. In the last ten years, the financial services market in Brazil has changed and introduced a substantial growth in credit card, and electronic banking card, telephone and Internet home banking schemes. The Brazilian Consumer Code is the only protective legislation for consumers in this very complex banking field. The increasing deregulation of financial services, the privatization and re-grouping (fusion) tendencies demand the adoption of more rigorous legal and control measures, including more specific rules about consumer protection in electronic financial services.[74]

---

[69] 'Class Action of Ministério Público do Rio Grande do Sul (1994)' in *Direito do Consumidor* 17 (1996), p. 354.

[70] Leading cases about the 'TR', 'INPC', in (1999) *Revista Direito do Consumidor* 29, pp. 148 and 163. Against the use of the 'Price Table' in consumer credit, Márcio Mello Casado, 'O uso da tabela price no crédito ao consum' (1999) *Revista Direito do Consumidor* 29, p. 72.

[71] 'Class Action of Ministério Público Rio Grande do Sul' in (1996) *Direito do Consumidor* 18, p. 275. Tribunal de Justiça Minas Gerais (1996) *Revista Direito do Consumidor* 20, p. 163. Leading case of the Superior Tribunal de Justiça: Súmula 60 do STJ: 'É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, por exclusivo interesse deste.' Also Alberto do Amaral Jr., 'A abusividade da cláusula mandato nos contratos financeiros, bancários e de cartões de crédito' (1996) *Direito do Consumidor* 19, pp. 148 – 160.

[72] Cf. 1° Tribunal de Alçada de São Paulo (1996) *Revista Direito do Consumidor* 20, p. 158, 'Tribunal de Justiça Minas Gerais' (1996) *Revista Direito do Consumidor* 20, p. 160.

[73] Cf. Habeas Corpus in (1995) *Direito do Consumidor* 15, p. 204. New leading case of the Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 5583-DF (forthcoming).

[74] Cf. Antonio Herman Benjamin, 'Internet and E-commerce' in *IV Congresso Argentino de Derecho Civil*, (Santa Fé, September,1999, forthcoming).

O Novo Código Civil Brasileiro: em Busca da "Ética da Situação"[1]

Judith Hofmeister Martins-Costa

"A "ética da situação" inspira e governa a estrutura do Projeto, obedecendo à exigência atual do "Direito como concreção", ou, como prefiro dizer, do "Direito como experiência", incompatível com disposições que levam em conta relações formais, com olvido de seu conteúdo existencial".
(Miguel Reale)

Sumário. Introdução. I) Estrutura e Sistema no novo Código Civil. A) A divisão em Parte Geral e Parte Especial. B) A noção de sistema que acolhe o código como "eixo central" do sistema de direito privado; b.1) pressupostos metodológicos; b. 2) um caso exemplar de "abertura e mobilidade"do sistema: os danos à pessoa. II) O Conteúdo do novo Código em suas Diretrizes Fundamentais A) A eticidade como fundamento das normas civis. B) A Socialidade como característica do Direito Civil contemporâneo; b.1) a função social da propriedade e da posse; b. 2) a função social do contrato.

---

[1] O presente estudo foi originalmente elaborado para integrar volume acerca da codificação nas Américas, a ser publicado na Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, tendo sido também publicado na Revista Jurídica vol. 282, Porto Alegre, 2001. Em razão da recente aprovação do texto proposto e consolidado pelo Relator Geral, Deputado Ricardo Fiúza, pela Câmara dos Deputados em 15 de agosto de 2001, foram agora atualizados o título e as referências já ao "novo Código", remodelada, em parte, a estrutura do trabalho e acrescidas considerações. Agradeço o auxílio de Laura Beck Varela na revisão das notas.

INTRODUÇÃO

O velho "Código de Beviláqua", o ainda vigente Código Civil Brasileiro[2], tido por Pontes de Miranda[3] como *"o antepenúltimo código oitocentista"* – muito embora tendo entrado em vigor em 1916 – por seu espírito individualista, liberal em matéria econômica, conservador ao extremo nas relações familiares, está prestes a se transformar numa referência histórica. Acaba de ser finalmente votado pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 635-/75, que institui o novo Código Civil Brasileiro.

O novo Código, contendo 2.046 artigos, resulta de Anteprojeto elaborado por Comissão de Juristas presidida por Miguel Reale. Para compreendê-lo, mister um olhar sobre as suas origens, que recuam, no tempo, à década de 60, quando se fez mais forte a compreensão da necessidade de ultrapassagem do antigo Código Civil.

Foi ao aproximar-se o cinqüentenário do Código de Beviláqua que começaram a ser ouvidas, no Brasil, as vozes defensoras de sua revisão. De um lado, os reclamos eram tributários de um movimento que então apenas se esboçava na Europa, a saber o movimento da descodificação civil, sintetizado, uma década mais tarde, no paradigmático texto de Natalino Irti, *"L'età della decodificazione"*[4]. De outro lado, não mais era compatível com o *ethos* da sociedade brasileira o individualismo dominante no Código de Beviláqua: "individualismo possessivo" revelador da "lógica proprietária"[5] em matéria de direitos patrimoniais, ao qual corresponde a mais absoluta avareza no tratamento dos valores existenciais ligados à vida civil[6]. A excelência técnica do velho Código, unanimemente reconhecida, não mais se mostrava suficiente para justificar a sua permanência.

---

[2] O vigente Código Civil resultou do trabalho de Clóvis BEVILÁQUA. Convidado em 1899 pelo Governo Brasileiro para a sua elaboração, deveria aproveitar o quanto possível dos Projetos anteriores, desde a **Consolidação das Leis Civis** e o fenomenal **"Esboço"**, de TEIXEIRA DE FREITAS (iniciado em 1859), aos Projetos de NABUCO DE ARAÚJO (1872), Felício dos SANTOS (1881) e COELHO RODRIGUES (1883). BEVILÁQUA elaborou a sua obra em poucos meses. Submetido a duas revisões, o Projeto foi enviado em 1900 ao Congresso Nacional, lá tramitando por 15 anos, até que em 26 de dezembro de 1915 foi aprovado, sendo sancionado em 1º de janeiro de 1916 e entrando em vigor um ano após.

[3] PONTES DE MIRANDA, F.C, **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro,** Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 85.

[4] IRTI, Natalino, **L'età della decodificazione** (1ª edição , 1979), que li na 3ª edição, Milão, Giuffrè, 1989.

[5] A expressão é de Davide MESSINETTI, *"Personalitá" (Diritti della)*, verbete, in **Enciclopedia Giuridica,** Giuffrè, Milão, 1984, p. 356.

[6] Assinala neste sentido Luiz Edson FACHIN: *"O Código Civil Brasileiro, a par de ser patrimonial-imobiliário, portanto um sistema enucleado em torno de uma noção patrimonial fundamental, de patrimônio imobiliário como prevalente, é coerente com a feição dos códigos do século XIX e foi fundamentalmente feito no século passado. Outro é o horizonte contemporâneo"* (**Teoria Crítica do Direito Civil,** Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 25).

É bem verdade que já em 1941 houvera uma tentativa de mudança – entretanto infrutífera – ao imaginar-se o desmembramento do Direito das Obrigações do *corpus* codificado, segundo o modelo do Código Suíço das Obrigações[7]. Porém, em 1961 Caio Mário da Silva Pereira, um dos mais conhecidos civilistas brasileiros, expressando o pensamento então dominante afirmava, em obra didática, que "*hoje em dia, os juristas brasileiros estão convencidos da necessidade de ser revisto e atualizado o Código Civil*"[8].

Dando efetividade ao consenso dos juristas, o Governo Federal, naquele mesmo ano, convidou o Professor Orlando Gomes – um dos mais renomados juristas brasileiros, conhecido por suas preocupações sociais – a redigir um Anteprojeto de Código Civil, o que tomou corpo em 1963 com o contrato firmado, convertido o texto apresentado em 1964 em Projeto enviado à Câmara dos Deputados.

Na época, o pensamento governamental encontrava-se ainda preso à idéia de fraturar o Direito Civil, cindindo o Direito das Obrigações do corpo codificado. Tanto assim que, paralelamente ao Projeto Orlando Gomes, destinado a regular as relações de família, propriedade e sucessões, foi contratado, em 1963, o Professor Caio Mário da Silva Pereira, o qual, em 1964, apresentou o Anteprojeto de Código das Obrigações que elaborara juntamente com os juristas Sylvio Marcondes e Theóphilo de Azeredo Santos.

O Projeto de Código Civil de 1963, que teve como Relator Orlando Gomes[9], inspirado em subsídios oferecidos pelos Códigos Civis da Suíça, Itália, Grécia, do México e Peru, propunha modificações radicais na própria estrutura do Código, não mais acolhendo a divisão em Parte Geral e Parte Especial. Promovia ainda mudanças no Direito de Família que não foram bem aceitas pela comunidade jurídica, refletindo o estágio conservador então dominante na sociedade brasileira, na época antidivorcista. Assim é que, já modificado o Governo – e iniciado, em março de 1964, o longo período dos Governos Militares, que prosseguiu até 1985 –, foi esse Projeto[10] retirado do Congresso Nacional pelo próprio Governo, para que se procedesse à sua revisão, já afastada a idéia de codificar separadamente o Direito das Obrigações.

---

[7] Trata-se do Anteprojeto de Código das Obrigações, elaborado pelos Professores Orosimbo NONATO, Philadelpho AZEVEDO e Hahnemann GUIMARÃES.

[8] SILVA PEREIRA, Caio Mario, **Instituições de Direito Civil,** v. 1, nº 16, p. 15, citado por José Carlos MOREIRA ALVES, *in* **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro,** São Paulo, Saraiva, 1986, p. 7

[9] Constituíam a Comissão Revisora também os professores Orosimbo NONATO e Caio Mário da SILVA PEREIRA.

[10] Esse, na Câmara dos Deputados, tomou o nº 3.263, de 1965.

Por esta razão, concomitantemente ao insucesso do Projeto de Código Civil de Orlando Gomes, também a tentativa de codificar-se apartadamente o Direito das Obrigações[11] acabou frustrada. No ano de 1969, nomeou o Governo uma nova Comissão para rever e reelaborar ambos os Projetos.

Esta foi a Comissão que, presidida por Miguel Reale[12] e integrada por José Carlos Moreira Alves[13] (Parte Geral), Agostinho Alvim[14] (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes[15] (Direito da Empresa), Ebert Chamoun[16] (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva[17] (Direito de Família) e Torquato Castro[18] (Direito das Sucessões), acabou por redigir o Anteprojeto, hoje em vias de se transformar no novo Código Civil Brasileiro. Deixemos Miguel Reale explicitar o perfil da Comissão que presidiu:

> *"Quando fui convidado para desempenhar tão alta missão, respondi a Gama e Silva[19] que não a poderia aceitar sozinho, por considerar o mundo contemporâneo incompatível com a vaidade de legisladores solitários, tentando repetir a façanha de Sólon, para Atenas, e de Licurgo, para Esparta. Assente a idéia de constituir-se uma Comissão Especial, procurei atender a diversos requisitos, não só de alta competência doutrinária, mas também de afinidade intelectual, sem a qual seria impossível levar a bom termo um trabalho que, mais do que qualquer outro, exige harmonia das partes no todo, numa unidade sistemática. Além disto, para prevenir acusações de bairrismo, julguei necessário convidar juristas de vários pontos do País, entrelaçados por vínculos de compreensão e amizade"*[20].

---

[11] O Anteprojeto acolhia divisão tripartida, a primeira (Negócio Jurídico, Parte Geral, Contratos e outros títulos de ordem geral) tendo como relator o próprio professor Caio Mário da SILVA PEREIRA, a segunda (Títulos de Crédito) sendo relatada por Theóphilo de AZEREDO SANTOS e a terceira (Empresários e Sociedades) de autoria do professor Sylvio MARCONDES .

[12] Jurista, professor catedrático de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, advogado.

[13] Professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Ministro do Supremo Tribunal Federal.

[14] Professor catedrático de Direito Civil na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e advogado, já falecido.

[15] Professor catedrático de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e advogado, já falecido.

[16] Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, professor catedrático de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Nacional do Rio de Janeiro.

[17] Professor catedrático de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, advogado, já falecido.

[18] Professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito Universidade Federal de Pernambuco e advogado, já falecido.

[19] Então Ministro da Justiça, portador do convite.

[20] REALE, Miguel, **Memórias - vol. 2 - a Balança e a Espada,** São Paulo, Saraiva, 1987, p. 221.

Configurando uma verdadeira "escola de pensamento", formada por professores portadores de solidíssima cultura dogmática, à qual se aliava a vivência na *praxis* das lides forenses, sendo todos ou advogados ou juízes, os membros da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil apresentaram um primeiro texto, o qual foi revisto e sistematizado por Miguel Reale em 1972. Conquanto nascida para revisar o Projeto Orlando Gomes, na verdade a Comissão apresentou um **novo texto**, que englobou, é certo, como subsídios, as anteriores tentativas, afirmando Miguel Reale que o Projeto Orlando Gomes refletiu-se no espírito anti-idividualista, na diretriz da socialidade que acabou por impregnar o novo trabalho[21]. Este novo texto a par de superar a idéia da fratura do Código Civil, reintroduzindo no seu *corpus* o Direito Obrigacional, promoveu a própria unidade do Direito das Obrigações civis e comerciais, *"verdadeira vocação da experiência jurídica brasileira"*, no dizer de Reale[22], pois, antes de copiar a legislação civil italiana de 1942, mais propriamente retoma idéia do grande jurisconsulto Teixeira de Freitas que acabara não acolhida por Beviláqua[23].

Do Anteprojeto é lícito afirmar desde logo que, ao cuidado com os aspectos teóricos e metodológicos, próprios dos professores, aliou-se a preocupação com os aspectos pragmáticos, atinentes à operabilidade do Direito, expressa no que Miguel Reale denominou de "diretriz da operabilidade" e sintetizada na frase de Von Jhering: "*O Direito é feito para ser operado*". Assim é que a Comissão, a par de propor determinada **idéia de Código** – que oportunamente examinarei – cuidou de melhor sistematizar institutos que, no vigente Código, vêm confundidos (como os da prescrição e da decadência), de ordenar de modo lógico os direitos e deveres (como procedeu ao distinguir, no Direito de Família, entre o direito pessoal e o patrimonial), atentando, por igual, para a simplificação de regras e para a rejeição do formalismo antiquado e estéril, ao acolher inovações tecnológicas em matéria de documentação, registros e provas. Endossando expressamente o princípio da atipicidade (art. 425) adotou, por exemplo, em relação aos títulos de crédito, uma disciplina ampla, entendendo que a disciplina da letra de câmbio, da nota promissória e dos demais títulos que

---

[21] Conforme afirmou Miguel REALE em entrevista à autora, em junho de 1998.

[22] REALE, Miguel, na *"Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil"*, ora em **O Projeto de Código Civil – Situação atual e seus problemas fundamentais,** São Paulo, Saraiva, 1986, p. 71 e ss.

[23] Ao projetar a **Consolidação das Leis Civis**, aprovada pelo Governo Imperial em 1858 TEIXEIRA DE FREITAS, mais de três décadas antes da promulgação do Código Civil Alemão, já assentara a imprescindibilidade da divisão entre Parte Geral e Parte Especial para implementar a noção de sistema. Neste sentido o meu *"O sistema na Codificação Civil Brasileira – de Leibniz a Teixeira de Freitas"*, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS vol. 17, Porto Alegre, 1999, p. 189.

a prática vem constantemente configurando, deve ser objeto de "leis aditivas"[24], *"por tratar-se de matéria em cujo âmbito são previsíveis alterações a curto prazo, em função de alterações econômicas ainda em processo"*[25]. Bem assim, ofereceu a criação de uma categoria intermediária de documentação de direitos creditícios, a meio caminho entre os chamados "créditos de direitos não-cambiários", oriundos de negócios jurídicos celebrados por instrumento particular ou público, e os títulos de crédito típicos[26] (art. 889).

Com essas e outras inovações foi o Anteprojeto apresentado no mesmo ano de 1972 à comunidade jurídica e à sociedade, sendo, em 18 de junho de 1974, republicado e encaminhado ao Congresso Nacional[27]. Dez anos tramitou o Projeto na Câmara dos Deputados, sendo, a final, aprovado em 9 de maio de 1984, rumando então ao Senado da República, uma vez que o sistema bicameral vigente no Brasil impõe a aprovação legislativa em ambas as Casas do Congresso Nacional[28].

No Senado o Projeto permaneceu por treze anos, até novembro de 1997, submergido que esteve o Brasil, desde 1985, no processo de redemocratização que implicou uma nova Constituição em 1988 e, em seguida, a edição de numerosas leis complementares à Constituição. Na legislatura de 1994, contudo, foram os trabalhos retomados, tendo o Projeto merecido notável atualização por parte da Comissão Especial que o examinou, sendo Relator-Geral o Senador e Professor de Direito Josaphat Marinho[29], com o auxílio de Miguel Reale e José Carlos Moreira Alves, os dois únicos membros da Comissão Elaboradora ainda em plena atividade, e de outros juristas e entidades[30].

---

[24] A expressão é de Miguel Reale e diz respeito à própria metodologia empregada pelo novo Código, que, não pretendendo tudo enrijecer em seu texto, supõe a emissão, no correr do tempo, de leis que o complementem, com maior flexibilidade inclusive no tocante ao processo legislativo, naqueles campos de vida mais suscetíveis à alterações constantes. (*in* **Código Civil - Anteprojetos,** vol. 5, Tomo 1, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 1989, p. 23).

[25] REALE, Miguel, *in* **Código Civil - Anteprojetos,** cit., p. 23).

[26] Sobre este último ponto veja-se a análise de Mauro RODRIGUES PENTEADO, na *"Exposição Justificativa da Proposta de Modificação do Título VIII, Livro I, Parte Especial, do Projeto de Código Civil (PLC nº 118/84) que dispõe sobre os Títulos de Crédito"*, in **O Projeto de Código Civil no Senado,** Tomo II, Brasília, Senado Federal, 1998, p. 277.

[27] Mensagem presidencial nº 160, de 10.6.1975.

[28] Em virtude das alterações procedidas pelo Senado no texto apreciado pela Câmara dos Deputados, o Projeto retornou a essa Casa Legislativa, onde, como já se esclareceu, foi Relator-Geral o Deputado Ricardo FIÚZA.

[29] A Comissão era Presidida pelo Senador Ronaldo CUNHA LIMA, sendo Vice-Presidente o Senador José Ignácio FERREIRA e Relator-Geral o Senador Josaphat MARINHO.

[30] Veja-se as contribuições de Fábio KONDER COMPARATO, Luis Edson FACHIN e Álvaro VILLAÇA AZEVEDO, MAURO BRANDÃO LOPES, entre outros juristas, in **O Projeto de Código Civil no Senado,** Tomo II, Brasília, Senado Federal, 1998.

Retornando à Câmara dos Deputados em 1998, o texto recebeu ainda outras alterações, notadamente no Direito de Família, para adequá-lo às novas realidades normativa e sociológica – pois a instituição familiar certamente é, dentre os tradicionais pilares do Direito Civil, a que mais fortemente sente o impacto da realidade e das mudanças de mentalidade que levam à própria positivação, compreensão e operacionalização das normas jurídicas. Em meio a fortes críticas nos meios acadêmicos, sucessivos encontros nos quais tem sido objeto de debates acirrados entre os que enfatizam os seus méritos e os partidários da descodificação, e a oposição formal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Projeto, agora finalmente aprovado, fala por si: tentando ouvir a sua voz, examinarei a sua estrutura e a noção de sistema que acolhe (Primeira Parte), e, após, as diretrizes expressivas do que há de inovador em seu conteúdo (Segunda Parte).

I) ESTRUTURA E SISTEMA NO NOVO CÓDIGO

A estrutura de um código não reflete uma opção puramente técnica, muito menos derivando do acaso ou de uma escolha arbitrária. Antes indica uma tomada de posição metodológica reveladora de uma filosofia (A). Também assim a idéia de sistema passível de ser retirada de um Código é claramente indicativa do seu modelo (B).

A) A DIVISÃO EM PARTE GERAL E PARTE ESPECIAL

Seguindo tradição que, no Direito brasileiro remonta à obra de Teixeira de Freitas, anterior, portanto, ao próprio Código Civil alemão, sendo acolhida por Beviláqua e vigorando no atual Código Civil, também o novo Código procede à estruturação bipartida em Parte Geral e Parte Especial. Distingue-se, assim, da divisão clássica tripartite, o chamado "plano francês", no qual a regulação das matérias civis é antecedida por um Livro ou Título Preliminar sintético, com normas de sobredireito. Adota o que se convencionou chamar de "plano germânico"[31], seguindo-se à Parte Geral a Parte Especial, composta por cinco Livros. Nesta se articulam o Livro I, concernente ao Direito das Obrigações, o Livro II, que versa o Direito de Empresa, o Livro III, tratando do Direito das Coisas (Direitos Reais), o Livro IV, contendo o Direito de Família, e o Livro V, com o Direito das Sucessões.

---

[31] A estruturação em uma Parte Geral e uma Parte Especial é devida aos pandectistas alemães do séc. XIX. Segundo informa MOREIRA ALVES, primeiramente ela se encontra na segunda edição (1796) da obra **System der gesamten heutigen Civilrechts,** de DABELOW, de onde foi a idéia retirada por Gustav HUGO e, após, por Georg Arnold HEISE, que dela se utiliza em 1807 em sua obra **Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts**, acabando por ganhar corpo no Código da Saxônia, de 1863, e, ao final do século, no BGB (vide **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro,** cit., pp. 14 e 21).

Revela esta estrutura uma opção política em tudo e por tudo diversa da existente no Código de 1.916, típico de uma sociedade patriarcal e centrada na propriedade fundiária, por isto seguindo à Parte Geral o Direito de Família, após o Direito das Coisas, o Direito das Obrigações e por fim o Direito Sucessório. Diferentemente, o novo Código inicia com a enunciação dos direitos da pessoa e da sua personalidade, trata das obrigações civis e comerciais, unificando-as mediante o conceito de empresa – que merece um Livro próprio – só então passando aos direitos reais, ao direito das relações familiares e ao direito sucessório.

A Parte Geral é operacionalmente necessária para interligar todas as partes que compõem a estrutura codificada. Como afirmou com razão Octavian Ionescu[32], o fato de a parte introdutória dos códigos civis ser estruturada ou sob a forma sintética de um "título preliminar", ou sob a forma desenvolvida de uma "parte geral" não é questão de mera técnica legislativa, comportando, ao revés, implicações de ordem científica e ideológica e, conseqüentemente, problemas de ordem teórica e prática que se refletem na noção de sistema. A ausência de uma parte geral significa a recusa à idéia de sistema enquanto encadeamento lógico-dedutivo, identificando-se, então, o termo sistema, apenas com um **método de organização** das matérias componentes do Direito Privado.

Diversamente, a presença de uma Parte Geral significa a ausência de "paredes internas", de modo que muito mais facilmente permite operar o que a doutrina alemã chama de "sistema móvel", isto é, aquele em que a solução prevista para determinado setor pode ser utilizada, se assim parecer útil e conveniente, para regular outro instituto, para o qual originalmente não havia sido pensada[33]. A importância da Parte Geral está, pois, em que assegura a unidade do Código, permitindo que o direito seja construído de forma centralizada, mediante a dedução lógica entre os conceitos de maior grau de generalidade, ali postos e os institutos (casos ou espécies) versados na Parte Especial, o que não implica dizer que o sistema seja necessariamente lógico-formal, ou que a lógica formal represente o único meio possível para este fim: o conteúdo material da Parte Geral poderá conduzir a outras acepções de sistema[34], não se devendo confundir a "idéia de

---

[32] IONESCU, Octavian, *"Le problème de la partie introductive du code civil"*, Revue International de Droit Comparé, 1967, n.3, p. 579.

[33] Vide CANARIS, Claus Wilhem, **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito,** trad. MENEZES CORDEIRO, Lisboa, Gulbenkian, 1989, pp. 130 e ss.

[34] As observações de CANARIS acerca do sistema como ordem axiológica ou teleológica estão em **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito,** cit., pp. 66 e ss. Uma estrutura lógico-formal, desde que contenha, materialmente, princípios de valor e cláusulas gerais que permitam a ligação intersistemática (por exemplo, com a Constituição) conduzirá ao delineamento do sistema como uma ordem teleológica ou axiológica.

Código" característica do século XIX com cada concreto e efetivo código civil, mormente os que vêm sendo elaborados nesta nossa "era da recodificação"[35].

Na Parte Geral do novo Código Civil brasileiro (arts. 1° a 232) estão, pois, as disposições gerais aplicáveis às pessoas, aos valores essenciais da personalidade humana, ao regramento das pessoas jurídicas, aos bens e aos fatos jurídicos, iniciando com a norma fundamental da capacidade jurídica de todo ser humano[36] e a regra relativa à personalização civil, iniciada do nascimento com vida, protegendo-se os direitos do nascituro desde a concepção[37].

Diversamente do ainda vigente Código, no qual são ausentes as regras a respeito dos direitos de personalidade – no mais das vezes confundida com a capacidade[38] – o Código

---

[35] A expressão remete tanto ao paradigmático texto de N. IRTI, já antes citado (**L'età della decodificazione**) quanto ao seu recente **Codice Civile e Società Politiche,** Roma, LATERZA,1999, no qual, com a humildade que é própria aos grandes juristas, revisa o seu entendimento, afirmando que, mudado o contexto que o levara a situar a unidade do sistema, como tábua de valores coletivos, sob a garantia da Constituição, esta unidade encontra-se, agora, novamente sob a responsabilidade do Código (ver, em especial, o ensaio **Código Civile e Plusvalore Político,** pp.5 a 18).

[36] "Art. 1° : "*Toda pessoa é capaz de direitos e obrigações na ordem civil*", substituindo-se, por pressões feministas, o termo "homem", constante do Anteprojeto, pela expressão "ser humano" e, finalmente, após a última votação na Câmara dos Deputados, empregando-se o termo "pessoa", restando a questão de saber se perceberam os Deputados (ou perceberão, daí para diante, os operadores jurídicos), a existência, ou não de sinonímia entre os termos "pessoa" e "ser humano", aproximando, assim, o conceito normativo ("pessoa") do conceito naturalista ("ser humano").

[37] Art. 2° "*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*".

[38] Como já tive ocasião de observar, "*vivíamos, até há pouco, dominados pela idéia de pessoa modulada pela era codificatória, assim entendida a que seguiu-se às grandes codificações oitocentistas correspondentes à ascensão do individualismo burguês e do capitalismo. Aí foi desenhada a idéia de pessoa como "sujeito" e como "indivíduo". No discurso pandectista do século XIX, a palavra "sujeito" depreendeu-se das subjetividades que mais tarde a psicanálise viria revelar e conotou-se a uma idéia externa, objetivada, por assim dizer, a idéia de um "sujeito" que é visto tão só como "termo" ou "elemento" da relação jurídica, como aquele que pode (é capaz de) ser titular de direitos, atuando na ordem jurídica. Sujeito que é privilegiadamente o "indivíduo", porque não mais definido pela pertença a um grupo, casta, classe, família, status, porque apartado (dividido) de um todo, de uma comunidade que o ultrapassa, significações reveladoras da "lógica proprietária" que revestiu a própria idéia de pessoa humana. Submergida a idéia de "pessoa" na de "indivíduo" (ao senso "egoísta" do termo) e não-visualizada a de "personalidade" pela preeminência do conceito técnico de "capacidade", traçaram-se as tramas semânticas que acabaram por fundir o "ser pessoa" com o "ser capaz de adquirir direitos e contrair obrigações". Em outras palavras, instrumentalizou – se a personalidade humana, reproduziu-se, na sua conceituação, a lógica do mercado, o que conduziu à desvalorização existencial da idéia jurídica de pessoa, para torná-la mero instrumento da técnica do Direito"* (In "*Os Danos à Pessoa e a Natureza de sua Reparação*", Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul vol. 19, Porto Alegre, março 2001).

recém aprovado dedica o Capítulo II do Livro I da Parte Geral ao seu regramento[39]. Em boa hora os codificadores renunciaram tanto à tentativa de conceituar os direitos de personalidade quanto a promover a sua indicação pontual e a sua taxinomia. Esta é tarefa própria à atividade doutrinária, sabendo-se que desde que Von Gierke dedicou-se pioneiramente ao tema, a doutrina e a jurisprudência não cessam de reconhecer novas espécies de direitos que derivam do mero fato de existirmos e possuirmos, por isso, especial dignidade[40].

Por esta razão, a técnica utilizada foi a das cláusulas gerais[41], que permitem tanto a ligação intra-sistemática (entre as normas do próprio Código) quanto a conexão inter-sistemática (por exemplo, entre o Código e a Constituição) e mesmo extra-sistemática (remetendo o intérprete para fora do sistema jurídico, a fim de concretizar determinado valor ou diretiva).

Já no art. 11, determina serem intransmissíveis e irrenunciáveis os direitos de personalidade, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, salvo nos casos previstos em lei. O art. 12 determina poder-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, estatuindo o art. 21 a tutela da vida privada, nos seguintes termos: "*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*". Em outras palavras, o juiz tem o dever[42] de determinar a providência que, à vista das circunstâncias, entenda mais adequada à otimização do conteúdo das normas protetivas do art. 12 e 21, podendo esta consistir na adoção de medida cautelar, antecipatória da tutela definitiva, na imposição de *astreintes*, de obrigação de não-fazer, de perdas e danos, etc.

---

[39] Acerca dos direitos de personalidade no Projeto, veja-se MARINHO, Josaphat, "*Os Direitos de Personalidade no Projeto do Código Civil*", Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, col. Stvdia Juridica, 40, Coimbra, 2000.

[40] A expressão 'direitos de personalidade" parece ter sido utilizada pioneiramente por Georg Carl NEUER, em 1866, embora a época ainda fosse fortemente marcada pela concepção savignyana do primado da relação sobre a pessoa, o que conduziu ao obscurecimento da idéia de personalidade pela noção de capacidade. Na verdade foi VON GIERKE, em 1895, no seu **Deutsches Privatrecht** quem primeiramente individuou estes especiais direitos subjetivos que nascem do fato de "ser pessoa", influenciando decisivamente o codificador suíço de 1907, que expressamente os previu. Para um exame veja-se HATTENHAUER, Hans, **Conceptos Fundamentales del Derecho Civil,** Barcelona, Ariel, 1987, e, na doutrina brasileira mais recente, Fachin, Luis Edson, **Teoria Critica do Direito Civil,** Rio de Janeiro, Renovar, 2000; LUDWIG, Marcos de Campos, "*O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro*" e CUNHA, Alexandre dos Santos, "*Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental do Direito Civil*", ambos in **A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado,** MARTINS-COSTA, Judith(org.), no prelo e ainda o meu " *Bioética e dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito*", Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul vol. 18, Porto Alegre, 2000.

[41] A propósito da metodologia no emprego das cláusulas gerais, observe-se, *infra*.

[42] Assinalo o emprego do modo imperativo no verbo "adotar, no art. 21."

O art 13 regula os atos de disposição de próprio corpo, permitindo-se os transplantes (parágrafo único) e a disposição gratuita do próprio corpo, *post mortem* (art. 14), tutelando-se expressamente o direito ao nome e o pseudônimo (arts. 16 a 19), a propriedade intelectual, a honra, a imagem, a boa fama e a respeitabilidade da pessoa (art. 20).

Manteve a Parte Geral, outrossim, as normas comuns aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado (arts. 40 a 69 e 75), prevendo expressamente a desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso, desvio de finalidade ou confusão patrimonial (art. 50). Na origem desta regra está sugestão do Professor Fábio Konder Comparato, da Universidade de São Paulo, que assim se pronunciou: *"É preciso distinguir, cuidadosamente, entre despersonalização e desconsideração da personalidade jurídica. (...).A desconsideração da personalidade não suprime a autonomia subjetiva da pessoa jurídica, como ente distinto da pessoa de seus sócios ou administradores, mas afasta-a tão só provisoriamente e para o caso concreto. É, portanto, uma técnica de efeitos relativos* (...)[43].

A causa da desconsideração, isto é, o abuso, deve ser buscada no desvio dos fins estabelecidos no contrato social ou nos atos constitutivos, podendo consistir também o abuso, como alerta Comparato, *na confusão entre o patrimônio social e o dos sócios ou administradores, ainda que mantida a mesma atividade prevista, estatutária ou contratualmente"*[44].

Na regulação dos Bens (Livro II) o novo Texto Civil inova ao distinguir os acessórios e as pertenças (que não são partes integrantes) no art. 93, determinando no art. 94 que os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade ou das circunstâncias do caso. Como explica Clóvis do Couto e Silva[45], no que toca aos bens, os códigos italiano e português estabeleceram a distinção entre parte integrante essencial, parte integrante não-essencial e pertenças, assim consideradas as coisas destinadas permanentemente ao serviço ou ao ornamento de outra coisa cuja característica é – diversamente dos bens acessórios, sujeitos ao "princípio da gravitação jurídica"

---

[43] COMPARATO, Fábio Konder, Correspondência dirigida ao Senador Josaphat Marinho em 3.9.97, in **O Projeto de Código Civil no Senado,** Tomo II, Brasília, Senado Federal, 1998.

[44] Idem.

[45] COUTO E SILVA, Clóvis, *"Observações à Parte Geral do Anteprojeto de Código Civil"*, dirigidas ao Relator José Carlos MOREIRA ALVES em março de 1970, reproduzidas nas notas de rodapé da *"Análise das Observações do Prof. Couto e Silva à Parte Geral do Anteprojetode Código Civil"*, in **A Parte Geral do Projeto de Código Civil,** cit., pp. 39 a 42.

– suportar relação jurídica própria[46].

A distinção tem importância porque, de modo geral, nas codificações latino-americanas, incluso o vigente Código Civil brasileiro, vigora o axioma de que o vendedor, na dúvida, tem que entregar ao comprador a coisa com as pertenças. Contudo, podem existir, e efetivamente existem, diversos graus de vinculação entre as coisas. Adotando-se uma perspectiva escalonada do ordenamento jurídico, observa-se que uma vinculação mais íntima dará lugar à noção de parte integrante essencial, como a que liga uma edificação ao terreno no qual construída. Uma vinculação não tão íntima dará lugar à categoria das partes integrantes não-essenciais, como a que vincula uma fábrica ao seu maquinário. Num grau mais distante estarão as pertenças, configurando-se o grau do liame pela concreta natureza da relação, pelas circunstâncias, pelos usos, pela lei ou pelo exercício da autonomia privada[47].

Já o Livro III trata dos Fatos Jurídicos. Aqui se contêm as maiores inovações respeitantemente à disciplina do Código Civil vigente, a iniciar pela denominação – "Do Negócio Jurídico" – constante de seu Título I, especificando-os e recortando-os da categoria geral dos Atos Jurídicos, o que tem evidentes reflexos práticos, não se tratando de mero nominalismo. Aos atos jurídicos lícitos *stricto sensu* e aos atos-fatos (ou "atos reais", na terminologia portuguesa, denominação derivada da doutrina alemã) aplica-se, apenas no que couber, a disciplina reservada aos negócios (art. 185), assim seguindo a metodologia adotada no Código Civil português de 1967, como esclarece José Carlos Moreira Alves, o Relator da Parte Geral[48].

O Livro III inicia, pois, com a regulação dos Negócios Jurídicos (Título III), cujas disposições gerais abarcam as regras de sua validade (art. 104), da impossibilidade do objeto quando de sua celebração (art. 106), determinando que esta não invalida o negócio, se relativa; ou, se absoluta, só quando cessar antes de realizada a condição a que estiver subordinada. Contém, por igual, regra acerca do silêncio (art. 111), que importa anuência quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, dispondo, no art. 113, acerca da interpretação (*"Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração"*), o que conduzirá – oportunamente o veremos – à eticidade como uma das marcas do novo Código.

---

[46] Sobre as pertenças veja-se PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado,** Tomo II, Rio de Janeiro, Borsói, 154, parágrafos 127 e 138, e FRADERA, Vera Maria JACOB de, *"Pertenças"*, Revista Jurídica 126, Porto Alegre, 1988 .

[47] Para estas observações veja-se COUTO E SILVA, in MOREIRA ALVES, op. cit., nota 5, pp. 39 2 40.

[48] MOREIRA ALVES, José Carlos, op. cit.,p. 98.

Superando a linguagem oitocentista que tratava dos "vícios do consentimento", o Código recém aprovado, mais adequadamente versa, no Capítulo IV do Livro III da Parte Geral, sobre os Defeitos do Negócio Jurídico – o erro ou ignorância (arts. 138 a 144), o dolo (art. 145 a 150), a coação (art. 151 e 155), o estado de perigo (art. 156) e a lesão (art. 157). Acerca destes dois últimos cabe breve consideração, pois o primeiro introduz, e o segundo reintroduz, no Direito brasileiro, expressivas alterações.

O "estado de perigo" configura-se *"quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa'*, estendendo-se a regra inclusive para pessoa não integrante da família do declarante, hipótese em que o juiz decidirá *"segundo as circunstâncias"*. Trata-se de hipótese em que alguém se obriga a dar ou a fazer (prestação) por uma contraprestação sempre de fazer, como esclareceu Moreira Alves ao dar parecer opinativo da rejeição à emenda senatorial que visava simplesmente a suprimir o art. 156, sob o argumento de que o mesmo estaria confundido com o instituto da lesão *"com grande prejuízo para os interesses e a validade dos contratos em geral"*[49].

Preceito similar constava do Projeto de Beviláqua, tendo sido suprimido pela Comissão Revisora *'sem que se saibam os motivos que a isto conduziram"*[50]. Uma hipótese que avento para a supressão, há quase cem anos, e para os protestos que ainda hoje gera esta regra[51] é a sua imensa potencialidade social, que, como é sabido, incomoda ao pensamento conservador. Com efeito, no seu substrato **não está** a ficção da igualdade das partes, de modo que a regra terá relevância na tutela do contratante fraco: figure-se a hipótese de, numa internação hospitalar de urgência, a entidade obrigar o doente, ou os seus familiares, a assumirem pesada obrigação financeira, sob pena de, assim não procedendo, não se realizar o tratamento, ou não se fazerem exames que seriam devidos, ou não ministrar o dispendioso medicamento!

Do mesmo modo que o "estado de perigo", a invalidade (anulabilidade) por lesão (art. 157) constitui novidade em relação ao Código vigente, muito embora o instituto da lesão, com origens romanas, mas elaborado pelo *ius commune*, seja figura

---

[49] Emenda nº 20, de autoria do Senador Gabriel HERMES, in **O Projeto de Código Civil no Senado**, Tomo I, Brasília, Senado Federal, 1998.

[50] OREIRA ALVES, José Carlos, **A Parte Geral...**, cit., p.108.

[51] Assim editorial no conservador jornal O ESTADO DE S. PAULO de 6 de janeiro de 2001.

antiquíssima em nosso Direito: previsto em Portugal desde o séc. XIII[52], mantido nas Ordenações Filipinas (Livro IV, Titulo XIII) foi expressamente acolhido por Teixeira de Freitas na Consolidação das Leis Civis (art. 359), aí estatuindo o que Ruy Rosado de Aguiar Júnior qualificou de *"lesão pura, onde não havia vício de vontade, mas rescindibilidade fundada na simples quebra de equivalência entre as prestações, objetivamente verificada*[53].

A reintrodução destes instituto é também reveladora da "ética da situação" que marca o novo Código. Bevilácqua era frontalmente contrário, em nome do "princípio da autonomia da vontade", posicionando-se antagonicamente, pois, ao intervencionismo estatal representado pelo poder dado ao juiz de apreciar a lesão. Para tanto, argumentava, como base no Direito Comparado, que *"as legislações mais modernas"* haviam abolido o instituto, invocando também razões de ordem sociológica: desse ponto de vista, escreveu, só se admite a rescisão por lesão *"nas épocas em que o Estado necessita exercer uma tutela mais direta e contínua sobre a vida privada dos indivíduos, porque esses não se sentem assaz fortes contra a prepotência e contra a cobiça, e porque, entre as classes sociais, há um verdadeiro contraste*[54]*"*.

Ressurgirá a lesão, apenas sob a forma da usura, no campo penal, no final da década de 30[55], sendo fixada como crime contra a economia popular na Lei nº 1.521/51. Porém, até recentemente, no campo civil, era totalmente afastada. Dos raros acórdãos indexados na

---

[52] Segundo Antonio HESPANHA, a lesão ingressa na Idade Média através de uma Decretal do papa Gregório IX (1234), que, por sua vez, se baseava na teoria escolástica do "justo preço"(ver, do autor, a "Nota do Tradutor", à pg. 741 da **obra Introdução Histórica ao Direito**, de GILISSEN, J. Lisboa, Gulbenkian, 1988).Outros autores, como o argentino MOISSET DE ESPANES, situam a sua fonte canônica em duas Decretais, uma de Alexandre III, no ano de 1170, relativa à venda de um bosque pela metade do valor, e a outra de Inocêncio III, do ano de 1208, que trata também da venda de um imóvel pela metade do valor (OISSET DE ESPANES, Luis, **La lesión los Actos Juridicos, Cordoba**, Victor P. De Zavalia Editor, 1979, p. 56 e 57.Em Portugal, especificamente, a lesão foi recebida nos finais do séc. XIII, sendo consagrada nas Ordenações Afonsinas (IV, 45) Manuelinas (IV, 30) e Filipinas (Liv. IV, T.13): aí se declarava que o contrato de compra e venda de bens móveis ou imóveis (bens de raiz) embora "perfeito", poderia ser desfeito se uma das partes tivesse sido enganada além da metade do justo preço, distinguindo-se entre a lesão 'enorme" e a "enormíssima" de forma tarifária.

[53] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado., *"Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor"*, in **A Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul,** MARQUES, Cláudia Lima (org.), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994, p. 16.

[54] BEVILÁQUA, Clóvis, **Projeto de Código Civil Brasileiro,** Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, VI, p. 8, citado por SILVA PEREIRA, Caio Mario, **Lesão nos Contratos,** Rio de Janeiro, orense, 4ª Edição, 1993, p. 97.

[55] Em 1938, Decreto-Lei nº 869, definiu como crime contra a economia popular a usura pecuniária, ou real e definiu o crime:*"obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.* O elemento subjetivo estava justamente na causa, ou seja, abusar da necessidade inexperiência ou leviandade da outra parte, para obter vantagem patrimonial, residindo o elemento objetivo na ruptura da igualdade das prestações, exigido que se observasse uma "igualdade parcial" (garantindo o lucro), o qual não poderia exceder de 20% o justo valor. No Estado Novo, Carta Constitucional de 1937, determinou, no art. 142: *"A usura será punida"*. E, finalmente, a Lei nº 1521, de 26 de dezembro de 1951, ao definir os crimes contra a economia popular, preceituou igualmente o crime.

jurisprudência eletrônica do Supremo Tribunal Federal está o que afirma a *"impossibilidade"* da anulabilidade de contrato por lesão, pois *"desde que o Código Civil regulou a matéria relativa aos atos jurídicos e especificou os vícios do consentimento, excluindo a lesão, é evidente que esta não constitui mais motivo de anulação dos contratos"*[56].

Como defeito do negócio jurídico que leva à sua rescisão, a lesão reingressa apenas no Código de Defesa do Consumidor – embora não com este *nomem iuris* (art 6°, inc. V, primeira parte) valendo para as hipóteses de abusividade contratual, reguladas no art. 51. Aí, como ensina Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a ação de que dispõe o consumidor é a ação de modificação do contrato, fundada no desequilíbrio entre as partes já existente ao tempo da celebração (art 51,§ 1°), com o objetivo de eliminar a cláusula ou alterar o seu conteúdo, mas sempre mantendo o contrato em razão do princípio da conservação do negócio[57]. Porém, na hipótese de não ser possível a alteração do contrato ou supressão da cláusula, é permitida a ação de rescisão do contrato, por lesão.

Fora desta hipótese, que se subsume na abusividade contratual e é específica para as relações de consumo, a lesão só agora alcança o nosso direito privado com caráter de regra geral no art. 157 do novo Código.

Neste ocorre o defeito no negócio jurídico *"quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta"*, admitindo a lei a suplementação da contraprestação, ou a redução do proveito, para afastar a conseqüência anulatória.

O reingresso da lesão em nosso ordenamento civil não foi tranqüilo: no Senado o atual art. 157 sofreu emendas, uma proposta pelo Senador Jutahy Magalhães, que queria nova redação, para subordinar a lesão ao dolo, outra proposta pelo Senador Gabriel Hermes[58], que queria eliminar a expressão *"por inexperiência do agente"* como causa de invalidação do negócio jurídico, restringindo-a apenas à *"premente necessidade"* do lesado.

Mas, felizmente, as emendas foram rejeitadas, seguindo-se a opinião de Moreira Alves, segundo o qual a lesão ocorre quando há a "usura real", não sendo necessário que a

---

[56] RE 82971/RS, Rel. Min. Cunha Peixoto, 1ª T. j. 26.10.76, p. em DJ de 31. 12.76 e in RTJ vol. 84 p. 218).

[57] ROSADO DE AGUIAR, Ruy, *"Aspectos do Código de Defesa do Consumidor"* Revista Ajuris, vol. 52. Veja-se do mesmo autor *"Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor"*, citado, p. 16."

[58] Assim pronunciou-se MOREIRA ALVES ao dar parecer sobre a emenda supressiva do Senador Gabriel Hermes: *"A lesão ocorre quando há a usura real. Não há, na lesão, ao contrário do que ocorre com o estado de perigo, que vicie a simples oferta. Ademais, na lesão não é preciso que a outra parte saiba da necessidade ou da inexperiência: a lesão é objetiva. Já no estado de perigo é preciso que a parte beneficiada saiba que a obrigação foi assumida pela parte contrária para que esta se salve de grave dano (levando-se em conta, pois, elemento subjetivo")*. In **O Projeto de Código Civil no Senado,** Tomo II, Brasília, Senado Federal, 1998, p. 015.

outra parte saiba da necessidade ou da inexperiência, pois *"ao contrário do que ocorre com o estado de perigo em que o beneficiário tem que conhecê-lo, na lesão o próprio conhecimento é indiferente para que ela se configure"*[59], o que significa dizer que em nosso Direito mantém-se a tradição salutar de considerar a lesão objetivamente.

Também seguindo a tradição que vem do *ius commune*, expressa nas Ordenações e na Consolidação de Teixeira de Freitas, o negócio pode convalescer, se for oferecido suplemento, determinando o Código que a desproporção se apure segundo os valores vigentes ao tempo do ato (art. 157, § 1°), o que indica se ter afastado, o novo Código, não só do sistema francês, mas também do sistema alemão e do italiano – e, portanto, do adotado pelo Código Civil português de 1967 – não se preocupando em punir a atitude maliciosa do favorecido, mas em tutelar o lesado[60].

A lesão introduzida no novel Código é um defeito que se instala no momento da conclusão do negócio, já impedindo a formação do sinalagma genético, razão pela qual, no meu entender, pressupõe contrato oneroso, bilateral e comutativo, conduzindo ao seu desfazimento. É defeito do negócio, centrado em dois elementos característicos, a desproporcionalidade das prestações e a premente necessidade ou a inexperiência. Esta, como acentua Caio Mário da Silva Pereira[61], não reside no fato de o contratante ser levado a concluir o contrato em virtude de maquinações da outra parte, ou de ser coagido a fazê-lo (*vis compulsiva*), antes sendo caracterizada pelo efetivo pouco trato do lesado com aquele tipo de contrato, seja porque não-afeito aos negócios, ou porque carente de conhecimento sobre a natureza do contrato que celebra, *v.g.*, por não dispor de informação adequada acerca do negócio que realiza, ou sobre as reais condições do mercado.

No tratamento dos atos ilícitos o novo Código prevê a possibilidade de dano extrapatrimonial (art. 186,) que chama de "dano moral[62]", cabendo entretanto notar que, muito embora, a rigor, esta denominação seja adequada não para o gênero, mas para uma das espécies de dano extrapatrimonial, é corrente na doutrina e jurisprudência

---

[59] MOREIRA ALVES, Idem, ibidem.
[60] MOREIRA ALVES, Idem, ibidem.
[61] SILVA PEREIRA, Caio Mario, **Lesão nos Contratos**, cit., p. 199.
[62] Art. 186: *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*.

brasileiras como designativa do gênero, podendo-se afirmar que, muito embora as distinções feitas pela doutrina mais rigorosa, no Brasil, as expressões "dano moral" e "dano não-patrimonial" são utilizadas como sinônimas[63].

Juntamente a esta cláusula geral de ilicitude, fundada na culpa, o novo Texto reserva, no art. 187, cláusula geral de ilicitude, de índole objetiva[64]. Esta norma constitui, na abalizada opinião de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, "*regra quase perfeita, que servirá para iluminar todo o Direito Obrigacional no Brasil*[65]". A sua importância está em que deixa claro o injustificável equívoco de grande parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras ao situar o abuso apenas quando há a intenção de prejudicar (o que efetivamente não se retira da literalidade do art. 160, I do Código vigente), indo além, por reunir, num mesmo dispositivo, referência a quatro princípios fundamentais do ordenamento: o abuso de direito, o fim social, a boa-fé e os bons costumes.

---

[63] A legislação brasileira utiliza a expressão "dano moral" para referir-se a todas as espécies de danos não-patrimoniais, assim constando do art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal, e da legislação especial. A mesma denominação é seguida por grande parte da doutrina e da jurisprudência, encontrando-se a distinção seja entre danos morais subjetivos e objetivos, seja entre danos morais diretos ou indiretos para especificar aqueles que dizem respeito diretamente à esfera da mais direta subjetividade e os que atinem à repercussão social da esfera da personalidade (Veja-se, exemplificativamente, José de AGUIAR DIAS, **Da responsabilidade Civil**, Rio de Janeiro, Forense, Tomo II, 1994, 713; Carlos Alberto BITTAR, **Reparação Civil por Danos Morais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2ª tiragem, 1999; Yussef SAID CAHALI, **Dano Moral**, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998; Arnoldo MEDEIROS DA FONSECA, *Dano Moral*, verbete in **Repertório Enciclopédico Brasileiro**, vol. 14, 241). Raros são os textos, doutrinários ou jurisprudenciais, que utilizam a expressão "danos à pessoa" para indicar a vasta categoria dos atentados à personalidade, como o faz Clóvis do Couto e Silva, o qual, todavia, realiza a sinonímia entre dano moral e dano extrapatrimonial que já havia sido contestada nos anos 60, com integral pertinência, por Pontes de Miranda (Vide Clóvis DO COUTO E SILVA, "*O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado*", *in* **O Direito Privado Brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**", ao cuidado de FRADERA, Vera Maria Jacob, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, 217). Diversamente, PONTES DE MIRANDA já na década de 50 acentuava ter a expressão "dano moral" concorrido "*para graves confusões*", explicando: "*`As vezes, os escritores e juízes dissertadores empregam a expressão "dano moral" em sentido amplíssimo (dano à normalidade da vida de relação, dano moral estrito, que é o dano à reputação, o dano por depressão ou exaltação psíquica ou nêurica, dano que não é qualquer dos anteriores mas também não ofende o patrimônio, como a dor sofrida, o de destruição de bem sem qualquer valor patrimonial ou de valor patrimonial ínfimo. Aí, dano moral seria dano não patrimonial. Outros têm como dano moral o dano à normalidade da vida de relação, o dano que faz baixar o moral da pessoa e o dano à reputação. Finalmente, há o senso estrito de dano moral: o dano à reputação*"(PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, T. 26, Ed. Borsói, Rio de Janeiro, 1959, parágrafo 3.108, 31, grifos do autor).

[64] Art. 187: "*Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico-social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*".

[65] AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado, "*Projeto do Código Civil – Obrigações e Contratos*", Revista do Conselho da Justiça Federal v.9, Brasília, 1999, p. 31, também disponível em http://www. cjf.gov.br/Publicacoes/ Publicacoes.asp.

No que concerne ao regramento da prescrição e da decadência — tema tormentoso no Código Civil vigente, que mistura ambas as espécies — o novo Código adotou interessante solução metodológica: trata sistematicamente apenas da prescrição (art. 189 a 196), enumerando as hipóteses na Parte Geral (art. 206) e acoplando as regras relativas à decadência em cada preceito onde cabível, salvo a regulação genérica dos arts. 207 a 211. Sabe-se que a prescrição é o encobrimento dos direitos análogos à pretensão, enquanto a decadência trata da extinção dos direitos potestativos, de modo que a solução adotada é extremamente operativa, motivo pelo qual Reale com ela exemplifica a **diretriz da operacionalidade** que dominou, entre outros, os trabalhos codificatórios[66].

A Parte Geral encerra com as regras relativas à prova dos fatos jurídicos (art. 212 e ss), regulamentando a confissão (arts. 213 e 214), e admitindo no art. 225, quaisquer reproduções fotográficas, fonográficas, cinematográficas e, em geral, quaisquer reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou coisas, salvo impugnação da parte contrária.

Se a Parte Geral corresponde — para usar antigo clichê — "ao que, na matemática, vem antes do parêntese", definindo, assim, a possibilidade de um **sistema interno** inconfundível com a mera ordenação extrínseca das matérias é porque, da estrutura calcada numa Parte Geral e numa Especial decorre certa unidade lógica e conceitual, o que Miguel Reale denominou de **diretriz sistemática**[67].

Porém, não se confunda a diretriz sistemática com a "idéia de sistema" construída, desde o Jusracionalismo, como um abstrato modelo geométrico. A diretriz, aqui, diz mais de perto com a noção de **unidade**. Como afirma Irti, hoje em dia o Código Civil reassume uma decisiva posição histórica, pois, acolhendo princípios, custodiando técnicas de disciplina e categorias ordenatórias, tem novamente *"la responsabilità dell'unità"*, suprindo a Constituição, que não pode tudo prever e está mais fortemente sujeita aos azares da política, desenvolvendo então o Código a função de garantia e protegendo a continuidade da vida civil[68].

Bem por isto, no novo Código Civil a estrutura sistemática, não estática e fechada, mas aberta e móvel, uma vez centrar-se em numerosas cláusulas gerais, é completada pela obra de implementação da unidade do Direito das Obrigações, que, na verdade, é uma realidade independentemente da previsão codicista: nosso Código Comercial de 1850, por demais vetusto e totalmente recortado por leis especiais de há muito tem, para a prática jurídica brasileira, valor meramente residual .Como assinala Reale, *'na realidade o Direito das Obrigações, na matéria civil, é hoje tábua reguladora também das obrigações de natureza*

[66] REALE, Miguel, **O Projeto de Código Civil - situação atual e seus problemas fundamentais**, São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 11 e 12.

[67] REALE, Miguel, **O Projeto de Código Civil - situação atual e seus problemas fundamentais**, São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 5 a 7.

[68] IRTI, N. **Diritto Civile e Società Política**, cit., p.15.

empresarial, de natureza mercantil ou industrial"[69].

A unidade do Direito Obrigacional é assegurada pela disciplina jurídica da Empresa (Livro II da Parte Especial). Partiram os codificadores do pensamento de que o modelo jurídico da empresa não é uma criação do Direito, a ele antecedendo a sua existência como realidade econômica, constatação relevante por salientar a existência de forças sociais que exigem uma constante resposta do Direito[70]. Forte nesta premissa o Código ora aprovado recusa-se a conceituar a empresa, disciplinando-a, todavia, sistematicamente, a partir da noção do empresário como aquele que *"exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços"* (art. 966[71]).

Muito embora a unificação do Direito Obrigacional proposta no novo Código Civil brasileiro não constitua cópia das legislações suíça e italiana, que também a asseguram — pois, como visto, uma tal estrutura já havia sido imaginada no século XIX pelo grande Teixeira de Freitas— é bem verdade que algumas das regras relativas à disciplina da empresa têm inspiração italiana[72]. Assim, o próprio conceito de empresário (art. 966), que corresponde ao disposto no art. 2.082 do *Codice Civile*, o que foi aceito pela Comissão Elaboradora *"porque as notas da definição reproduzem, em grande medida, o conceito econômico de empresa"*[73].

A empresa pode ser exercida por uma pessoa isoladamente, o empresário, pessoa física, ou por uma sociedade, hipótese em que se configurará a sociedade empresária (art. 982). A nova Lei Civil divide as sociedades em não personificadas (Livro II, Título II, Subtítulo I,) e personificadas (Subtítulo II), não admitindo, porém, as sociedades unipessoais.

A sistematização em termos amplos, com um sentido muito mais de "ordenação da prática social" do que propriamente uma intervenção de tipo "regulativo", pode também ser observada no que concerne às sociedades. O novo Código distingue as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos (associações) das com fins econômicos (sociedades), tratando das primeiras no Título II do Livro I da Parte Geral. As sociedades encontram-se divididas em sociedades empresárias e sociedades simples, sendo as primeiras as que têm

---

[69] Idem, p. 6.

[70] Veja COUTO E SILVA, Clóvis, *"O Conceito de Empresa no Direito Brasileiro"*, Revista Ajuris vol. 37, p. 42 e ss.

[71] O parágrafo único do art. 966 exclui da noção de empresário *"quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa"*.

[72] Veja-se, a propósito, o estudo de MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso, **O Projeto de Código Civil e o Direito Comercial,** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 16, Porto Alegre, 1999, p. 139.

[73] Assim, COUTO E SILVA, Clóvis, *"O Conceito de Empresa no Direito Brasileiro"*, cit., p. 51. Anote-se que o Senado, mediante a Emenda nº 68, ainda mais aproximado o modelo do novo Código do modelo italiano.

por objeto o exercício da atividade própria de empresário, sujeito a registro, assim consideradas, independentemente de seu objeto, as sociedades por ações, e, simples, as cooperativas[74].

O grande valor de nosso novo Código, mormente se comparado com o seu congênere italiano está, nessa matéria, na adstrição à diretriz sistemática: não regulando o Direito do Trabalho, que no Brasil tem diploma próprio[75], o novo Código promove a sistematização da disciplina da empresa sem cindir as suas regras das demais normas de direito privado nem confundi-las com as especificidades da disciplina das relações de emprego.

À disciplina da Empresa segue-se o Direito das Coisas (Livro III), do Direito de Família (Livro IV) e o Direito Sucessório (Livro V). Destes, o Direito de Família — justamente o que menor unidade apresenta, em razão das múltiplas e às vezes antinômicas emendas que o Projeto sofreu, para adequá-lo às novas realidades normativas e sociológicas — é o que contém, no que concerne à estrutura no qual assentado, a mais peculiar e elaborada forma de ordenação.

É que a regulação tradicional do Direito de Família, tal como aparece no ainda vigente Código, não contém a divisão entre direito de família pessoal e patrimonial, limitando-se a seguir, passo a passo, a ordem de certos institutos. Agora, diversamente, o método de classificação, proposto por Clóvis do Couto e Silva, atendeu **à análise interna**, e não meramente a classificação extrínseca, das relações jurídicas de Direito de Família, atentando-se aí à concepção do "Direito como experiência', isto é, como "*concretitude de valoração do*

[74]Neste sentido MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso, **O Projeto de Código Civil e o Direito Comercial**, cit., p. 153.

[75] A Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto- Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Direito", como *"realidade histórico cultural"(...) atual e concretamente presente à consciência em geral, tanto em seus aspectos teoréticos como práticos"*[76], com o que afasta-se a concepção do Direito seja como objeto de contemplação ou descrição, ou, ainda, como *"pura seqüência de esquemas lógicos"*[77].

Ora, se a experiência jurídica constitui a compreensão do Direito *in actu*, percebe-se que o Direito de Família — visualizado como totalidade e como complexo de valorações e comportamentos aos quais são atribuídos significados suscetíveis de valoração jurídica[78] segundo certos valores morais e finalidades práticas — compõe-se de elementos que *"não recebem e nem poderiam receber do ordenamento jurídico a mesma disciplina dos seus efeitos"*[79]. Percebe-se quase que intuitivamente que a sua normação, sobretudo no campo dos direitos pessoais, *"é fortemente impregnada de princípios éticos, de tal modo que os próprios direitos lesados não se submetem aos mesmos cânones dos outros ramos do direito, como, por exemplo, o das obrigações"*[80]. Diversamente, o Direito Patrimonial de Família está informado pelos princípios gerais do Código, assumindo, por vezes, a estrutura de uma obrigação, submetendo-se, em outras, a regras que integram o Direito das Coisas[81].

Por esta razão, e forte nestas concepções, alinhou-se, numa parte (Direito Pessoal) os aspectos mais propriamente existenciais, atinentes à dimensão do afeto, aí estando as regras relativas ao casamento, da dissolução da sociedade conjugal, da proteção à pessoa dos filhos, das relações de parentesco, da adoção e do poder familiar, expressão que, significativamente, substitui o "pátrio poder". Noutro Título está o Direito Patrimonial, englobando os direitos e deveres dos cônjuges, o regime de bens, a administração dos bens dos filhos, os interditos, o patrimônio familiar e as sociedades, provindo esta distinção do fato de *"o ordenamento não poder deixar de valorizar as relações dos partícipes da família levando em conta os seus atributos de pessoalidade e patrimonialidade já existentes na dimensão social"*[82].

---

[76] As expressões grifadas são de REALE, Miguel, **O Direito como Experiência,** São Paulo, Saraiva, 1968, p. 31.

[77] Idem, ibidem.

[78]. Neste sentido REALE, Miguel, op. por último citada, p. 31.

[79]COUTO e SILVA, Clóvis, **Exposição de Motivos para a Reforma do Direito de Família,** *in* **Anteprojeto do Código civil,** Arquivos do Ministério da Justiça, vol. 155, Rio de Janeiro, 1975, p. 153.

[80] Idem, ibidem.

[81] Idem, ibidem.

[82] COUTO e SILVA, Clóvis, **Direito Patrimonial de Família no Projeto de Código Civil Brasileiro e no Direito Português,** São Paulo, RT 520, 1979, p. 14.

Por intermédio desta metodologia, esclarece ainda Couto e Silva[83], a revelação da existência de um duplo sistema de relações jurídicas no Direito de Família, permite que a diversidade material que está na sua base conduza à adoção de normas e de tutela jurídica **valorativa e finalisticamente inconfundíveis**, umas centradas na dimensão afetiva, pessoal, outra na dimensão propriamente patrimonial decorrente da sociedade familiar. Porém, como *"nem sempre uma relação jurídica aparece de modo puro, pessoal ou patrimonial"*, estando ambos os setores dialeticamente co-implicados, o critério há de ser o da **prevalência** de um ou outro destes elementos, conforme a situação concretamente apreciada.

Assim, conquanto não rígida a classificação — como também não é rígida, no plano pré-jurídico, a distinção — o modelo adotado *"torna mais compreensível o Direito de Família, porque lhe dá transparência, o que nem sempre sucede quando se aglutinam numa só figura as mais diversas regras, submetidas, por força desta diversidade, a regimes jurídicos próprios"*[84]. Viabiliza, outrossim, compreender a diversidade de papéis que podem ser assumidos, no interior da estrutura familiar, pelos seus diversos figurantes, *"conforme o seu círculo de atividades se insira no Direito Pessoal ou patrimonial"*.

A mesma estrutura pode ser observada, embora com menor apuro técnico, no Título III, relativo à União Estável, inserido pelo Congresso Nacional uma vez que a matéria constitui inovação proposta pela Constituição Federal de 1988, posterior, portanto, à elaboração do Anteprojeto. Mesmo sendo este Título III enxertado posteriormente — e talvez sem a clara consciência dos pressupostos filosóficos e culturais que conduziram à classificação contida nos Títulos I e II, observa-se, nos arts. 1.723 a 1.724 o regramento das relações pessoais entre os companheiros, sujeitas, portanto, à principiologia ali contida e também à cláusula geral da comunhão plena de vida, uma vez estar o casamento equiparado à união estável, por força constitucional. Já no art. 1725, estão as indicações relativas às relações patrimoniais, aqui mais fortemente sujeitas ao princípio da autonomia privada e à disciplina do Direito das Obrigações.

Completando a estrutura — que define o aspecto externo do sistema — é à **linguagem** empregada pelo novo Código que deveremos agora atentar, pois esta indicará os aspectos internos do sistema, o seu modelo, se aberto ou fechado. Tenho a convicção de aí residir a maior inovação da nova Lei, não se devendo buscar as "novidades" apenas em uma ou outra regra punctualmente arroladas, mas nos aspectos metodológicos, que poderão, se bem compreendidos e adequadamente utilizados, causar mudança realmente notável em relação ao Código de Beviláqua. Cabe, pois, pelo viés da linguagem, examinar a noção de sistema que está em seu substrato.

---

[83] COUTO e SILVA, Clóvis, **Direito Patrimonial de Família no Projeto de Código Civil Brasileiro e no Direito Português**, cit., p. 15.

[84] Idem, ibidem.

B) A NOÇÃO DE SISTEMA QUE ACOLHE: O CÓDIGO COMO "EIXO CENTRAL" DO SISTEMA DE DIREITO PRIVADO[85].

Sabe-se que os grandes Códigos oitocentistas de que é paradigma o *Code* francês, foram construídos como sistemas fechados, isto é, o mais possível impermeáveis à intervenção da realidade e do poder criador da jurisprudência. Acreditava-se que a perfeição da construção conceitual e o encadeamento lógico-dedutivo dos conceitos bastaria para a total apreensão da realidade nos lindes do *corpus* codificado. Em outras palavras, o modelo de Código oitocentista traduzia determinado modelo de sistema, constituindo, como já tive a ocasião de assinalar, verdadeiramente o "espelho e metáfora do sistema fechado"[86] aquele que, tributário das concepções iluministas, era dominado pela pretensão de plenitude lógica e completude legislativa. Surgiram assim, como um fenômeno típico da modernidade oitocentista, os **Códigos totais**, totalizadores e totalitários, aqueles que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, tiveram a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura.

A posição histórica do Código não tem, porém, caráter absoluto e imutável[87], não podendo ser reduzida a uma noção, ou empobrecida pela rigidez de uma fórmula[88]: a Codificação é um fenômeno histórico, é certo, mas a historicidade das formas jurídicas não é por si fixa e congelada no tempo. É correto pois, discernir entre o significado histórico da Codificação oitocentista — como fenômeno de ruptura que foi, como manifestação de uma determinada operação política, como instrumento de uma nova racionalidade, a do capitalismo, construído sobre a hegemonia de uma única classe social, a burguesia — e o significado que podem adquirir, na aurora do século XXI, os novos Códigos civis concretamente considerados, pois, de modo geral, nestes é diverso o relacionamento com as demais instâncias do todo social e com os diversos *loci* nos quais se manifesta o fenômeno jurídico, sendo, em conseqüência, também diverso o modelo de sistema que espelham.

---

[85] Para as seguintes observações sintetizei reflexões que expendi em "*O Direito Privado como Construção: As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil*", citado, agregando algumas novas considerações.

[86] No nosso **A Boa-Fé no Direito Privado**, cit., p. 169.

[87] Assim IRTI, Natalino, **Códice Civile e Società Política**, cit., p. 12.

[88] Idem, p. 18.

Os "Códigos totais", construídos ao modelo oitocentista, são marcados notadamente por sua linguagem, o mais "precisa" possível. Diz-se que expressam um sistema fechado justamente porque, empregando a técnica da casuística, centrada em modelos cerrados, com a perfeita definição da *fattispecie* e de suas conseqüências, sua linguagem dificilmente permite comunicação com a realidade que está em seu entorno, notadamente com os chamados "elementos metajurídicos", tais como valores éticos, dados econômicos, científicos, tecnológicos, elementos de ordem social etc. Por esta razão, para a regulação dos novos problemas, faz-se necessária a constante intervenção legislativa.

Não é este, contudo, o modelo de sistema subjacente ao novo Código Civil, que adota diversos pressupostos metodológicos, atuando por intermédio de duas soluções técnicas: a primeira dela consiste num chamado à responsabilidade da jurisprudência, pelo emprego de numerosas cláusulas gerais; já a segunda diz respeito à tarefa do legislador, encarregado, para o futuro, de editar "leis aditivas" ao Código, naqueles campos, como o Direito de Empresa e o Direito de Família, sujeitos à maior mutabilidade dos imperativos de ordem social e econômica, embora estejam estas futuras leis vinculadas ao Código, "eixo central", pela ligação ao valores e aos conceitos genéricos ali postos com a função de assegurar a unidade (relativa) do sistema.

b.1) pressupostos metodológicos

O Código Civil é polarizado, é certo, pela diretriz sistemática, que assegura a sua unidade lógica e conceitual, o que visa assegurar um *minimum* de segurança jurídica pela regulação coordenada dos comportamentos sociais desenvolvidos na esfera privada. Porém, do ponto de vista da técnica legislativa, o sistema caracteriza-se como um *"eixo central*[89] *"* e como um **sistema aberto** em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante

[89] A expressão é de Clóvis do Couto e Silva, para indicar justamente o aspecto "não totalitário" do Código, mas a sua função de centro do sistema das relações civis, necessariamente ligado ao que está às suas margens, isto é, tanto as "leis aditivas" quanto à realidade social, econômica e cultural. Por evidente, no centro do ordenamento está a Constituição, sabendo-se que a palavra "ordenamento" designa, como aponta Miguel REALE, uma espécie de "ecossistema" que abrange uma ampla variedade de sistemas e subsistemas normativos (ver, de COUTO e SILVA, **O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro,** Porto Alegre, Revista Ajuris, v. 40, e de REALE, **Fontes e Modelos do Direito - para um novo paradigma hermenêutico,** São Paulo, Saraiva, 1994, p. 95).

incorporação — e solução — de novos problemas[90], seja por via da construção jurisprudencial, seja por ter a humildade de deixar ao legislador, no futuro, a tarefa de progressivamente complementá-lo.

Por isto é que sua inspiração por vezes aproxima-se estrutura constitucional, que requer leis complementares, bem como da sua linguagem, farta em modelos jurídicos abertos. Como já tive oportunidade de escrever, um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos — mesmo os extrajurídicos — e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais[91].

Estas "janelas", bem denominadas por Irti de "*concetti di collegamento*" com a realidade social[92] são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de *standards*, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressistematização no ordenamento positivo.

Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados "conceitos jurídicos indeterminados". Por vezes — e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas — o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de

---

[90] A propósito da perspectiva dicotômica entre "sistema" e "problema", observa REALE: " *O direito todo estaria em causa, se pudesse prevalecer essa antinomia abstrata entre o "problemático" e o 'sistemático", só admissível com base em um rígido e equívoco conceito de sistema". (In* **O Direito como Experiência,** cit., p. 4). Por esta razão vem a doutrina atentando ao "novo pensamento sistemático" , como aludi *in* **A Boa-Fé no Direito Privado,** cit., p. 364.

[91] Assim o meu "*O Direito Privado como Construção: As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil*", citado.

[92] IRTI, Natalino, **Diritto Civile e Società Política,** cit,, p. 35.

concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas. Têm, assim, a vantagem da mobilidade proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contém, pelo que é afastado o risco do imobilismo porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade[93].

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é remeter o juiz a critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou mediante variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. Em razão destas características essa técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas notas específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal.

Desta constatação decorre que o juiz tem o dever, e a responsabilidade[94], de formular, a cada caso, a estatuição, para o que deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos os elementos que, **motivando a decisão**[95], possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral.

Conquanto tenha a cláusula geral a vantagem de criar aberturas do direito legislado à dinamicidade da vida social, tem, em contrapartida, a desvantagem de provocar — até que consolidada a jurisprudência — certa incerteza acerca da efetiva dimensão dos seus contornos.

---

[93] A tipicidade, pode ser compreendida como *"a qualidade de uma pessoa, coisa ou conceito pela qual suas características resultam conformes as de um tipo predeterminado"*, entendendo-se por "tipo" *"o modelo ideal que reúne as características essenciais de todos os entes de igual natureza"* (conforme Noemi Nidia Nicolau, *"La autonomia de la voluntad como factor de resistencia a la tipicidad en el sistema de derecho privado argentino"*, Porto Alegre, nov. 1994, datilog.).

[94] A voz do juiz não é, todavia, arbitrária, mas vinculada. Como já se viu, as cláusulas gerais promovem o reenvio do intérprete/aplicador do direito a certas pautas de valoração do caso concreto. Estas estão, ou já indicadas em outras disposições normativas integrantes do sistema (caso tradicional de reenvio), ou são objetivamente vigentes no ambiente social em que o juiz opera (caso de direcionamento). A distinção deriva da circunstância de, em paralelo ao primeiro e tradicional papel, estar sendo hoje em dia sublinhado o fato de as cláusulas gerais também configurarem normas de diretiva, assim concebidas aquelas que não se exaurem na indicação de um fim a perseguir, indicando certa medida de comportamento que o juiz deve concretizar em forma generalizante , isto é, com a função de uma tipologia social. Aí está posta, pois, uma das funções das cláusulas gerais, que é a de permitir a mobilidade externa do sistema.

[95] Na concreção das cláusulas gerais cresce extraordinariamente o dever de fundamentar a decisão, devendo o juiz deixar claro não só a concreta razão de fato ensejadora da invocação ao princípio, máxima de conduta ou diretriz contidos na cláusula geral, como da conexão entre ambas, a razão de fato e a razão jurídico-valorativa. Por isto, é imenso, nesta operação intelectiva, opeso dos precedentes judiciais, que expressam uma espécie de "razão comum" de decidir para os casos análogos ou similares.

O problema da cláusula geral situa-se sempre no estabelecimento dos seus limites[96]. É por isto evidente que nenhum Código pode ser formulado apenas e tão somente com base em cláusulas gerais, porque, assim, o grau de certeza jurídica seria mínimo. Verifica-se, pois, com freqüência, a combinação entre os métodos de regulamentação casuística e por cláusulas gerais, técnicas cuja distinção por vezes inclusive resta extremamente relativizada, podendo ocorrer, numa mesma disposição, variados "graus" de casuísmo e de vagueza.

Assim acontece no novo Código Civil brasileiro, sobre o qual seu Relator no Senado Federal, Senador Josaphat Marinho, já nas primeiras linhas do Parecer pela aprovação assinalava: *(...) o Projeto de Código Civil em elaboração no ocaso de um para o nascer de outro século, deve traduzir-se em* ***fórmulas genéricas e flexíveis****, em condições de resistir ao embate de novas idéias"*[97].

Do mesmo modo, ao encaminhar o Anteprojeto à apreciação governamental, em 1975, sublinhava Miguel Reale a necessidade de a codificação do direito privado, nos dias atuais, apresentar-se metodologicamente, mediante modelos abertos, expressos mediante uma *"estrutura normativa concreta (...), destituída de qualquer apego a meros valores formais abstratos"*, o que seria alcançado se plasmadas, no Código, *"soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com freqüente apelo a* ***conceitos integradores da compreensão ética****, tais como os de boa-fé, eqüidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações, etc."*[98].

Por igual, outros integrantes da aludida Comissão, nomeadamente, José Carlos Moreira Alves e Clóvis do Couto e Silva, verberaram, em trabalhos acerca da proposta da nova lei civil, o caráter estruturalmente inovador de certas normas. Assim, Couto e Silva expressamente se manifestou:

> *"O pensamento que norteou a Comissão que elaborou o projeto do Código Civil brasileiro foi o de realizar um Código central, no sentido que lhe deu Arthur Steinwenter, sem a pretensão de nele incluir a totalidade das leis em vigor no País (...). O Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra, e nela se contém "cláusulas gerais", um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o* corpus juris *vigente com novos princípios e normas".*[99]

---

[96] Nesse sentido a observação de Sérgio José Porto *in* **A Responsabilidade Civil por Difamação no Direito Inglês**, Ed. Sergio Fabris, Porto Alegre, 1995, p. 15.

[97] Parecer Final ao Projeto do Código Civil, in **O Projeto de Código Civil no Senado Federal**, Vol. I, cit., p. 302.

[98] Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil", 1975, *in* **O Projeto de Código Civil - Situação atual e seus problemas fundamentais, cit.**, p. 84, grifos meus. No mesmo trabalho, averbou ainda conter o Código projetado preceitos *"que, à primeira vista, podem parecer de mero valor ético, mas que, tendo como destinatário primordial o juiz, consubstanciam exigências de eqüidade, de amparo aos economicamente mais fracos, ou de preservação às forças criadoras do trabalho"*.

[99] COUTO E SILVA, Clóvis, *"O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro" in* Revista Ajuris no 40, Porto Alegre, 1987, p. 128. O texto reproduzido está às páginas 148 e 149.

José Carlos Moreira Alves, por sua vez, há mais de uma década, alertava para o fato de a inserção das cláusulas gerais promover a mudança da concepção filosófica do novo Código por meio de alterações formalmente diminutas, exemplificando com a concepção de propriedade, de tal maneira que, "*com dois artigos apenas passou-se da propriedade individualista para a propriedade com função social*"[100].

Sendo este o pensamento dos autores do Anteprojeto, bem como o do Relator do Projeto no Senado, nada mais natural que o texto venha a público pleno de cláusulas gerais. Estas situam o novo Código no plano da concretude, que constitui uma das dimensões da diretriz da operabilidade que norteou a sua redação.

A concretitude, ou concreção jurídica, significa "*a correspondência adequada dos fatos às normas segundo o valor que se quer realizar*"[101]. Em outras palavras constitui "*a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado*"[102]. É dimensão da operabilidade porque, viabilizando a "*ética da situação*"[103] pela concreção dos modelos abertos, logra-se a constante alteração do significado e do conteúdo de uma disposição codificada sem alterar a sua letra, evitando, assim, os males da inflação legislativa e da rigidez que, marcando o modelo dos Códigos oitocentistas, ensejaram o seu distanciamento do "direito vivente".

Sabemos não ser uniforme o tecido das relações sociais, não se apresentando a sociedade como uma harmônica sinfonia de vozes promanadas por um abstrato sujeito de direito: hoje, à metáfora da sinfonia, substitui-se a da polifonia, por vezes mesmo a da cacofonia. Se na Codificação oitocentista a ficção da igualdade era o suporte ideológico dos próprios atributos das regras codificadas, quais sejam, a sua generalidade e abstração — a

---

[100] OREIRA ALVES, José Carlos, **A Parte Geral do Projeto do Código Civil Brasileiro,** cit., p. 27

[101] Assim REALE, Miguel, **O Projeto de Código Civil – Situação atual e seus problemas fundamentais,** cit., p. 9.

[102] Idem, p. 13.

[103] REALE, Miguel, **O Projeto do Novo Código Civil – situação após a aprovação pelo Senado Federal,** São Paulo, Saraiva, 2000, p. 42.

primeira designando "*o caráter anônimo dos destinatários*", a segunda "*o caráter hipotético da ação disciplinada*"[104], hoje em dia esta ficção não mais remanesce nas normas agora codificadas, polarizadas que estão pela diretriz da concretude, à "ética da situação".

Esta expressão rica em significados indica, primariamente, que a noção de sujeito de direito deve ser percebida em sua essencial pluralidade, englobando tanto o rico quanto o pobre, o empresário e o desempregado, a grande corporação econômica e os menores de rua, o contratante forte e o contratante débil, o latifundiário e o sem-terra, o consumidor e o fornecedor, enfim, o ser humano e(m) suas circunstâncias, sempre urgentes e concretas. Deve-se considerar, ainda mais, que um mesmo sujeito pode desempenhar e desempenha, concomitantemente, vários **papéis sociais.** Por isso o apelo, tantas vezes feito na nova Lei Civil, aos "usos do lugar" às "circunstâncias do caso", à "natureza da situação"[105], para permitir ao aplicador do Direito descer do plano das abstrações ao terreno por vezes áspero do concreto.

Os modelos abertos não estão uniformemente dispersos no novo Texto, e nem poderiam estar, pois é da natureza do Direito Civil conter campos que requerem maior ou menor ductilidade. A Parte Geral, destinando-se a "*fixar os parâmetros de todo o sistema*" — como afirmou José Carlos Moreira Alves — vem marcada pelo propósito "*de máximo rigor conceitual*"[106]. Abriga, mesmo assim, ponderável número de normas abertas ou semanticamente vagas, inclusive fazendo remissão a princípios ou direcionando o juiz à pesquisa de elementos culturais, econômicos e sociais, sendo aí potencialmente forte o impacto do **princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.**

Ainda assim, e no que concerne especialmente ao Direitos de Personalidade, tratados na Parte Geral, penso que o novo Código poderia ainda ter avançado nesta matéria, talvez pelo emprego de uma cláusula geral do Direito de Personalidade, a exemplo do que procedeu relativamente a um dos seus aspectos, qual seja, o direito ao resguardo da vida privada. Criaria assim, mais diretamente, uma ponte entre o princípio constitucional da dignidade da pessoa e os direitos constitucionais sociais, também atinentes à múltipla dimensão da personalidade, sendo indiscutível que a atual ênfase numa esfera de valores existenciais da pessoa deve-se, entre outros fatores, à compreensão do papel desempenhado pelos princípios constitucionais no Direito Civil. Estes, para além de constituírem normas jurídicas atuantes nas relações de Direito Público, têm incidência especial em todo o ordenamento e, nesta perspectiva, também no Direito Civil, disciplina das relações jurídicas travadas entre os

---

[104] As expressões em itálico são de IRTI, Natalino, **Diritto Civile e Società Política,** cit., p. 25.
[105] *V.g,* os artigos 111, 113, 128, 326, 427, 429, 569, 596, 597, 615, 695, 699, 700, 724 etc.
[106] MOREIRA ALVES, José Carlos, **A Parte Geral do Projeto do Código Civil Brasileiro,** cit., p. 7.

particulares entre si[107]. Todavia, pelo viés da tutela dos danos à pessoa, como examinarei em seguida[108], esta ligação resta marcada, viabilizando alargado campo de tutela, inclusive preventiva.

Esta tutela preventiva não resta, porém, suficientemente clara no que diz com a indevida utilização da imagem (art. 20), objeto de proteção indenizatória. É certo que, para além da tutela indenizatória, uma tutela preventiva da imagem é absolutamente necessária num tempo em que a indústria do *marketing* conduz à derisão os valores do pudor pessoal e da intimidade, em que o totalitarismo das empresas de comunicação tudo transforma em matéria de sua ganância. Assim, uma cláusula geral de proteção à imagem, juntamente com a norma dos arts. 12 e 21, antes aludidas, e outra relativa ao Direito Geral da Personalidade, certamente ensejariam maior facilidade no trânsito, às relações civis, dos valores constitucionais fundamentais[109], notadamente os que têm por objeto a tutela do que Miguel Reale, desde aos anos 40, tem denominado de "valor-fonte" do ordenamento — a pessoa humana — considerada em sua própria fundamental dignidade[110], alcançando mais facilmente o desenvolvimento jurisprudencial de novas hipóteses.

Contudo, mesmo não explicitando o Código esta previsão, é possível chegar, por via jurisprudencial, à construção de um de um "Direito Geral da Personalidade" que não se esgota no reconhecimento dos tradicionais atributos, tais como a honra, o nome, a imagem, a intimidade e a vida privada, mas que tem alargada possibilidade de contínua expansão. É que aqui, o "progresso" do Direito, para reconhecer continuamente 'novos direitos de

---

[107]Como referência a esta a questão, consulte-se Pietro PERLINGIERI, **Il Diritto Civile nella legalità costituzionale**", Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1991, Joaquin ARCE Y FLORES-VALDEZ, **El Derecho Civil Constitucional**, Madrid, Civitas, 1986; Konrad HESSE, **Derecho Constitucional y Derecho Privado**, Madrid, Civitas, 1985. Na literatura brasileira, Maria Celina BODIN DE MORAES, *"A caminho do Direito Civil-Constitucional"*, Revista Direito, Estado e Sociedade, PUC, Rio de Janeiro, 1991, p. 59, Teresa NEGREIROS, **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, Luis Afonso HECK, *"Direitos Fundamentais e sua influência no Direito Civil"*, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS , vol. 16, Porto Alegre, 1999, p.111 e Luiz Edson FACHIN, **Teoria Crítica do Direito Civil**, cit.

[108] Vide item b. 2 - um caso exemplar de "abertura e mobilidade"do sistema: os danos à pessoa.

[109] A Constituição Brasileira insere, no inciso III do art. 1°, a dignidade da pessoa humana entre os valores fundamentais da República, tratando, no art. 5°, dos direitos fundamentais individuais, entre os quais estão a proteção da vida, da saúde, da honra, da imagem, da vida privada e da intimidade das pessoas.

[110] Como anotei em outro ensaio – *"Direito e Cultura – Entre as Veredas da Existência e da História "*- o valor da pessoa humana como "valor fonte de todos os valores" ou "valor fonte do ordenamento" tem sido objeto da atenção de REALE desde os seus primeiros escritos filosóficos, ainda na década de 40, sendo versado já em **Fundamentos do Direito** (primeira edição, 1940, terceira edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998). Porém, é em **Pluralismo e Liberdade** (Rio de Janeiro, Expressão e Cultura, 1998 (2ª edição, 1ª edição 1963) que assentará com todas as letras que o "problema central da axiologia jurídica, vista em função da experiência histórica, é o relativo ao valor da pessoa humana", ali produzindo, notadamente no Capítulo V, notáveis ensaios.

personalidade", é tarefa que resulta da concreção, no campo das relações interprivadas, do já aludido princípio constitucional da dignidade da pessoa humana por intermédio de sua ligação intersistemática com os demais princípios e regras do Código, competindo, pois, à jurisprudência, construir a sua dogmática, com bases nestes fundamentos axiológicos e normativos, e de acordo às necessidades práticas que se apresentarão no decurso do tempo.

Como exemplo da possibilidade de reconstrução sistemática ensejada pelo novo Código tomo o caso dos danos à pessoa, espécie do gênero danos extrapatrimoniais, pois aí é nítida a conexão intersistemática (entre diversos sistemas ou subsistemas integrantes de um mesmo ordenamento) e intrassistemática (entre normas integrantes de um mesmo sistema, ou subsistema).

b.2) Um caso exemplar de "abertura e mobilidade"do sistema: os danos à pessoa.

O modelo paradigmático de ligação intersistemática é o que ocorre entre a Constituição e o Código Civil, avultando aí em importância especial para o Direito Privado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Vazado em termos amplíssimo e incidente em todo o ordenamento, espraiando-se por todos os "ramos' do Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser densificado, tornando-se concreto e operativo em particulares domínios de casos. O campo dos **danos à pessoa** é exemplar, pela excelência do tratamento dado pelo novo Código ao instituto da responsabilidade civil. Conectando-se este instituto ao princípio constitucional às cláusulas gerais e regras objeto do novo Código, e ainda operando-se a ligação com instrumentos de índole processual, poderá ser viabilizada a permanente e crescente **reconstrução** do modelo jurídico[111] da responsabilidade civil por danos à pessoa, ou danos aos direitos de personalidade.

Para tanto, é necessário estabelecer conexão entre as normas do art. 5°, incisos V e X constitucional, as cláusulas gerais dos arts.12, 21, 187 e as regras dos arts 927 e seu parágrafo único e 944 do novo Código Civil e ainda, se for o caso, das regras dos artigos 287, 644 e 645

[111] Acerca da acepção pela qual tomo a expressão "modelo jurídico", REALE, Miguel, **Fontes e Modelos...**, cit., meu ensaio acerca da *"Boa-Fé como Modelo"*, in **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil**, MARTINS-COSTA, J. e BRANCO, G., no prelo.

do Código de Processo Civil[112] ou, havendo relação de consumo, do art. 84, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

Como já se viu, consoante o art. 12, pode-se "*exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos sem prejuízo de outras sanções previstas em lei*[113]", sendo de observar que no suporte fático desta norma está não apenas o dano já consumado, mas também a ameaça de dano a direito da personalidade, o que introduz, no instituto da responsabilidade civil, um nítido caráter preventivo. Isto porque, para impedir o dano, a continuidade dos seus efeitos ou mesmo a sua mera possibilidade, a norma oferece, diante da ameaça, tanto a solução *ex post*, qual seja, o pagamento de perdas e danos, como recursos de ordem preventiva, tais como, por exemplo, a imposição de obrigação de não-fazer ao autor da ameaça, podendo o determinar, se descumprida a obrigação, o pagamento de *astreintes*.

Se o atentado for a um específico direito de personalidade, qual seja, a vida privada, é chamada a operar a cláusula geral do art. 21. Aqui também se está a indicar que o juiz tem o dever de determinar a providência que, à vista das circunstâncias, entenda mais adequada à otimização do conteúdo da norma protetiva, desde que a busque no quadro das soluções técnicas oferecidas pelo ordenamento.

Por evidente, estas cláusulas gerais, constitucionais e civis, de proteção à pessoa estão ligadas ao novo regime dos atos ilícitos, seja ao disposto no art. 186 — cláusula geral de responsabilidade, patrimonial ou extrapatrimonial, por culpa — seja à cláusula geral de ilicitude do art. 187, que é, como antes assinalei, de índole objetiva, pois não requer ato culposo para situar no plano da ilicitude o ato praticado abusivamente, ou desviado de seu fim econômico ou social, ou excedente dos limites traçados pela boa-fé e pelos bons costumes[114].

---

[112] Como alerta Araken de ASSIS em comentário ao art. 644 do CPC, hoje em dia, "*desaparecido o rito especial da vetusta ação cominatória, há nova sistemática na aplicação do preceito (ordem, monitório, mandado). A pressão psicológica sobre o devedor, derivada da astreinte, doravante ocorre após o provimento judicial (sentença ou decisão liminar, ex vi do art. 461, § 3°.) e o esgotamento do prazo de cumprimento assinado na forma do art. 632*". Muito embora a aplicação da pena deva constar do pedido (art. 287), "*ao juiz se mostrará lícito, no caso de omissão, impor multa* **independentemente do pedido** *(art. 461, § 4°)*". Em suma, "*a cominação passou à órbita dos poderes do juiz, que não se vincula, neste assunto, à iniciativa da parte*". (**Comentários ao Código de Processo Civil, vol IV, arts. 566 a 645**, Rio de Janeiro, Forense, 1ª edição, 4ª tiragem, 2001, p. 424).

[113] Grifos meus.

[114] Art. 187: "*Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico-social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*".

Maior será o alcance se o princípio constitucional e ambas cláusulas gerais acima indicadas forem ligadas às normas que defluem do art. 927, que estabelece a obrigação de indenizar o dano causado por ato ilícito.

No seu parágrafo único, o Código institui espécie de **cláusula geral de responsabilidade objetiva** , ao determinar o nascimento do dever de indenizar, independentemente de culpa, não apenas nos casos especificados em lei, mas também *"quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem"*. No substrato desta norma está a noção de **estrutura social,** tão cara à Miguel Reale, entendendo-se por esta noção *"um todo de valorações, determinado pela polarização de uma valoração-matriz"*, incompreensível *"em termos de mera causalidade, ou de puras relações formais"*[115].

Assim é que, transposta ao plano da dogmática da responsabilidade civil, esta noção permite afirmar: *"Se aquele que atua na vida jurídica desencadeia uma estrutura social que, por sua própria natureza, é capaz de por em riscos os interesses e os direitos alheios, a sua responsabilidade passa a ser objetiva e não mais apenas subjetiva"*[116]. Em outras palavras, é a noção metajurídica de "atividade normalmente exercida pelo autor do dano, que implique risco", a ser necessariamente concretizada pelo intérprete, que definirá qual o regime aplicável à responsabilidade, constituindo esta norma ao meu ver, a projeção, neste domínio, da diretriz da solidariedade social.

Por evidente, e no que toca à indenização, as normas do art. 927 e seu parágrafo devem ser ainda conjugadas com a do art. 944, segundo o qual a indenização mede-se pela extensão do dano, cabendo ao juiz, no caso de desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, reduzir *"eqüitativamente"* a indenização: trata-se aí da concreção, no campo da responsabilidade civil, do princípio da proporcionalidade que domina o ordenamento jurídico em sua integralidade, apresentando-se mais propriamente como **dever de proporcionalidade**[117].

---

[115] REALE, Miguel, **O Direito como Experiência,** cit., p. 156.

[116] REALE, Miguel, **O Projeto de Código Civil - Situação Atual e seus Problemas Fundamentais,** cit., p. 10.

[117] Veja-se, a propósito, o excelente estudo de AVILA, Humberto Bergmann, *A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade,* Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, 1, 1999, Porto Alegre, Síntese, 1999, p. 27, no qual explica: "O *dever de proporcionalidade não é um princípio ou uma norma-princípio (...).* Este, na verdade, *"estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não-excessivo. (...)* Por isto, *"consiste num postulado normativo-aplicativo", "consiste numa condição normativa, isto é, instituída pelo próprio Direito para a sua devida aplicação".* (pp. 46 a 49, grifos do autor).

Por esta razão estou convencida de que o Poder Judiciário, utilizando responsavelmente[118] as cláusulas gerais dos artigos 186 e 187 poderá promover alargada construção do direito dos danos, cujas conseqüências estão previstas na Parte Especial (art.389 e seguintes, art.402 e seguintes, art. 927 a 954). Poderá, ainda, se combinar adequadamente estas previsões abertas com outras contidas na Parte Geral (*v.g.*, a da tutela à vida privada) ou em outras leis (por exemplo, o Código de Processo Civil, ao prever formas de tutela inibitória), proceder ao progresso do Direito à vista de situações ainda não previstas pelo legislador, sem a necessidade de recorrer à pontual intervenção do legislador, amenizando, assim, os males da inflação legislativa.

Já por este exemplo fácil é perceber no que consiste a "abertura e a mobilidade" de um sistema que é e deve ser complexo, e não aplasmador, simplificante, justamente porque tem que levar em conta o ser humano concreto, o dano concreto, as circunstâncias concretas em que opera ou pode operar o prejuízo ou a ameaça de prejuízo, tudo permeado pelo valor fundamental da tutela à pessoa. Percebe-se, então, a razão pela qual o conceito de estrutura que está na base do aludido parágrafo único do art. 927 "*é inseparável de sua compreensão axiológica, isto é, do elemento* ***significativo ou compreensivo*** (...)"[119] que está na raiz do procedimento hermenêutico.

Outro exemplo da incidência, ao novo Código, de disposições principiológicas constitucionais está na proteção ao nascituro: na Parte Geral (arts. 1° a 232), entre as disposições gerais aplicáveis às pessoas, aos valores essenciais da personalidade humana, do regramento das pessoas jurídicas, dos bens e dos fatos jurídicos, encontramos a regra relativa à personalização civil, iniciada do nascimento com vida, protegendo-se os direitos do nascituro desde a concepção[120]. Para interpretá-la numa perspectiva não patrimonialista, mas garantidora da perspectiva existencial da vida humana, bastará vincular a esta regra o *caput* do art. 5° da Constituição, que protege o **direito à vida,** alcançando-se, assim, a proteção extrapatrimonial ao nascituro, não mais limitando-se, pois, esta tutela, aos aspectos exclusivamente patrimoniais, consoante já acenou pioneira jurisprudência do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul[121].

---

[118] Acerca da utilização, pelo Judiciário, das cláusulas gerais, seus limites e responsabilidades, veja-se AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado, "*O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidades*" , Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 18, Porto Alegre, 2000, p.221.

[119] REALE, Miguel, **O Direito como Experiência,** cit., p. 157, grifos do autor.

[120] Art. 2° "*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*".

[121] Ap. Civ. n° 195080585, 5ª C. Civ., 26.10.95, Rel. Des. Rui PORTANOVA, in RTARGS 97/298.

A "abertura e mobilidade"do sistema caracteriza-se, pois, pela conjugação que o Código viabiliza entre cláusulas gerais e regras específicas, ocorrendo setores, como, exemplificativamente, o Direito da Empresa, em que ocorre uma normativa genérica, assecuratória de uma certa unidade conceitual e valorativa, a ser completada, contudo, por leis aditivas, especificantes, em matérias sujeitas ao mais intenso dinamismo econômico-social, de determinados regulamentos particulares.

É nos Livros concernentes ao Direito de Família, ao Direito das Obrigações e aos Direitos Reais que encontraremos, em paralelo às normas marcadas pela estrita casuística, a maior parte das cláusulas gerais, as quais todavia permeiam, ainda que mais escassamente, os demais Livros. O seu exame proporcionará uma visão do conteúdo do novo Código e de suas diretrizes fundamentais.

II) O CONTEÚDO DO NOVO CÓDIGO EM SUAS DIRETRIZES FUNDAMENTAIS

Consoante adverte Miguel Reale, a afirmação corrente de que uma lei não deve ser interpretada segundo a sua letra mas consoante o seu espírito leva a considerar o conjunto de diretrizes que norteou a obra codificadora "*constituindo o seu travamento lógico e técnico, bem como a base de sua fundamentação ética*"[122]. Arrola, assim, quatro diretrizes, a saber: a da sistematicidade, a da operabilidade,a da eticidade e a da socialidade. Já examinadas, na apresentação da estrutura e do sistema, as duas primeiras, analisarei as diretrizes da eticidade (A) e da socialidade (B) que poderão dar uma ampla visão do conteúdo do novel Código Civil.

Ambas, eticidade e socialidade, constituem perspectivas reversamente conexas, pois as regras dotadas de alto conteúdo social são fundamentalmente éticas, assim como as normas éticas têm afinidade com a socialidade. A distinção ora procedida, de cunho meramente pedagógico, não faz mais do que **assinalar ênfases**, ora pendendo para o fundamento axiológico das normas, ora inclinando-se às suas características numa sociedade que tenta ultrapassar o individualismo, não significando, de modo algum, que uma regra ética não se ponha, também, na dimensão da socialidade, e *vice-versa*.

---

[122] REALE, Miguel, **O Projeto de Código Civil – Situação atual e seus problemas fundamentais**, cit., p. 3.

A) A ETICIDADE COMO FUNDAMENTO DAS NORMAS CIVIS.

As regras jurídicas jamais são um "dado", antes constituindo um "construído" por realizarem-se sempre na História, consubstanciando, assim, uma das privilegiadas dimensões da cultura. Se esta afirmação é correta para o Direito em sua integralidade, sua adequação ressalta particularmente no Direito Civil, que é o Direito das pessoas que vivem na *cive*, traçando as regras aplicáveis às pessoas enquanto pessoas, dos *"homens enquanto homens"*[123] os quais relacionam-se, no entanto, em necessária comunidade. Bem por isso hoje o Direito Privado reapresenta-se como *"direito sim dos particulares, mas dos particulares* uti cives*; direito dos particulares como portadores da sua própria singularidade, mas também da necessidade de comunicá-la aos outros; da necessidade de isolar-se (que é algo a ser respeitado) mas também de associar-se; da necessidade de defender a própria personalidade, mas também de desenvolvê-la na comunidade que a enriquece e não a comprime"*, como afirmou, magnificamente, Giorgio Oppo[124]. Direito dos particulares, do que é, pois de interesse particular na tríplice dimensão do **ser** (direitos da personalidade, direito pessoal de família) do **ter** (direito de propriedade) e do **agir** (direito das obrigações, dos contratos e da empresa), mas que nem por isso se contrapõe ao que é interesse público, pois direito dos particulares que vivem na ordem civil.

O conteúdo do Direito Privado, bem por isto, está muito proximamente ligado ao valor que historicamente é dado à pessoa e às suas relações com os demais bens da vida, patrimoniais ou existenciais, com as esferas do ser, do ter e do agir. Se o mais relevante for a relação entre a pessoa e os bens patrimoniais, economicamente avaliáveis, crescem em importância as regras jurídicas atinentes à tutela do patrimônio. As normas do Direito Privado restam aí reduzidas a meios de tutela dos bens patrimoniais, obscurecendo-se a civilidade, dimensão social da existência, e a própria dimensão social do "ser civil" no individualismo egoísta.

Contudo, se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa — isto é, a pessoa em sua irredutível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isto mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente — passa o Direito a construir princípios e regras que visam tutelar essa dimensão existencial, na qual, mais do que tudo, ressalta a dimensão ética das normas jurídicas. Então o Direito Civil reassume

---

[123] Assim a proposição de HOBBES em **De Cive (Do Cidadão).** Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo, Martins Fontes, p.10.

[124] OPPO, Giorgio, *"Diritto Privato e Interessi Pubblici"*, in Rivista di Diritto Civile, 1994, 1, p.26, traduzi.

a sua direção etimológica e, do direito dos indivíduos, passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade.

Ora, sendo o Coordenador da Comissão Elaboradora do Projeto um filósofo e humanista do porte de Miguel Reale, é natural que o seu texto encontre-se permeado por regras nas quais é funda a exigência de eticidade que deve pautar as relações extrapatrimoniais e patrimoniais entre as pessoas, portadoras que são da especial dignidade que, agora, a própria Constituição Federal lhes reconhece. Por isso, afirma Reale, o novo Código, diferentemente do Código de 1916, "*muito avaro ao referir-se à equidade, à boa-fé, à probidade*", é, "*ao contrário, pródigo em inserir, nos mais diversos aspectos das relações civis, a exigência da eticidade nas condutas, como um verdadeiro dever jurídico positivo.*"[125]

Em vários artigos pode-se observar, como uma das mais salientes características do novo Texto Civil, a valorização dos pressupostos éticos na ação dos sujeitos de direito, seja como conseqüência da **proteção da confiança** que deve existir como condição *sine qua non* da vida civil, seja como **mandamento de eqüidade,** seja, ainda, como **dever de proporcionalidade**.

O princípio da confiança vem especificado, no interior das relações que nascem do tráfego jurídico, notadamente (mas não exclusivamente) o tráfego negocial, pelos correlatos e conexos princípios da lealdade e da boa-fé objetiva, ambos constituindo a dupla face da confiança. Estes princípios têm a característica de constituir normas de conduta que impõem a quantos entram em contacto social relevante juridicamente deveres de conduta, entre os quais os de informação e os de proteção aos legítimos interesses do *alter*.

A correlação entre a lealdade e a boa-fé está em que esta última, na acepção objetiva, caracteriza arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade, qualificando, por isto, uma norma de comportamento leal[126]. A boa-fé objetiva vem posta como princípio cardeal do moderno Direito das Obrigações, sejam estas civis ou comerciais, como emanação da confiança que deve presidir o tráfico jurídico, entendendo Mário Júlio de Almeida Costa que

> "*As exigências pragmáticas do tráfico jurídico e uma legítima aspiração a um direito objectivamente justo postulam que não se atenda apenas à intenção ou vontade do declarante, mas também à sua conduta e à confiança do destinatário*"[127].

Para além de designar, em sua acepção objetiva, uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela colaboração

---

[125] REALE, Miguel, **O Projeto de Código Civil – Situação atual e seus problemas fundamentais,** cit., p.8.

[126] Assim o nosso **Da Boa-Fé no Direito Privado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 411.

[127] ALMEIDA COSTA, Mario Júlio **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato,** Coimbra, Coimbra Ed., 1984, p 48, grifei.

intersubjetiva no tráfico negocial, pela consideração dos interesses da contraparte, o princípio da boa-fé indica, outrossim, um critério de interpretação dos negócios jurídicos e uma norma impositiva de limites ao exercício de direitos subjetivos, em certas hipóteses. Como emanação da confiança no domínio das obrigações, a grande relevância dos deveres que decorrem da lealdade e da boa-fé objetiva está em que, como norma de conduta, operam defensiva e ativamente[128], isto é, impedindo o exercício de pretensões e criando deveres específicos[129] que decorrem do **dever geral de colaboração** que domina todo o Direito das Obrigações.

O novo Código, pródigo nas referências ao princípio, seja nas sua acepção objetiva, como regra de conduta, seja na versão subjetiva, designativa de uma crença na aparência de ilicitude ou da convicção de não se estar a lesar direito alheio, engloba uma verdadeira exigência de comportamento correto, probo e leal na vida de relações sociais. Nesse sentido os já aludidos arts. 113, impositivo do *standard* da boa-fé na interpretação dos negócios jurídicos, 128, elusivo da eficácia de condição resolutiva sobre atos já praticados, em negócios de execução continuada ou periódica, se conformes estes à boa-fé objetiva, e 187, atributivo de ilicitude ao ato se exercitado o direito em desconformidade à conduta segundo a boa-fé.

Não aí se esgotam, contudo, as referências à boa-fé: é no campo do Direito Obrigacional que encontraremos as mais vigorosas referências a esta norma impositiva de conduta leal, geradora de um **dever geral de correção** que domina o tráfego negocial.

Desde logo, a boa-fé vem posta como princípio fundamental e cláusula geral dos contratos (art. 422), seja na fase de sua conclusão (abrangendo, por óbvio, a fase das tratativas, pois se deve considerar a noção da obrigação como um processo[130]), seja na sua execução. Nas relações contratuais, o que se exige é uma atitude positiva de cooperação, e, assim sendo, o princípio é a fonte normativa de deveres de comportamento pautado por um específico *standard* ou arquétipo, qual seja a conduta segundo a boa-fé que reveste todo o *iter* contratual.

Assim, conquanto não esteja expresso na *littera* do Código o dever de ser observada a conduta segundo a boa-fé também na fase das tratativas negociais, e, quando for o caso, no período pós-contratual, há de ser compreendida a sua extensão também a esses períodos, em razão da própria natureza de cláusula geral que reveste o art. 422 e ao cunho eminentemente prospectivo que está no cerne desta técnica legislativa.

---

[128] COUTO E SILVA, Clóvis, *"O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português"*, in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, São Paulo, 1986, p. 55.

[129] No mesmo sentido, o meu **A Boa-Fé no Direito Privado,** cit., pp. 427 e ss.

[130] A idéia da obrigação como um processo que liga os seus partícipes e se dirige à sua finalidade, que é o adimplemento, atravessando as fases das tratativas, quando existentes, da conclusão (formação contratual), desenvolvimento e adimplemento, podendo projetar-se inclusive para o período pós-contratual, foi desenvolvida por um dos codificadores, Clóvis do COUTO E SILVA, encontrando-se expressa na própria estrutura do Direito Obrigacional no Projeto. (Vide do autor **A Obrigação como Processo,** São Paulo, José Bushatsky , 1976)

Constituindo cláusula geral, o art. 422 também acolhe, em outro exemplo, o princípio que veda *venire contra factum proprium*. Este incide, por certo, na fase da execução contratual, e também no âmbito do contrato preliminar, que passa agora a ser regulado no próprio Código (arts. 462 a 466), mas que adquire particular relevância no período pré-contratual, no qual se desenvolvem as chamadas "negociações preliminares". Os variados contratos que disciplinam, sempre mais freqüentemente, vastos projetos nas áreas financeira, comercial ou industrial, têm necessidade, pela complexidade que lhes é ínsita, de longas atividades preparatórias, tendo a praxe negocial, ainda antes da elaboração teórica, criado um "sistema de contratação" que retoma, atualizando-os, os antigos conceitos de minuta e punctação, inserindo-os na chamada formação progressiva do acordo. As *letters of intent*, os *heads of agreement*, as *instructions to proceed*, os "acordos de base", os memorandos de entendimento e todas as restantes declarações de intenção de contratar — práticas que não apresentam descrição homogênea e são, por vezes, de difícil qualificação jurídica — constituem os produtos desta realidade, atestando a importância que tem crescentemente revestido a fase antecedente do contrato.

Ora, nesta fase em que estão as partes ainda não formalmente vinculadas a obrigações propriamente contratuais, o princípio que veda *"venire contra factum proprium*[131] " se apresenta com particular relevância porque, traduz justamente o princípio geral que tem como injurídico o aproveitamento de situações prejudiciais ao *alter* para a caracterização das quais tenha agido, positiva ou negativamente, o titular do direito ou faculdade[132].

Em modo genérico se pode afirmar que recai na proibição do *venire* quem, tendo estabelecido determinados critérios, ou agido segundo determinada direção, modifica de critério, ou altera a direção seguida, em prejuízo alheio. Indica a expressão *venire contra*

---

[131] Veja-se, a propósito, BORDA, Alejandro, "La Teoria de los Actos Proprios", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª edição atualizada e ampliada, 2000, p. 13

[132] Assim o meu **Da Boa-fé no Direito Privado**, cit., p. 462.

factum proprium, por igual, um freio erguido à pretensão de quem reclama algo em aberta contradição com o que havia anteriormente aceitado, como explica Moisset de Espanés[133], podendo ainda ser caracterizada por uma omissão, quando tinha o agente, para manter comportamento coerente com sua ação anterior, o dever de agir. Entre tantos exemplos que aqui poderiam ser indicados está a omissão em adotar providências tendentes a garantir o adequado adimplemento do pactuado, ou do combinado na fase pré-contratual ou, ainda, a omissão de informar ao parceiro contratual, ou pré-contratual, acerca de certo requisito de forma, para, após, requerer, por este motivo, a resolução ou nulidade do pactuado, ou assim justificar o seu recesso das tratativas negociais. Abarca ainda o *venire* casos nos quais verifica-se a omissão, por parte de um parceiro contratual ou pré-contratual, em informar adequadamente a contraparte acerca de pontos que seriam essências à perfeita formação do consentimento, para vir o autor do ato[134] posteriormente, buscar esquivar-se à realização do combinado, "justificando" o eventual pedido anulatório, ou resolutório, ou a sua retirada das negociações, justamente pela ausência de providências que teriam sido adotadas pela contraparte, se devidamente informada.

Está a boa-fé, seja em sua feição subjetiva, seja objetiva, ainda prevista em expressivas referências tópicas na disciplina das espécies contratuais (*v.g*, o art. 518, *a contrario*, em matéria de preempção, na compra e venda; art. 523, na venda com reserva de domínio; arts. 686 e 689, no contrato de mandato), sendo ainda expressamente aludida em matéria de atos unilaterais, como a promessa de recmpensa (art. 856, § único) e no que diz com as regras relativas ao pagamento (arts. 879 e § único).

A boa-fé também está aludida nos arts. 765, 766, *a contrario*, concernentes ao seguro. Neste campo a boa-fé é verdadeiramente multidimensional, pois atua subjetivamente, como "crença", impõe o dever de veracidade às partes, como decorrência da lealdade, e o dever de consideração, pelo segurado, aos interesses da contraparte, no art. 768, vedando-lhe a prática de atos que agravem intencionalmente o risco objeto do contrato. Porém, as normas dos arts 769, §§ 1° e 2°, e do art. 770, segunda parte, constituem um evidente retrocesso no que diz com a proteção que vem sendo, legal e jurisdicionalmente, conferida ao segurado, implicando verdadeiramente numa contradição com os deveres que decorrem da cláusula geral do art. 422. Por esta razão, entendo devam aqui prevalecer as regras do Código de Defesa do Consumidor, inclusive por força da proteção constitucional que é assegurada ao segurado-consumidor e da regra de reenvio constante do art. 777, evitando-se assim, por força de interpretação intra e intersistemática, a injusta conseqüência resolutória, prevista nas citadas regras.

---

[133] MOISSET DE ESPANÉS, Luis, **La Teoria de los Propios Actos y la Doctrina y la Jurisprudencia Nacionales**, *apud* BORDA, *op. cit.*, *p.* 26.

[134] Isto é, do pedido anulatório, ou resolutório, ou ainda do ato de retirada das tratativas negociais.

O princípio da confiança também domina o Direito de Empresa, impondo aos administradores deveres de tutela e de consideração aos legítimos interesses dos sócios e da sociedade. É preciso considerar que o termo "empresa" significa, no Código recém aprovado, atividade econômica organizada no sentido da produção e da circulação da riqueza, de modo que "*toda vez que o negócio jurídico, disciplinado na parte do Direito das Obrigações, adquire uma estrutura própria adequada à realização do fato econômico, surge a empresa*"[135]. Assim, incidem à atividade empresarial os princípios que regem o Direito das Obrigações em sua integralidade.

Esses deveres de tutela e consideração manifestam-se de forma escalonada, consoante a natureza do vínculo, explicando Clóvis do Couto e Silva que nos negócios bilaterais — *v.g*, os contratos de intercâmbio — o interesse, conferido a cada participante da relação jurídica (*mea res agitur*) "*encontra a sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos*" (de modo que) "*o princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração*[136] ". Diversa e maior é a intensidade dos deveres decorrentes da boa-fé quando os interesses em jogo não são contrapostos, como acontece nos contratos bilaterais, mas quando verifica-se uma atividade em proveito alheio: nos acordos de gestão, nos negócios fiduciários em geral "*o dever de levar em conta o interesse da outra parte (tua res agitur) é o conteúdo do dever do gestor ou do fiduciário*".

Porém, é nas relações obrigacionais marcadas pela comunhão de escopo, como as relações de sociedade, que a cooperação se manifesta em sua plenitude (*nostra res agitur*). Aqui "*cuida-se de algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa supra-pessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum*"[137].

Observa-se, assim, que os deveres decorrentes da lealdade e da boa-fé, ordenados em graus de intensidade conforme a categoria dos atos jurídicos a que se ligam, encontram a sua máxima intensidade nas relações societárias que, tal como as relações de família, envolvem interesses suprapessoais.

---

[135] REALE, Miguel, **O Projeto de Código Civil - Situação atual e seus problemas fundamentais**, cit., p.48.

[136] COUTO e SILVA, CLÓVIS, **A Obrigação como Processo**, São Paulo, José Bushatsky , 1976, p. 30.

[137] COUTO E SILVA, cit., p. 31, grifamos.

Por esta razão impõe o novo Código expressiva carga de responsabilidade aos administradores e sócios, seja determinando conduta consoante o *standard* da pessoa "*ativa e proba*" (art. 1.011), seja impondo responsabilidade solidária perante a sociedade e aos terceiros prejudicados por culpa no desempenho de suas funções (art. 1.016), seja determinando a não-isenção de responsabilidade do sócio que se retirou, ou foi excluído, ou dos herdeiros de sócio falecido, pelas obrigações sociais, por certo tempo (art. 1.032).

Há de se convir, no entanto, que o Direito da Empresa constitui o setor, no novo Código, em que mais escassas são as cláusulas gerais. É certo que, como já observei, atingem este campo os princípios do Direito Obrigacional como um todo e ainda as normas da Parte Geral, tais quais as do art. 50 (desconsideração da personalidade jurídica) e 187 (ilicitude, por abuso de direito e desvio de finalidade). Porém, considerando-se o estreito legalismo que ainda domina, como marca cultural, boa parte da doutrina e jurisprudência brasileiras, mais oportuno pareceria aqui repetir os preceitos ético-jurídicos tão amplamente postos anteriormente. A exigência de rigor técnico não deveria obstar, nesta matéria, a imposição de modelos que reenviam a idéias éticas e que podem proporcionar o controle, pelo Poder Judiciário, de domínio onde se travam relações econômicas essenciais à comunidade.

É ainda a exigência de eticidade, já aí como mandamento de eqüidade, que está no substrato da regra do art. 396, segundo a qual não havendo omissão imputável ao devedor não incorre este em mora; do art. 413 que atribui ao juiz o dever de reduzir "*eqüitativamente*" a cláusula penal se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, "*tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio*"; e do acolhimento, no art. 478, da doutrina da excessiva onerosidade, de clara inspiração em Emilio Betti: não é équo o locupletamento na relação contratual, que é relação de colaboração[138].

A regra é completada pelo disposto no art. 479, possibilitando evitar a resolução se o réu modificar "*eqüitativamente*" as condições do contrato, e no art. 480, alusivo aos contratos unilaterais, assim entendidos aqueles em que a carga de onerosidade recai apenas sobre uma das partes.

Reflexo da eticidade é também o preceito do art. 317, atinente à excessiva desproporção entre prestação e contraprestação no momento do pagamento, que apanhará inúmeros casos

---

[138] O Projeto tem recebido expressivas críticas, neste ponto, por não ter acolhido a doutrina da base objetiva do negócio, formulada na Alemanha por K. LARENZ, a qual, como é sabido, exige apenas a excessiva desproporção entre prestação e contraprestação, não imputável aos contratantes, e causada por circunstâncias supervenientes que desequilibrem o contrato. Veja-se, neste sentido, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado, "*O Projeto de Código Civil: Obrigações e Contratos*", Revista do Conselho da Justiça federal, cit.

de enriquecimento injustificado, aliás previsto nos artigos 884 a 886. Bem assim é a eqüidade que informa a regra do parágrafo único do art. 738, possibilitando ao juiz reduzir *"eqüitativamente"* a indenização devida por prejuízo sofrido em razão de contrato de transporte, quando a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano. A mesma diretriz fundamenta a norma, já aludida, referente à desconsideração da personalidade jurídica (art. 50): não é équo que alguém se utilize de um instituto jurídico (a personificação jurídica), para fugir de suas responsabilidades.

É também por exigência ética que o casamento é fundado no princípio da "comunhão plena de vida" (art. 1.511). Não seria admissível que um projeto existencial da dimensão do estabelecido pela união conjugal não fosse eticamente pautado pela comunhão de vida, pelo compartilhamento de sucessos e de infortúnios, de esperanças e de realizações e também de mútuos deveres fundados no afeto, no vínculo existencial que une os partícipes da família. A cláusula geral da comunhão plena de vida foi proposta, no Anteprojeto, por Clóvis do Couto e Silva, que assim explica a sua operatividade:

> *"A expressão comunhão de vida constitui-se em "cláusula geral", conceito operativo* ***e representa para o direito de família o mesmo que a boa-fé para o direito em geral e, em particular, para o das obrigações.*** *Os princípios que dele* (SIC) *podem derivar não são determináveis "a priori". (...) Conceito de conteúdo não inteiramente determinado, será objeto de concreção através da atividade jurisdicional, sendo elemento relevante para o raciocínio casuístico, para a solução dos problemas concretos de direito de família. Sua função principal é a de sintetizar e enriquecer os deveres mútuos dos cônjuges, que de modo algum se esgotam na enumeração do Código Civil"*[139].

Bem assim esta norma, com caráter nitidamente prospectivo, tem a virtualidade de gerar, no futuro, *"ao compasso das transformações por que passa a família, novos meios projetivos da comunidade jurídica que surge com o casamento"*[140]. Novos problemas, e novas valorações acerca da comunidade familiar podem, pois, ser continuamente apanhados pela regra, cuja densificação está, também, ao encargo da jurisprudência.

---

[139] COUTO e SILVA, Clóvis, **Princípios para a Reforma do Direito de Família,** cit., p. 159.
[140] Idem, ibidem.

Por outro lado, tenho que a comunhão plena de vida é dominada pelo que Celso Lafer[141], com base nas lições de Hannah Arendt denominou de **princípio da exclusividade**: para a tutela da dignidade humana exige-se, além da luz da esfera pública, *"a proteção das sombras que permitem a transparência dos sentimentos da vida íntima"*[142], a exclusividade regendo aquela especial esfera da vida privada em relação à qual é defesa a interferência alheia, pois é o *locus*, material e espiritual, no qual *"escolhemos aqueles com os quais desejamos passar nossas vidas, amigos pessoais e aqueles que amamos"*, não sendo nossa escolha *"guiada, de fato, por nenhum padrão objetivo ou normas, mas, inexplicável e infalivelmente, afetada pelo impacto de uma pessoa em sua singularidade, sua diferença em relação a todas pessoas que conhecemos"*[143] .

Limite à interferência da esfera pública (no duplo sentido de Poder Público e opinião pública), o princípio da exclusividade mantém na decisão da família a sua intimidade, o seu "modo de ser" particular. É do casal, por exemplo, a decisão quanto ao planejamento familiar (art. 1.565, § 2°) determinando explicitamente o novo Código ser defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, *"interferir na comunhão de vida instituída pela família"* (art. 1.513), o que, evidentemente, não impede a tutela estatal aos filhos quando necessário (arts. 1.584 a 1.589 e art. 1567, § único), pois o princípio da exclusividade incide em tudo o quanto não envolva direitos de terceiros[144]. Em relação aos filhos, os pais, que estão em relação de igualdade (art. 1.511) exercem dever-poder denominado "poder familiar"[145] devendo dirigir a sociedade conjugal *"em colaboração"* e *"sempre no interesse do casal e dos filhos"*(art. 1.567).

A igualdade entre homem e mulher, no casamento, também decorrente de uma nova ética nas relações entre os sexos, reflete-se na modificação no regime de bens — o regime da comunhão parcial, com comunhão de aqüestos (art. 1.640) será o regime normal, extensível aos companheiros, salvo convenção em contrário (art. 1725) — e, no Direito Sucessório, na mudança da regra pela qual o cônjuge supérstite não concorria com descendentes e ascendentes. O art. 1.845 dispõe: *"São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge"*. São herdeiros necessários, portanto, os que se ligam ao falecido por relações de

---

[141] LAFER, Celso, **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo, Companhia das Letras, 1991 1ª reimpressão, pp. 267 e 268.
[142] LAFER, Celso, **A reconstrução dos Direitos Humanos**, cit., p. 267.
[143] ARENDT, Hannah, *apud* LAFER, op. cit., pp. 267 e 268.
[144] LAFER, op. cit., p. 268.
[145] Expressão utilizada em substituição ao antigo "pátrio poder" no Capítulo V, do Livro IV, arts. 1.630 a 1.638.

afeto, mantida, é certo, a regra da relativa liberdade de testar[146].

Regra por todos os motivos criticável, porém, é a do inciso II do art. 1.641, que impõe aos maiores de 60 anos o regime da separação de bens no casamento. Como já demonstrou em paradigmática decisão o Tribunal de Justiça de São Paulo[147], é claramente atentatória à dignidade da pessoa considerar que o fato da idade – hoje em dia, não provecta — de 60 anos, retira da pessoa o poder de autodeterminação, impedindo-lhe o exercício da autonomia privada em tema tão essencialmente ligado ao princípio da exclusividade quanto é o da organização dos interesses econômicos do casal.

Relacionam-se ainda com o princípio da eticidade as regras relativas ao "estado de perigo" (art. 156) e à lesão (art. 157), já referidas, e o princípio fixado no art. 944, que, como se viu, acolhe expressamente o dever de razoabilidade.

É justamente o dever de razoabilidade, exigência ética fundamental, que inspira o art. 571, relativo à hipótese de, em contrato de locação por tempo determinado, o locatário devolver o imóvel antes do termo, quando deverá pagar multa. Neste caso, determina o art. 572, *"se a obrigação de pagar o aluguel, pelo tempo que faltar, constituir indenização excessiva, será facultado ao juiz em bases razoáveis"*.

Observa-se, pois, que no novo Código Civil brasileiro a equidade tradicionalmente associada ao Direito Natural torna-se, de modo incontroverso, **direito positivo**, devendo a jurisprudência — fonte formal de produção jurídica — ainda ampliar o seu conteúdo pela concreção dos variados modelos abertos contidos em seu texto.

Certas regras são de difícil classificação entre a eticidade e a socialidade. Assim, em tema de direitos reais, as vedações aos atos emulativos, desviados de sua função, no direito de propriedade, parecem ligar-se tanto a um dever geral de correção, decorrente da boa-fé, quanto ao princípio da função social. É o que agora examinarei.

---

[146] No Direito brasileiro assegura-se aos herdeiros necessários a metade dos bens da herança, que constituem a legítima, regra posta no novoCódigo no art. 1.789.

[147] TJSP, ap. cív. 007.512-4/2-00, 2ª.Câmara, j. 18.08.98, Rel. Des. César Peluso. Vide o substancioso comentário de RIBEIRO LOPES, Maurício, in Revista dos Tribunais 758/106-117.

B) A SOCIALIDADE COMO CARACTERÍSTICA DO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Se a eticidade está no fundamento das regras civis, dúvidas não há de que o Direito Civil em nossos dias é também marcado pela socialidade, pela situação de suas regras no plano da vida comunitária. A relação entre a dimensão individual e a comunitária do ser humano constitui tema de debate que tem atravessado os séculos, desde, pelo menos, Aristóteles, constituindo, mais propriamente, um problema de filosofia política[148],por isto devendo ser apanhado pelo Direito posto conforme os valores de nossa — a atual — experiência jurídica.

O quadro que hoje se apresenta ao Direito Civil é o da reação ao excessivo individualismo característico da Era codificatória oitocentista que tantos e tão fundos reflexos ainda nos lega. Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social — o que vem sendo regra desde Weimar[149] — é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação[150]. Mediante o recurso à função social e também à boa-fé — que tem uma face marcadamente ética e outra solidarista — instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da **solidariedade social,** posta como um dos "objetivos fundamentais da República"[151].

Essa instrumentalização ocorre em três específicos domínios, o do contrato, o da propriedade e o da posse.

b.1) a função social da propriedade e da posse.

Comecemos pela disciplina da propriedade, *"il terribile diritto"* de que tratou Rodotà[152] e que está, no novo Código, claramente informada pela função social. Aqui — e também na posse — o princípio da função social, para além de relativizar ou temperar o

---

[148] Entre a vasta bibliografia veja-se CALERA, Nicolas López, **Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad em la teoria de los Derechos,** Barcelona, Ariel Derecho, 2000.

[149] Na Constituição brasileira o princípio da função social vem expresso nos arts. 5°, inciso XXIII, e 170. Acerca do tema escrevi em **Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo**, ensaio integrante do livro **A Reconstrução do Direito Privado - reflexos dos princípios e garantias fundamentais no Direito Privado,** MARTINS-COSTA, Judith (org)., no prelo.

[150] Neste sentido REALE, Miguel, **O Projeto de Código Civil - Situação atual e seus problemas fundamentais** cit., p. 9.

[151] Constituição Federal, art. 3°, inciso III.

[152]RODOTÀ, Stefano, **Il terribile diritto,** Bologna, Il Mulino, 1981, que li na tradução espanhola, **El terrible derecho- Estudios sobre la propiedad privada**, Madri, Civitas, 1986.

individualismo que marcou o tratamento do direito da propriedade na codificação oitocentista, "*não está, de forma alguma, confinado a mero apêndice do direito de propriedade, a simples elemento configurador de seu conteúdo*[153]", sendo muito mais que isso: "*Por função social da propriedade*", afirma Teori Zavascki,

> "*há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo*"[154].

A atribuição de uma função social à propriedade está inserida no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos que, desde o final do século XIX vem promovendo a reconstrução de institutos centrais do Direito moderno, tais quais a propriedade e o contrato, como uma tentativa de "*buscar um novo equilíbrio entre os interesses dos particulares e as necessidades da coletividade*[155]. Com efeito, a cláusula da "função social" exerce papel central na superação do modelo proprietário oferecido no século XIX pelo *Code Napóleon* e pela Pandectística, possibilitando, nas palavras de Stefano Rodotà, as bases para a "*reconstrução do instituto da propriedade*"[156].

Sendo a determinação do conceito de função social —— sua autonomia científica —— condição necessária para que não se o reduza ao plano das motivações morais, políticas e ideológicas[157], cabe mencionar, ainda que de passagem, as suas raízes e a significação que tem recebido da doutrina.

Como é por todos sabido, a noção de função social da propriedade começa a sua história com base nas formulações acerca da figura do abuso de direito, pela qual foi a

---

[153]Assim ZAVASCKI, Teori, "*A tutela da posse na Constituição e no Projeto do novo Código Civil*", in **A Reconstrução do Direito Privado - reflexos dos princípios e garantias fundamentais no Direito Privado,** MARTINS-COSTA, Judith (org)., no prelo, grifei.

[154] Idem. Isto porque, prossegue o autor, "*bens, propriedades, são fenômenos da realidade. Direito - e, portanto, direito da propriedade - é fenômeno do mundo dos pensamentos. Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real, e não no campo puramente jurídico*

[155]Neste sentido, Francesco GALGANO,**Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione,** Bolonha, Zanichelli, 2ª edição, 1983, p. 152.

[156]RODOTÀ, S. **Proprietà (diritto vigente),** *in* Novissimo Digesto Italiano, vol.XIV, 1967, p.134. Também RODOTÀ, em **El terrible derecho– Estudios sobre la propiedad privada,** Trad. Española, Madri, Civitas, 1986, p. 81.

[157]RODOTÀ, S. **El terrible derecho - Estudios sobre la propiedad privada,**cit. p. 212.

jurisprudência francesa gradativamente impondo certos limites ao poder absoluto do proprietário[158]. A abordagem, contudo, ainda ocorria no plano dos "limites", fatores externos à estrutura mesma do direito subjetivo, que restava inatingido, tendo-se a propriedade como um *"droit absolu et sacré"*, excepcionalmente restringido nas hipóteses de abuso.

Este entendimento inicial sofreu forte ruptura nos finais do século XIX pela pena de Leon Duguit[159] que promoveu uma crítica radical à noção mesma de direito subjetivo, propondo substituí-lo pela *"noção realista de função social"*, daí assentando, em célebre dito, que a propriedade **é** uma função social[160] (pois esta lhe é inerente), e não **tem,** meramente, uma função social. É bem verdade que a idéia da *"propriété-fonction"* já havia sido anteriormente expressa por Proudhon[161], mas é Duguit quem aprofunda, em termos jurídicos, a polêmica, centrando sua atenção no rechaço à idéia de um sistema de direito privado orientado pelo conceito de direito subjetivo, enquanto poder reconhecido a uma pessoa de impor a sua vontade às demais.

Seguindo essa orientação, afirma, ainda no início do século XX, Georges Ripert:

> "(...) *os direitos não são outorgados ao homem senão para lhe permitir que preencha sua função na sociedade, não há qualquer razão para lhe conceder direitos que lhe permitiriam subtrair, da utilização comum, bens úteis a todos.*" [162]

O intenso debate doutrinário que seguiu-se a estas asserções acabou por refletir-se nas legislações do início do século XX, da qual é expoente a Constituição de Weimar a qual, no célebre artigo 153 estabeleceu:"*A Constituição garante a propriedade. O seu conteúdo e os seus limites resultam de lei. (...) A propriedade obriga e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social.*"[163]

---

[158]Assim sentença do Tribunal de Colmar, de maio de 1885, que se tornou célebre por impor como limite ao direito de propriedade o seu exercício em prol de um interesse sério e legítimo - um marco na construção da doutrina do abuso de direito (DUGUIT, Léon, **La responsabilidad del propietario y la jurisprudencia francesa**, apend. in: **Las transformaciones del Derecho (público y privado)**, trad. De Carlos POSADA, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1975, pp. 259 e ss.)

[159]DUGUIT, L., **El derecho subjetivo y la función social**, *in* **Las transformaciones del Derecho (público y privado)**, cit., p.178.

[160]DUGUIT, L. **La propiedad función social** *in* **Las transformaciones del Derecho (público y privado)**, cit., p.241; e **El derecho subjetivo y la función social"**, na mesma obra, p.179.

[161]PROUDHON. **Qu'est-ce que la propriété**, *in* **Oeuvres Choisies**. Paris, Gallimard, 1967, p. 111.

[162]*Apud* PACHECO BARROS, Wellington, **A propriedade agrária e seu novo conceito jurídico constitucional**, Porto Alegre, Revista Ajuris, nº 32.

[163]*In* **Textos Históricos do Direito Constitucional**, org. e tradução de Jorge MIRANDA, Lisboa, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1980.

Desde então, e progressivamente, as Constituições da segunda metade do Século XX passaram a aderir à fórmula, pela qual admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, indicando a funcionalização justamente a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.

Isto não significa dizer que o direito de propriedade tenha deixado o campo da regulação privada, passando a integrar o domínio do Direito Público[164]. É que a atribuição de função social aos bens enseja, em nossa mente antropocêntrica, centrada e concentrada na idéia de "direito subjetivo", um verdadeiro giro epistemológico, para que passemos a considerar o tema a **partir do bem**, da *res*, e de suas **efetivas utilidades**: em outras palavras, a função social exige a compreensão da propriedade privada já não como o verdadeiro monólito passível de dedução nos códigos oitocentistas, mas como uma pluralidade complexa de situações jurídicas reais, que englobam, concomitantemente, um complexo de situações jurídicas subjetivas[165], sobre as quais incidem, escalonadamente, graus de publicismo e de privatismo, consoante o bem objeto da concreta situação jurídica.

A perspectiva de um escalonamento em graus de publicismo e privatismo a incidir nos institutos componentes do Direito Privado foi traçada em meados do século XX por Ludwig Raiser que, atento ao complexo e plurifacetado painel da vida social contemporânea que esfacelava o rígido muro divisório erigido entre o Direito Público e o Privado desde a Codificação, propôs visualizar o ordenamento como uma elipse estruturada em dois núcleos

---

[164]Assim, em posição em nosso ver equivocada, o mestre Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. É o que afirma em artigo inúmeras vezes citado na bibliografia brasileira sobre o tema:"*O direito de propriedade – ou seja, o reconhecimento de que a organização jurídica da Sociedade (Estado) dispensa aos poderes de alguém sobre coisas – encarta-se, ao nosso ver, no Direito Público e não no Direito Privado. É evidente que tal Direito comporta relações tanto de Direito Público quanto de Direito Privado. Entretanto, o direito de propriedade, como aliás sempre sustentou o prof. Osvaldo Aranha Bandeira de Mello é, essencialmente, um direito configurado no Direito Público e – desde logo – no Direito Constitucional*" (**Novos aspectos da função social da propriedade no direito público,** São Paulo, Revista de Direito Público, vol. 84, out-dez. 1987,p.39. Diferentemente, averba GRAU,é pressuposto fundamental da função social a propriedade privada". (GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988,** São Paulo, Malheiros, 5ª edição, 2000, p. 253).

[165]A função social da propriedade designa um complexo de obrigações, de encargos, de limitações, de estímulos e de ameaças que formam parte da regulamentação do direito de propriedade. A função social da propriedade não se ajusta a um só recurso de técnica jurídica: é todo um complexo de recursos mediante os quais, de forma direta ou indireta, o proprietário é levado ao campo da função social. (Neste sentido, A. BALLARIN MARCIAL, **Evolução do princípio jurídico do direito de propriedade rural**, Revista de Direito Agrário, n.12, ano 10, 1994, p.28).

ou pólos, um centrado na autonomia privada, na autodeterminação e na idéia de responsabilidade social, outro no interesse público e na heterodeterminação, os quais constituiriam, respectivamente, pólos de irradiação de graus de privatismo e de publicismo[166]. O Direito Privado teria, assim, uma estrutura escalonada, consoante o grau de relevância pública[167] de cada situação social concretamente regulada. Em outras palavras, um mesmo instituto — por exemplo, a propriedade, ou o contrato — seria chamado a desempenhar diferentes funções, ora sendo marcado por um grau elevado de publicismo (o que conduziria, no caso da propriedade, por exemplo, à desapropriação), ora por graus de privatismo, sendo então ensejado ao seu titular um maior poder de disposição.

Embora adotando diversa perspectiva, entre nós também reconhece Eros Roberto Grau que "*a propriedade não constitui uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, "relacionadas a diversos tipos de bens"*[168], o que, de resto, não constitui uma novidade em termos históricos, bem tendo demonstrado Paolo Grossi que a propriedade, no Medievo, era medida pelo critério do reicentrismo, e não do antropocentrismo[169], o que levava à sua concepção plural. Sem recair em anti-histórico anacronismo, pode-se dizer que hoje em dia perspectiva-se, na base da própria idéia de um "direito de propriedade", um complexo de situações, deveres, obrigações, ônus jurídicos, a par de direitos subjetivos e poderes formativos, que se põem em perspectiva escalonada. Neste sentido inclina-se Perlingiere, segundo o qual, "*em realidade, a propriedade privada não se configura como direito subjetivo, individualistamente compreendido, mas como situação unitária e complexa composta por poderes, mas também por obrigações, deveres, ônus, a qual, diferentemente da propriedade pública, não é função, mas tem função social*"[170].

Isso porque "*a propriedade não tem uma estrutura natural e originária*[171], antes decorrendo os seus efetivos contornos "*segundo a normativa vigente, a evolução das*

---

[166] RAISER, Ludwig, "*Il futuro del Diritto Privato*", in: **Il Compito del Diritto Privato**, trad. Italiana de Marta Graziadei, Milão, Giuffrè, 1990.

[167] RAISER, ob. cit., p. 232.

[168] GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988,** cit., p. 257.

[169] Para o exame das "propriedades" no Direito Medieval veja-se GROSSI, Paolo, **Proprietà - diritto intermedio**, verbete *in*: Enciclopedia del Diritto, vol. XXXVII, 1988 e **L'Ordine Giuridico Medievale,** Laterza, Roma-Bari, 1995, p.72 e ss.

[170] PERLINGIERE, Pietro, **Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale,** Nápoles, ESI, 2ª edição, 1991, p. 452, traduzi. No original: "*In realtà la proprietà privata non si configura come diritto soggetivo, individualisticamente inteso, ma come situazione unitaria e complessa composta da poteri ma anche da obblighi, doveri, oneri, la quale, a differenza della proprietà pubblica, non è funzione, ma há funzione sociale*".

[171] Idem, ibidem.

relações patrimoniais, em sentido lato, e o papel que estas historicamente adquiriram no mais amplo sistema das relações sociais e políticas"[172], de sorte que, conquanto atinente imediatamente aos bens, objeto do direito, a função social, *"uma vez configurar conotação essencial ao estatuto proprietário, não pode não contribuir para desenhar a estrutura da relativa situação subjetiva"*[173].

Em outras palavras, o atributo da função social não é meramente "externo" ao direito: constituindo, em caráter imediato, **função social do bem** (objeto do direito), reflete-se no conjunto de situações jurídicas incidentes sobre o bem, e assim, de forma mediata, ela, a função social, acaba por **integrar o complexo de direitos e deveres** subsumidos no conceito de "direito de propriedade", modificando-se a idéia construída pelo Jusracionalismo que o perspectivara como "poder da vontade", como direito natural do homem sobre as coisas, em cujo conteúdo não cabem deveres e limitações. É o que, também afirma Eros Roberto Grau, segundo o qual o princípio *"passa a integrar o conceito jurídico-positivo de* ***propriedade****, (...) de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade"*[174].

A concepção complexa e escalonada da função social da propriedade teve o mérito de superar os entendimentos dualistas, pelo qual a função social estaria atada à "natureza" de certos tipos de propriedade (por exemplo, a propriedade dos bens de produção). Não sendo mais considerado monoliticamente o direito, nem apenas visualizado externamente, a questão é de saber como se estrutura, em **diferentes graus,** a função social, conforme a função que o direito é chamado a operar e às efetivas **utilidades** da *res* para a sociedade, sendo certo que nem a Constituição brasileira nem o novo Código Civil traduzem a distinção, determinando apenas que *'a propriedade (*isto é, qualquer propriedade) *atenderá à sua função social"*.

---

[172]Idem, ibidem, traduzi, no original:*"secondo la normativa vigente, l"evoluzione dei rapporti in senso lato patrimoniali ed il ruolo che questi hanno storicamente acquisto nel più ampio sistema dei rapporti sociali e politici"*.

[173]Idem, ibidem, traduzi.No original: *"la funzione sociale, una volta configurata connotazione essenziale allo statuto proprietario, non può non contribuere a disegnare la struttura della relativa situazione soggetiva"*.

[174]GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica**..., . cit., p. 260.

E se toda e qualquer propriedade "*atenderá à sua função social*", assim não apenas a propriedade do solo ou a dos bens de produção, mas também a propriedade imaterial e a propriedade da empresa, por exemplo. Como conseqüência,

> *'O uso do direito é correto se, para além de respeitar as proibições e os limites expressamente predispostos pelo legislador, se substancia em um comportamento conforme à função social, que pode consistir seja em omissões seja em adimplemento de deveres positivos, atuativos dos interesses individuais e gerais"*[175].

Iss está a indicar que a função social tem funções negativas e positivas, não constituindo apenas na imposição de limites, mas, por igual, conduzindo ao nascimento de deveres jurídicos positivos. Com efeito, equívoco devido a uma literatura hoje já ultrapassada, vigorante nos primeiros decênios do século XX, percebia-se a cláusula da função social tão somente em sua dimensão negativa, como proibição do exercício de determinados comportamentos. No Estado Social contemporâneo, todavia, que procura "a *harmonia entre, num lado, idéias liberais de uma economia livre e, no outro, a igualdade de chances e a distribuição de riquezas*"[176], a função social predeterminada à propriedade privada não concerne exclusivamente à questão dos seus limites, assumindo, ao contrário, *"um papel de tipo promocional, no sentido que a disciplina das formas proprietárias e a sua interpretação devem ser "atuadas"para garantir e para promover os valores nos quais se funda o ordenamento"*[177].

---

[175] PERLINGIERE, op. cit., p. 449, traduzi. No original: *"L'uso del diritto è corretto se, oltre a realizzare il rispetto dei divieti e dei limiti espressamente predisposti dal legislatore, si sustanzia in un comportamento conforme alla funzione sociale, che può consistere sai in omissioni sai in adempimenti di obblighi positivi attuativi di interessi individuali e generali".*

[176] Assim KRELL, Andreas, referindo-se à Alemanha, mas em citação que em tudo se aplica ao modelo normativo da ordem econômica desenhado na Constituição Brasileira (*in* **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais,** texto integrante de **A Constituição Concretizada,** org., SARLET, Ingo Wolfgang, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 37.

[177] PERLINGIERE, P., op. cit., p. 445, traduzi, no original: *"un ruolo di tipo promozionale, nel senso che la disciplina delle forme proprietarie e le loro interpretazione dovranno essere attuate per garantire e per promuovere i valori sui quali se fonda l'"ordinamento".*

Assim ocorre entre nós por força do art. 170, incisos II e III que encerram princípios constitucionais impositivos, uma vez cumprirem a dupla função de instrumental e de objetivo específico a ser alcançado, justificando não só a reivindicação de políticas públicas comprometidas com a sua concretização[178] quanto **interpretação produtiva**, que não lhe restrinja a eficácia.

Reconhecendo esta perspectiva, deixando antever que a idéia de propriedade é uma idéia plural, e, regendo-as mediante a cláusula geral do § 1° do art. 1.228, que põe em relevância justamente a utilidade dos bens — isto é, as finalidade econômicas e sociais dos bens objeto do direito de propriedade —, o novo Texto Civil trata escalonadamente do exercício deste direito, conforme a intensidade dos graus de publicismo e de privatismo incidentes em cada situação concreta.

A leitura complessiva dos dispositivos da Parte Geral, notadamente a cláusula geral da ilicitude do art. 187, e a introdução do conceito de pertença, no art. 93, bem como das regras da Parte Especial levam, inelutavelmente a esta conclusão, sendo de exponencial importância a compreensão do tratamento dado à posse, em si mesma considerada e em sua relação com a propriedade, e a leitura do art. 1228 e de seus parágrafos.

No art. 1.228 determina-se que "*o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha*", preceituando o seu §1° que "*o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas*".

Completam esta regra a dicção do §2°, pela qual proíbe-se ao proprietário "*os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem*" e do art. 1.277, relativa aos direitos de vizinhança, que sanciona o "*uso anormal*" da propriedade, sendo essencial à compreensão do conjunto normativo da propriedade também as normas que instituem o direito de superfície (arts. 1.369 a 1.377), as que regulam o condomínio (arts. 1.331 a 1.358) e o exercício das servidões (arts. 1.378 a 1.389) e da usucapião (arts.1238 e ss.).

Por outro lado, por decorrerem do princípio da função social funções positivas e negativas, o novo Código impõe o dever de usar o direito de propriedade em conformidade com as finalidades econômicas e sociais, na qual se incluem os fatores ecológicos e ambientais e os relativos à preservação do patrimônio histórico e artístico, de inegável interesse coletivo, transindividual. Há, pois, na norma, um claro **direcionamento promocional**.

---

[178] Eros Grau, *in* **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo, ed. RT, 1991, 2ª ed., p. 244.

Já do ponto de vista das funções negativas, o proprietário não pode exercer "anormalmente" o seu direito, assim entendido, a meu juízo, o exercício abusivo ou desviado das finalidades arroladas no citado §1° — não podendo, por igual, furtar-se ao alargamento da servidão quando as necessidades *"da cultura ou da indústria, do prédio dominante"* assim determinarem, ainda que mediante indenização (art. 1.385, §3°).

Contudo, não se esgota aí a operatividade do princípio, o qual projeta a sua incidência por todo o *corpus* codificado e ainda para além, mesmo para as leis especiais que têm a propriedade como objeto de regulação.

É porque o §1° do art. 1.228 constitui cláusula geral na matéria, regendo não apenas o exercício do direito de propriedade regulado pelo Código quanto as demais formas, as "propriedades"[179] justifica-se, pela extrema relevância pública que pode revestir determinados bens, a regra do parágrafo 4 ° do art. 1.228 que institui uma peculiar forma de desapropriação por ato judicial, fundada na utilidade social da posse e na destinação do bem expropriado.

Essa regra é digna de nota por variados motivos, entre eles a sua oportunidade num país como o Brasil, onde o problema fundiário permanece intocado e irresoluto através dos séculos. Aí se revela, para além da função social da propriedade, a **função social da posse** que, no Código agora aprovado, não se prende apenas à concepção abstrata de Von Jhering, refletida no art. 485 do vigente Código, mas engloba, também, a noção autônoma da posse[180]. Por isso, paralelamente ao regramento da posse como mera ocupação do bem, o conceito de *"posse-trabalho"*, aquela posse que *"vem acompanhada de um ato criador do trabalho humano"*[181] e que, bem por isso, deve ter uma proteção maior do que a outra.

Preceitua o parágrafo 4° do art. 1.228: *"O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas e estas nela houverem realizado,*

---

[179] Acerca das "propiedades", em análise histórica, ceja-se de Paolo GROSSI, além das obras já citadas, **La propiedad y las propiedades, un analisis histórico,** trad. LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel, Madrid, Civitas, 1992. No preâmbulo desta obra, observa com a agudeza habitual López y López, dissolvido o mito oitocentista do conceito unitário de propriedade, atualmente não se deve mais falar em propriedade. Pelo contrário, fale-se "nas propriedades", o que significa,*"cambiar absolutamente de ángulo visual; significa contemplar el fenómeno de la apropiación privada desde la perspectiva de la relevancia económico-social de los bienes, no desde aquella outra que pivota sobre la abstracta consideración de éstos, y en consecuencia se resuelve en la simplicidad, unidad y homogeneidad del poder atribuido a un sujeto, siempre identico a si mismo y, por ende también abstracto (*LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel, *"Prólogo para Civilistas"*, in GROSSI, Paolo, **La propiedad y las propiedades, un analisis histórico,** cit.,p. 11).

[180] Acerca do tema escreveu VARELA, Laura Beck, *"A Tutela da Posse entre abstração e autonomia: uma abordagem histórica,"* in **A Reconstrução do Direito Privado - reflexos dos princípios e garantias fundamentais no Direito Privado**, MARTINS-COSTA, Judith (org)., no prelo.

[181] Assim REALE, Miguel, **O Projeto de Código Civil - Situação atual e seus problemas fundamentais,** cit, p. 54.

em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante". Completa a norma o §5°, pelo qual "*no caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para a transcrição do imóvel em nome dos possuidores".*

Esta regra recebeu inúmeros ataques, havendo quem contestasse a sua constitucionalidade, por atentatória ao direito de propriedade[182]. Nos subsídios ofertados quando do exame das Emendas, Luiz Edson Fachin acertadamente opinou que "*o mecanismo, disposto no parágrafo que deve ser mantido, é de uma inovação elogiável, coerente com o sentido de função social da propriedade*"[183], assim logrando-se afastar a emenda supressora. Segundo Reale[184], trata-se de "*inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo posse-trabalho (...).* Defende o Coordenador da Comissão Codificadora a idéia de que a lei deve outorgar especial proteção à posse "*que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural*", o que justificaria o discrimine, na própria regulação normativa, entre a "posse simples", aquela que é "*simples poder manifestado sobre uma coisa, 'como se' fora atividade do proprietário*" e aquela que chama de 'posse qualificada' pois "*enriquecida pelos valores do trabalho*". A "posse trabalho", está na base da peculiar forma expropriatória contida nos mencionados §§ 4° e 5°. Aliás, como salienta Zavascki, o instituto desafiará, dogmaticamente, a argúcia da doutrina e, sobretudo, dos juízes, pois "*fundado em diversos conceitos abertos ("extensa área", "considerável número de pessoas", "obras e serviços de interesse econômico e social relevante", "justa indenização"), haverá de ter sua finalidade social bem compreendida para que possa ser adaptado às variantes circunstanciais do cada caso concreto*"[185].

---

[182] Assim a Emenda 135, do Senador Gabriel HERMES, rejeitada.

[183] "*Primeiros subsídios para exame das emendas apresentadas perante a Comissão Especial ao Projeto de Lei da Câmara n° 118, de 1984, que institui o Código Civil – Livro III, Direito das Coisas*", in **O Projeto de Código Civil no Senado** – Tomo II, cit., p. 311.

[184] REALE, Miguel , **O Projeto do Novo Código Civil,** cit., p. 82.

[185] ZAVASCKI, Teori, "*A tutela da posse na Constituição e no Projeto do novo Código Civil*", cit. Entende porém o autor que não se trata de uma forma de expropriação, antes assemelhando-se a uma forma da usucapião: "*A desapropriação é ato de natureza administrativa e, no caso, o ato do juiz é tipicamente jurisdicional: ele simplesmente resolve um conflito de interesses entre particulares, decidindo num sentido ou em outro, segundo estejam atendidos ou não os pressupostos legais. O juiz não poderá "desapropriar" sem que os interessados o peçam expressamente, até porque eles é que sofrerão os ônus correspondentes, de pagar o preço e serão eles, e não o Poder Público, que adquirirão a propriedade. O Estado sequer é parte no processo, atuando nele como órgão jurisdicional. Se fôssemos comparar com algum instituto já formado e sedimentado em nosso sistema, haveríamos de fazê-lo, não com o da desapropriação, mas com o da usucapião. Pelos seus requisitos ("posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos") assemelha-se à usucapião, com a única diferença de que, para adquirir a propriedade, os possuidores-usucapientes ficam sujeitos a pagar um preço. Ou seja: é espécie de usucapião onerosa. Todavia, comparações à parte, o que o novo instituto faculta ao juiz não é desapropriar o bem, mas sim converter a prestação devida pelos réus, que de específica (de restituir a coisa vindicada), passa a ser alternativa (de indenizá-la em dinheiro). Nosso sistema processual prevê várias hipóteses dessa natureza, notadamente em se tratando de obrigações de fazer e de obrigações de entregar coisa".*

b.2) a função social do contrato

Assim como reveste e modifica o estatuto proprietário, a função social também recobre a disciplina das obrigações e dos contratos, até porque entre os deveres positivos que decorrem da função social da propriedade está, por vezes, o **dever de contratar.** Na literatura portuguesa enfrenta o tema Mario Júlio de Almeida Costa para assegurar que, independentemente dos casos expressos na lei, "*o dever de contratar existe, pelo menos quando se trate de uma situação de monopólio de direito ou de fato e de bens ou serviços de importância vital para os particulares*[186] , podendo verificar-se também em situações em que "*baste que se esteja diante de bens ou serviços de importância vital, **mesmo não se verificando uma situação monopolista***[187].

É que, como tem reiteradamente acentuado Miguel Reale, o princípio da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica[188].

Deixando bem marcada esta perspectiva, o Código exprime, com todas as letras, no art. 421, a função social dos contratos. Com efeito, no Direito dos Contratos[189], concomitantemente à boa-fé e à probidade vigora o princípio: "*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*". Essa norma, posta no art. 421 constitui a projeção do valor constitucional expresso como garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade que está no art.5°, XXIII da Constituição Federal, uma vez que o contrato tem, entre outras funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade. Se a esta não é mais reconhecido o caráter absoluto e sagrado, a condição de direito natural e inviolável do indivíduo, correlatamente, também inflete ao contrato o cometimento — ou o reconhecimento — de desempenhar função que traspassa a esfera dos meros interesses individuais e, ao exercício do poder negocial estão cometidas também funções positivas e negativas.

Assim como ocorre com a função social da propriedade,a atribuição de uma função social ao contrato insere-se no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos: atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados

---

[186]ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, **Direito das Obrigações**, Coimbra, Almendina, 8ª edição, 2000, p.211.

[187]Idem, ibidem, grifamos.

[188]REALE, *Miguel*, **O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais,** São Paulo, Saraiva, 1986, p. 32.

[189] As considerações que seguem acerca da função social do contrato sintetizam o que escrevi em "O *Direito Privado como Construção: as Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil*", cit.[186]ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, **Direito das Obrigações**, Coimbra,

pela respectiva função[190], e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo "*mito jusnaturalista*"[191] que a recobrira na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao *status* de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo[192]. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.

Frase dita e repetida indica que "*o contrato é a veste jurídica das operações econômicas*", de modo que constitui sua função primordial instrumentalizar a circulação da riqueza, a transferência da riqueza, atual ou potencial, de um patrimônio para outro[193]. A constituição econômica de uma sociedade, todos o sabemos, não é matéria de interesse individual, ou particular, mas atinge — e interessa — a todos. O contrato, veste jurídica das operações de circulação de riqueza, tem, inegavelmente, função social, assim como a disciplina das Obrigações, pois não devemos esquecer, no exame das projeções da diretriz da socialidade, a estrutura sistemática do Código.

Coerentemente a estas percepções, o citado art. 421 afirma dever o contrato, expressão privilegiada da autonomia privada, ou poder negocial[194] não mais ser perspectivado apenas como a expressão, no campo negocial, daquela autonomia ou poder, mas como o instrumento que, principalmente nas economias de mercado, mas não apenas nelas[195], instrumentaliza a circulação da riqueza da sociedade.

---

[190] Ver ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, **Direito das Obrigações**, Ed. Almedina, Coimbra, 8ª edição, pp. 60 e ss.

[191] A expressão é de Vitorio FROSINI, *"Le transformazioni sociali e il diritto soggetivo"*, Riv. Inter. di Filosofia del Diritto, 1968, I, Milão, pág.114.

[192] Idem, ibidem.

[193] Ver ROPPO, Enzo, **O Contrato**, trad., de Ana Coimbra e M. Januário Gomes, Ed. Almedina, Coimbra, 1988, pp. 10 e ss.

[194] A expressão "poder negocial", de Miguel REALE, remete à concepção kelseniana do poder normativo derivado da autonomia privada. Na concepção de REALE, aqui adotada, o poder negocial, que dá origem às cláusulas do contrato, é correlato à fonte negocial de produção de normas jurídicas. Ver **O Projeto de Código Civil - Situação atual e seus problemas fundamentais**, cit., p. 9.

[195] A propósito das funções do contrato na economia socialista, ver TALLON, Denis, *"L'évolution des idées en matière de contrat: survol comparatif"*, *in* Droits, 12, 1990, p. 81 e ss.

Colocada no pórtico da disciplina contratual, formando *"quase que um preâmbulo de todo o direito contratual"*[196], a cláusula geral da função social do contrato desempenha um duplo papel. A função social é, evidentemente, e na literal dicção do art. 421, uma condicionante posta ao princípio da liberdade contratual, o qual, reafirmado, está na base da disciplina contratual e constitui o pressuposto mesmo da função (social) que é cometida ao contrato. Ao termo condição pode corresponder uma conotação adjetiva, de limitação da liberdade contratual, podendo e devendo a consideração da função social restringir o exercício da autonomia privada quando esta se mostrar incompatível com as exigências da socialidade. Na sua concreção o juiz poderá, avaliadas e sopesadas as circunstâncias do caso, determinar, por exemplo, a nulificação de cláusulas contratuais abusivas, inclusive para o efeito de formar, progressivamente, catálogos de casos de abusividade.

Contudo, considerar a norma do art. 421 apenas uma restrição à liberdade contratual seria acreditar que esta constitui um princípio absoluto, o que constitui uma falácia há muito desmentida. Por isso entendo estar cometida àquela norma também uma conotação substantiva, vale dizer, de elemento integrante do conceito de contrato. É por ser este dotado de função social que a liberdade contratual encontra limites. É pelo mesmo motivo que esta é regularmente exercida.

Integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso específico, que é o de entender-se a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma "exceção" a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito. Há, portanto, um valor **operativo,** regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Em outras palavras, a concreção especificativa da norma, em vez de já estar pré-constituída, preposta pelo legislador, há de ser construída pelo julgador, a cada novo julgamento, cabendo relevantíssimo papel aos casos precedentes, que auxiliam a fixação da hipótese, e à doutrina, no apontar de exemplos.

A doutrina — sua argúcia e sensibilidade — bem como o sentido de responsabilidade da jurisprudência , não só nesta passagem serão convocadas a atuar, complementando, atualizando e desenvolvendo a letra do Códigos. Doutrina e jurisprudência constituem a matéria da qual um Código é feito. Se é certo que nenhuma lei nasce no vazio, também é certo

---

[196] Miguel Reale, **O Projeto de Código Civil - Situação atual e seus problemas fundamentais,** cit., p. 10.

que nenhuma lei opera no vazio, portanto, a visão prospectiva dos modelos jurídicos e a consciência do caráter dinâmico e processual da construção da normatividade que animaram a Comissão Elaboradora do Projeto do Código Civil brasileiro[197] deverão agora tornar-se concreta realidade por obra dos destinatários da nova lei.

Para tanto, porém, é preciso ter presente a nova racionalidade do Código, que, não mais pretendendo tudo regular, requer as contribuições da doutrina e da jurisprudência para continuar e completar a sua força normativa, postulando por igual a consciência de todos os cidadãos, destinatários do Código — os reais construtores de sua normatividade — de que *"não existe a plenitude do Direito escrito, mas sim a plenitude ético-jurídica do ordenamento"*[198].

[197] Neste sentido o meu *"Direito e Cultura: entre as veredas da existência e da história"*, Revista do Advogado, n° 61, São Paulo, 2000, p. 72.

[198] REALE, Miguel, **O Projeto do Novo Código Civil**, cit., p. 178.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR DIAS, José **Da responsabilidade Civil,** Rio de Janeiro, Forense, Tomo II, 1994.

AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado, *"Projeto do Código Civil – Obrigações e Contratos"*, Revista do Conselho da Justiça Federal v.9, Brasília, 1999.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado, *"O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidades"*, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 18, Porto Alegre, 2000.

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato,** Coimbra, 1984.

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, **Direito das Obrigações,** Ed. Almedina, Coimbra, 8ª edição, 2000.

ARCE Y FLORES-VALDEZ, Joaquin, **El Derecho Civil Constitucional,** Madrid, Civitas, 1986.

ASSIS, Araken, **Comentários ao Código de Processo Civil,** vol IV, arts. 566 a 645, Rio de Janeiro, Forense, 1ª edição, 4ª tiragem, 2001.

AVILA, Humberto Bergmann, *A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade,* Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, 1, 1999, Porto Alegre, Síntese, 1999, p. 27.

BALLARIN MARCIAL, A. **Evolução do princípio jurídico do direito de propriedade rural,** Revista de Direito Agrário, n.12, ano 10, 1994, p.28.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Novos aspectos da função social da propriedade no direito público,** São Paulo, Revista de Direito Público, vol. 84, out-dez. 1987.

BITTAR, Carlos Alberto, **Reparação Civil por Danos Morais,** São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2ª tiragem, 1999.

BODIN DE MORAES, Maria Celina *"A caminho do Direito Civil-Constitucional"*, Revista Direito, Estado e Sociedade, PUC, Rio de Janeiro, 1991, p. 59.

BORDA, Alejandro, **La Teoria de los Actos Proprios,** Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª edição atualizada e ampliada, 2000.

CAHALI, Yussef Said **Dano Moral,** 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

CALERA, Nicolas López, **Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad em la teoria de los Derechos,** Barcelona, Ariel Derecho, 2000.

CANARIS, Claus Wilhem, **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na**

Ciência do Direito, trad. MENEZES CORDEIRO, Lisboa, Gulbenkian, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder, Correspondência dirigida ao Senador Josaphat Marinho em 3.9.97, in **O Projeto de Código Civil no Senado,** Tomo II, Brasília, Senado Federal, 1998.

COUTO E SILVA, Clóvis, *"O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português"*, in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, São Paulo, 1986

COUTO E SILVA, **A Obrigação como Processo,** São Paulo, José Bushatsky , 1976.

COUTO E SILVA, Clóvis, *"Observações à Parte Geral do Anteprojeto de Código Civil"*, dirigidas ao Relator José Carlos MOREIRA ALVES em março de 1970, reproduzidas nas notas de rodapé da *"Análise das Observações do Prof. Couto e Silva à Parte Geral do Anteprojetode Código Civil"*, in MOREIRA ALVES, José Carlos, **A Parte Geral do Projeto de Código Civil,**

COUTO E SILVA, Clóvis, "O *Conceito de Empresa no Direito Brasileiro"*, Revista Ajuris vol. 37, Porto Alegre,

COUTO E SILVA, "*O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado*", *in* **O Direito Privado Brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**", ao cuidado de FRADERA, Vera Maria Jacob, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

COUTO E SILVA, Clóvis, "*O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro" in* Revista Ajuris no 40, Porto Alegre, 1987.

COUTO e SILVA, Clóvis, **Exposição de Motivos para a Reforma do Direito de Família,** *in* **Anteprojeto do Código civil,** Arquivos do Ministério da Justiça, vol. 155, Rio de Janeiro, 1975.

COUTO e SILVA, Clóvis, **Direito Patrimonial de Família no Projeto de Código Civil Brasileiro e no Direito Português,** São Paulo, RT 520, 1979, p. 14.

CUNHA, Alexandre dos Santos, *"Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental do Direito Civil", in ", in* MARTINS-COSTA, Judith, **A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado,** São Paulo, Revista dos Tribunais, no prelo.

DUGUIT, Léon, **La responsabilidad del propietario y la jurisprudencia francesa,** apend. in: **Las transformaciones del Derecho (público y privado),** trad. De Carlos POSADA, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1975.

DUGUIT, L., **El derecho subjetivo y la función social,** *in* in: **Las transformaciones del Derecho (público y privado),** trad. De Carlos POSADA, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1975.

DUGUIT, L. **La propiedad función social** *in* in: **Las transformaciones del Derecho (público y privado),** trad. De Carlos POSADA, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1975.

FACHIN, Luis Edson **Teoria Crítica do Direito Civil,** Rio de Janeiro, Renovar, 2000

FRADERA, Vera Maria JACOB de, *"Pertenças"*, Revista Jurídica 126, Porto Alegre, 1988

FROSINI, Vitório, *"Le transformazioni sociali e il diritto soggetivo"*, Riv. Inter. di Filosofia del Diritto, 1968, I, Milão, pág.114.

GILISSEN, John, **Introdução Histórica ao Direito,**. Lisboa, Gulbenkian, 1988.

GROSSI, Paolo, **La propiedad y las propiedades, un analisis histórico,** trad. LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel, Madrid, Civitas, 1992.

GROSSI, Paolo, **Proprietà - diritto intermedio**, verbete *in*: Enciclopedia del Diritto, vol. XXXVII, 1988.

GROSSI, Paolo, **L'Ordine Giuridico Medievale,** Laterza, Roma-Bari, 1995.

HATTENHAUER, Hans, **Conceptos Fundamentales del Derecho Civil,** Barcelona, Ariel, 1987.

HECK, Luis Afonso ,*"Direitos Fundamentais e sua influência no Direito Civil"*, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS , vol. 16, Porto Alegre, 1999.

HESSE, Konrad ,**Derecho Constitucional y Derecho Privado**, Madrid, Civitas, 1985.

HOBBES,Thomas, **De Cive (Do Cidadão).** Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo, Martins Fontes.

IONESCU, Octavian, *"Le problème de la partie introductive du code civil"*, Revue International de Droit Comparé, 1967, n.3, p. 579.

IRTI, Natalino, **L'età della decodificazione** Milão, Giuffrè, 1989.

IRTI, Natalino, **Codice Civile e Società Politiche,** Roma, LATERZA,1999.

KRELL, Andreas, *Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais*, **in A Constituição Concretizada,** org., SARLET, Ingo Wolfgang, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

LAFER, Celso, **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo, Companhia das Letras, 1991 1ª reimpressão.

LUDWIG, Marcos de Campos, "O *direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro"*, *in* MARTINS-COSTA, Judith, **A Reconstrução do Direito Privado - reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado,** São Paulo, Revista

dos Tribunais, no prelo.

MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso, **O Projeto de Código Civil e o Direito Comercial,** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 16, Porto Alegre, 1999.

MARINHO, Josaphat, *"Os Direitos de Personalidade no Projeto do Código Civil"*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, col. Stvdia Juridica, 40, Coimbra, 2000.

MARINHO, Josaphat, Parecer Final ao Projeto do Código Civil, in **O Projeto de Código Civil no Senado Federal,** Vol. I, Brasília,

MARTINS-COSTA **Da Boa-Fé no Direito Privado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith *O sistema na Codificação Civil Brasileira – de Leibniz a Teixeira de Freitas"*, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS vol. 17, Porto Alegre, 1999..

MARTINS-COSTA, Judith, *"Os Danos à Pessoa e a Natureza de sua Reparação"*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul vol. 19, Porto Alegre, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith, *Bioética e dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito"*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul vol. 18, Porto Alegre, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith, *"O Direito Privado como Construção: as Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro"*, Revista de Informação Legislativa vol. 139, Brasília, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith, *Direito e Cultura: entre as veredas da existência e da história"*, Revista do Advogado, n° 61, São Paulo, 2000, p. 72.

MARTINS-COSTA, Judith, **Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo**, , in **A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado,** São Paulo, Revista dos Tribunais, no prelo.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel, **Da Boa-Fé no Direito Civil,** Coimbra, Almendina, 1989.

MEDEIROS DA FONSECA, Arnoldo. *Dano Moral,* verbete in **Repertório Enciclopédico Brasileiro.**

MESSINETTI, Davide, *"Personalitá" (Diritti della)*, verbete, in **Enciclopedia Giuridica,** Giuffrè, Milão, 1984.

MIRANDA, Jorge (org.). **Textos Históricos do Direito Constitucional**, Lisboa, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1980.

MOREIRA ALVES, José Carlos, **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro,** São Paulo, Saraiva, 1986, p. 7.

MOISSET DE ESPANES, Luis, **La lesión los Actos Juridicos, Cordoba,** Victor P. De Zavalia Editor, 1979

MOREIRA ALVES, parecer in **O Projeto de Código Civil no Senado,** Tomo II, Brasília, Senado Federal, 1998.

NICOLAU, Noemi Nidia, *"La autonomia de la voluntad como factor de resistencia a la tipicidad en el sistema de derecho privado argentino"*, Porto Alegre, nov. 1994, datilog..

NEGREIROS, Teresa, **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé,** Rio de Janeiro, Renovar, 1998 .

OPPO, Giorgio, *"Diritto Privato e Interessi Pubblici"*, in Rivista di Diritto Civile, 1994, 1, p.26.

PACHECO BARROS, Wellington, **A propriedade agrária e seu novo conceito jurídico constitucional,** Porto Alegre, Revista Ajuris, nº 32.

PENTEADO, Mauro Rodrigues, *"Exposição Justificativa da Proposta de Modificação do Título VIII, Livro I, Parte Especial, do Projeto de Código Civil (PLC nº 118/84) que dispõe sobre os Títulos de Crédito", in* **O Projeto de Código Civil no Senado,** Tomo II, Brasília, Senado Federal, 1998.

PERLINGIERI, Pietro,**Il Diritto Civile nella legalità costituzionale"**, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1991,

PONTES DE MIRANDA, F.C, **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro,** Rio de Janeiro, Forense, 1981.

PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado,** Tomo II, Rio de Janeiro, Borsói,

PONTES DE MIRANDA **Tratado de Direito Privado**, T. 26, Ed. Borsói, Rio de Janeiro, 1959.

PORTO, Sérgio José **A Responsabilidade Civil por Difamação no Direito Inglês**, Ed. Sergio Fabris, Porto Alegre, 1995.

PROUDHON. **Qu'est-ce que la propriété**, *in* **Oeuvres Choisies**. Paris, Gallimard, 1967.

RAISER, Ludwig, *"Il futuro del Diritto Privato"*, in: **Il Compito del Diritto Privato**, trad. Italiana de Marta Graziadei, Milão, Giuffrè, 1990.

REALE, Miguel, **Memórias - vol. 2 - a Balança e a Espada,** São Paulo, Saraiva, 1987, p. 221.

REALE, Miguel, **O Projeto de Código Civil - Situação atual e seus problemas fundamentais,** São Paulo, Saraiva, 1986.

REALE, Miguel, **O Projeto do Novo Código Civil - situação após a aprovação pelo Senado Federal,** São Paulo, Saraiva, 2000.

REALE **Fundamentos do Direito,** São Paulo, Revista dos Tribunais, 3a. edição, 1998.

REALE, Miguel, **Pluralismo e Liberdade** ,Rio de Janeiro, Expressão e Cultura, 2ª edição, 1998 .

REALE, Miguel, **Código Civil - Anteprojetos,** vol. 5, Tomo 1, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 1989.

REALE, Miguel, **O Direito como Experiência,** São Paulo, Saraiva, 1968.

REALE, Miguel, **Fontes e Modelos do Direito - para um novo paradigma hermenêutico,** São Paulo, Saraiva, 1994.

RIBEIRO LOPES, Maurício, *Dignidade da Pessoa Humana,* in Revista dos Tribunais 758/ 106-117.

RODOTÀ, Stefano, **El terrible derecho- Estudios sobre la propiedad privada,** Madri, Civitas, 1986.

ROPPO, Enzo, **O Contrato,** trad., de Ana Coimbra e M. Januário Gomes, Ed. Almedina, Coimbra, 1988.

SENADO FEDERAL, **O Projeto de Código Civil no Senado,** Tomo II, Brasília, Senado Federal, 1998.

SILVA PEREIRA, Caio Mario, **Instituições de Direito Civil,** v. 1, nº 16.

SILVA PEREIRA, Caio Mario, **Lesão nos Contratos,** Rio de Janeiro, Forense, 4ª Edição, 1993.

TALLON, Denis, *"L 'évolution des idées en matière de contrat: survol comparatif", in* Droits, 12, 1990.

VARELA, Laura Beck, *"A Tutela da Posse entre abstração e autonomia: uma abordagem histórica,"* in **A Reconstrução do Direito Privado - reflexos dos princípios e garantias fundamentais no Direito Privado,** MARTINS-COSTA, Judith (org)., no prelo.

ZAVASKI, Teori, *"A tutela da posse na Constituição e no Projeto do novo Código Civil",* in MARTINS-COSTA, Judith, **A Reconstrução do Direito Privado - reflexos dos princípios e garantias fundamentais no Direito Privado,** no prelo.

LIST OF THE *DOCTORS HONORIS CAUSA*

1 - Prof. Dr. h. c. mult. Erik Jayme, University of Heidelberg, German. International Law and Comparative Law (*Laudatio* Prof. Dr. Claudia Lima Marques) – 2003

2 - Prof. Dr. Miguel Reale, University of São Paulo, Brazil . Legal Theory and Filosophy of Law (*Laudatio* Prof. Dr. Judith Martins Costa)- 2003

3 - Prof. Eduardo Garcia de Enterrìa, University Complutense of Madrid, Spain. Administrative Law and Legal Theory (*Laudatio* Prof. Dr. Cezar Saldanha de Souza Jr) – 2003

[2004 - Prof. Paolo Grossi, University of Florence, Italy]

Ata Da 987ª Sessão Solene do Conselho Universitário

Aos quatorze dias do mês de março de dois mil e três, na Sala das Sessões dos Conselhos, no segundo andar do prédio da Reitoria da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a Presidência da Excelentíssima Senhora Professora WRANA MARIA PANIZZI, Magnífica Reitora, com a presença dos membros do Conselho Universitário, autoridades universitárias e civis, professores, técnico-administrativos e estudantes, realizou-se a Noningentésima Octogésima Sétima Sessão do Conselho Universitário, Sessão Solene, com início às 10h15min. Com a palavra, a Sra. Presidente declarou aberta a Sessão Solene de outorga do Título de Doutor Honoris Causa ao Excelentíssimo Senhor Professor Doutor ERIK JAYME. A seguir, solicitou ao Professor Plínio de Oliveira Corrêa e ao Professor Sérgio José Porto, Diretor e Vice-Diretor da Faculdade de Direito, respectivamente, que introduzissem o homenageado na Sala dos Conselhos. Após, a Sra. Presidente solicitou ao Vice-Reitor, Professor José Carlos Ferraz Hennemann, que procedesse à leitura da Decisão nº 145/2002 – CONSUN, que aprovou o Parecer nº 115/2002 da Comissão Especial, concedendo o Título de Doutor Honoris Causa ao Professor Doutor ERIK JAYME. A seguir, a Sra. Presidente passou a palavra à Professora CLÁUDIA LIMA MARQUES para saudar o homenageado: "LAUDATIO PARA ERIK JAYME - MEMÓRIAS E UTOPIA. Magnífica Reitora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Professora Doutora Wrana Maria Panizzi, Exmo. Sr. Vice-Reitor, Prof. Dr. José Carlos Hennemann, Excelentíssimo Senhor Diretor da Faculdade de Direito, Plínio de Oliveira Corrêa, Excelentíssimo Senhor Vice-Diretor da Faculdade de Direito, Prof. Sérgio José Porto, Caríssimo Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme, Caríssimos Conselheiros do Conselho Universitário da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Senhoras e Senhores presentes. É com grande prazer e honra que apresento o mestre, Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme, Professor Titular Emérito da Universidade de Heidelberg e Diretor do Instituto de Direito Estrangeiro e Direito Internacional Econômico e Privado daquela Universidade co-irmã, justamente quando a Universidade Federal do Rio Grande do Sul oferece a este grande professor o título de *Doutor Honoris Causa da* UFRGS. Erik Jayme, Professor catedrático de Direito Internacional Privado, Direito Comparado e Direito Civil da Universidade de Heidelberg é um dos maiores juristas de nossa época, internacionalista reconhecido mundialmente, famoso por seu

brilhantismo e por seu profundo humanismo. Com especial carinho pelo Brasil e pela UFRGS, contribuiu em muito para a manutenção e desenvolvimento do Convênio de Cooperação entre a Universidade de Heidelberg e a UFRGS e, especialmente, para o Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS, onde ajudou a criar a linha de pesquisa sobre direito e pós-modernidade. Minha tarefa aqui é apresentar este que, em sua aula magna de despedida de 16 de julho de 2002, em Heidelberg, foi aplaudido de pé por toda a Universidade e ovacionado pelos estudantes, enquanto o Reitor da Ruperto Carola, Prof. Dr. Dr. Peter Hommelhoff, homenageava-o denominando o verdadeiro Ministro das Relações Exteriores da Universidade de Heidelberg. Efetivamente, Erik Jayme, com sua original doutrina, seu engajamento pela academia e sua abertura para o mundo, transcende a Faculdade de Direito ou o Instituto de Direito Estrangeiro, que por tantos anos dirigiu. Erik Jayme reúne as qualidades dos grandes mestres, uma formação geral humanística, incluindo oito línguas e arte, uma cultura formidável, uma visão de presente realista e crítica, com um pensamento voltado – de forma muito ímpar - para o futuro. Sua aula magna de despedida tinha como título "memórias e utopia", que, com a vênia do mestre, utilizarei para dividir esta pequena exposição. I - MEMÓRIAS. Na entrevista que concedeu à Revista Trimestral de Direito Civil, na seção Diálogo com a Doutrina, Erik Jayme testemunhava sua paixão pelo Direito Comparado e o Direito Internacional Privado, suas disciplinas de especialidade, afirmando: "O que me prende é a realidade, o destino humano (*Schicksale*), os caminhos e problemas dos indivíduos". Os caminhos de Erik Jayme não poderiam ter sido mais férteis: Nascido no Canadá francofônico, em Montreal, província de Québec, era pois por nascimento 'un sujet britanique'. Seu pai era alemão, da região de antigo domínio francês. Sua mãe norueguesa também domiciliada no Canadá. Seus pais casaram-se no Estado de Michigan, Estados Unidos. Em resumo, Erik Jayme acostumou-se desde logo ao chamado 'conflito das leis'. Isto é, quando a norma de mais de um ordenamento jurídico ou de mais de um Estado pode aplicar-se para regular a um só caso da vida privada. Acostumado à diferença e à pluralidade de culturas, optou pela nacionalidade alemã. Apesar do passaporte alemão, para ser professor em Mainz, Münster, Munique e Heidelberg teve que provar sua 'origem' e sua identidade cultural. Seus estudos refletem também esta abertura para o outro, o diferente, o estrangeiro, as diferentes culturas e línguas. Realizou seus estudos de graduação, Mestrado e Doutorado em Direito em Frankfurt, Munique, Pavia (Itália) e Berkeley (Estados Unidos). Além do Direito, justamente o Direito Internacional Privado, estudou também História da Arte, em Munique e aperfeiçoou-se em Portugal, onde aprendeu o português. Domina assim o alemão, o francês, o norueguês, o italiano, o inglês, o português e o croácio, além das línguas clássicas, latim e grego. De uma cultura impressionante, caracteriza-o a timidez, a simpatia e a precisão de um pensamento claro, aberto, profundo, sábio. Um dos professores alemães de Direito Internacional Privado mais citados no mundo e no Brasil, Erik Jayme muito tem realizado pelo Direito brasileiro, especialmente através de seus inúmeros artigos publicados, suas palestras e cursos, os vários alunos e professores brasileiros

da UFRGS que já orientou e, principalmente, através de suas renovadoras teorias sobre tolerância e humanismo no Direito. Fundador e grande incentivador da Associação Alemã-Lusitana de Juristas, tem criado pontes entre estas duas culturas, divulgando o direito e a cultura dos países de língua portuguesa. Erik Jayme é membro da Academia das Ciências de Heidelberg, da Academia Nacional Italiana de Ciências, do Instituto Lombardo e da Academia de Ciências Austríaca. Foi Presidente do Instituto de Direito Internacional, Diretor da Associação de Direito Comparado e é atualmente um dos três *Academiciens* ou Diretores de Direito Internacional Privado da Academia de Direito Internacional de Haia, além de Presidente da Associação Luso-Alemã de Juristas. Diretor da importante revista IPRAX tem seus trabalhos publicados na Alemanha, Suíça, Áustria, França, Portugal, Noruega, Itália, Grécia, Hungria e Japão, assim como, entre nós, nos Estados Unidos, Canadá, México, Venezuela, Chile, Argentina e Brasil. Na Alemanha, Erik Jayme recebeu todos os maiores prêmios que um jurista pode alcançar, inclusive o prêmio máximo de pesquisador de Baden-Würtemberg. *Doctor honoris causa* pela Universidade de Ferrara, Itália (1991); pela Universidade de Budapest, Hungria (2000) e pela Universidade de Montpellier, França (2001), hoje recebe o mesmo título honorífico das mãos de nossa magnífica Reitora, Profa. Dra. Wrana Pannizzi. Fundada em 18 de outubro de 1386, a Universidade de Heidelberg, Ruperto Carola, a primeira universidade em solo alemão, criada sob o modelo da Universidade de Paris, tem como emblema o leão do Palatinado segurando um livro em que se lê: *semper apertus*, sempre aberto. Na bela Heidelberg, na *Universitätsplatz*, ao lado da Reitoria e do prédio central da Universidade, está localizado o Instituto de Direito Estrangeiro e Direito Internacional Privado de que é Diretor emérito, com sua maravilhosa biblioteca e amigável acolhida, que encanta e forma pesquisadores do mundo inteiro. Domina a praça da universidade a estátuta de Palas Atena, a deusa da sabedoria, que saúda os estudantes à entrada da Universidade com a inscrição: *Dem lebendigen Geist*: ao espírito livre e vivo. Quando completou 600 anos, a Universidade de Heidelberg adotou o lema: "Da tradição ao futuro". Como sua *alma mater*, assim é Erik Jayme: aberto para o mundo, para o outro, para o diferente, unindo tradição e futuro, mas especialmente um espírito livre, vivo, original. II – UTOPIA. Para o Programa de Pós-Graduação em Direito e para a Faculdade de Direito, este merecido título é motivo de júbilo. O homenageado, homenageia-nos com sua simpatia e engajamento pela UFRGS e pelo Brasil. Para honrar devidamente este brilhante e renovador jurista, mister conhecer um pouco mais de sua doutrina, que encanta e sensibiliza, em um Direito normalmente tão frio, tão distanciado das pessoas. Utopia, o lugar (*tópos*) que não está (*ouk*), o lugar que desde Thomas Morus queremos alcançar, a sociedade, o Estado Ideal que queremos reconstruir. Qual é, pois, a utopia de Erik Jayme? Dois são os eixos do pensamento deste grande jurista universal: alcançar a Igualdade entre Estados em uma sociedade globalizada, do pequeno ao grande país, criar e manter as bases do tratamento isonômico entre ordenamentos jurídicos de todos os Estados, aplicar as leis de países muçulmanos, europeus, americanos, asiáticos e da Oceânia, sem discriminações, lançando as bases para a paz, criando harmonia

nas decisões, respeito pela sentença estrangeira e justiça para os casos privados com conexões internacionais. O segundo eixo é a igualdade material e formal entre indivíduos. Iniciou por seus estudos em favor de uma autonomia de vontade da pessoa humana, como parte de seu direito fundamental de desenvolver-se como pessoa e como *homo economicos*, que resultaram na Resolução da Basiléia de 1991 do Instituto de Direito Internacional. Sua teoria evoluiu para frisar que o sujeito livre é aquele informado e protegido das pressões do mundo contemporâneo, daí a necessidade do Direito proteger os mais fracos, do Estado não se abster e proteger os vulneráveis, do Direito ser instrumento de reequilíbrio de situações estruturalmente diferentes. Para então, em 1995, no seu Curso Geral de Direito Internacional em Haia lançar a sua mais famosa teoria, a do Direito Internacional como um instrumento de respeito à identidade cultural da pessoa humana. Com seu realismo formidável, afirmava Erik Jayme em sua aula magna : "Temos de olhar o mal nos olhos, para poder vencê-lo." Assim, defendeu uma atualização necessária do Direito para acompanhar as mudanças, que a pós-modernidade impunha na sociedade, em velocidade impressionante no final do século XX. Este seu curso geral de Haia tem como título: "A identidade cultural e a integração econômica: o direito internacional privado pós-moderno". Com a utilização da expressão sócio-filosófica "pós-moderno" procura o Professor Erik Jayme demonstrar o caráter de mudança, de crise, de variabilidade (*Umbruchcharakter*) de nosso tempo e de nosso direito. A Tese de Jayme voltou-se inicialmente para os reflexos da pós-modernidade no Direito Internacional Privado, como ramo mais sensível aos contatos humanos internacionais de nosso tempo e as mudanças nos valores e modelos da sociedade. Mas a hipótese de trabalho de Jayme, qual seja de que o direito, como expressão cultural de um povo, sofre reflexos maiores ou menores das mudanças valorativas, econômicas, históricas, éticas e mesmo religiosas de seu tempo, é válida também para outros ramos do direito. Assim, em um tempo conhecido como pós-industrial, com uma filosofia pós-estruturalista e discursiva, uma era do vazio e de caos, de desregulamentação, de privatizações, de forte exclusão social, da "euforia do individualismo e do mercado", era de globalização, de radicalismo tribal, de convivência e intolerância, de antinomias tão fortes que já se prevê o fim da história, a morte da ciência, o fim dos valores e outras catastróficas previsões para a nova era, em resumo, em uma época de crise pós-moderna, também o direito, como ciência próxima da realidade social e voltada para a sociedade, estaria em crise e deve evoluir. Uma crise de mudança, uma crise de crescimento. Identificar esta nova fase do direito e ajudar na reconstrução da ciência do Direito é o escopo da larga obra de Erik Jayme. Segundo o mestre, quatro seriam as características da cultura pós-moderna que têm reflexos no direito: o Pluralismo, a Comunicação, a Narração, o que Erik Jayme denomina de "*le retour des sentiments*" e a valorização dos direitos humanos. *Pluralismo* de fontes legislativas a regular o fato, pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção meio ambiente, pluralidade de agentes ativos, em relações extremamente despersonalizadas, múltiplas, multifacetadas. Pluralismo na filosofia aceita, onde o

diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o "*double coding*" e onde os valores são muitas vezes antinômicos. O pluralismo de fontes legislativas é hoje total, a ponto do diálogo das fontes nacionais e internacionais (mesmo *soft law*) nascer o novo direito. A *comunicação* é um valor máximo da pós-modernidade, associado à valorização extrema do tempo, do direito como instrumento de comunicação, de informação, como valorização do passar do tempo nas relações humanas, valorização do eterno e do transitório, do congelar momentos e ações para garantir a proteção dos mais fracos e dos grupos que a lei quer privilegiar. A comunicação é o método de legitimação (*Sprachspiele*), a ética e a filosofia é discursiva. O consentimento legitimador, alerta o mestre, é só aquele informado e esclarecido. Comunicação é também internacionalidade das relações jurídicas e a revalorização do Direito Internacional Privado e das técnicas de harmonização e unificação das leis. A *narração* é a conseqüência deste impulso de comunicação, de informação que invade a filosofia do direito e as próprias normas legais. Haveria um novo método de elaborar normas legais, não normas para regular condutas, mas normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivando os objetivos do legislador no sistema de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas. Um belo exemplo são estas novas normas do direito contemporâneo, que Erik Jayme denominou "normas narrativas". Com tal fluidez e narratividade, o papel do intérprete e aplicador da lei se multiplica. Estas transformações na interpretação das leis e na filosofia do direito se fariam sentir também no aparecimento de movimentos contestatórios da dogmática tradicional, uma forte jurisprudência de valores, estudos críticos e direito alternativo, em uma geral flexibilização, fragmentação e mesmo descaracterização do dogma ou crença no sistema geral de direito, mas também – positivamente - na grande influência representada pelos direitos fundamentais no direito privado. Por fim, a quarta característica da cultura pós-moderna a afetar a ciência do direito é o que Jayme denomina "*retour des sentiments*". Seria, de um lado, a volta de uma certa "emocionalidade" no discurso jurídico, de outro lado é o impoderável, a procura de novos elementos sociais, ideológicos, religiosos e/ou fora do sistema, que passam a incluir a argumentação e as decisões jurídicas, criando forte insegurança e imprevisibilidade quanto à solução a ser efetivamente encontrada. Dai a necessidade de uma reconstrução: olhar nos olhos e vencer! O *Leitmotive,* elemento guia da teoria de Erik Jayme são os direitos humanos, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais imovíveis, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. Os direitos humanos seriam as novas "normas fundamentais" e estes direitos incluídos nas Constituições influenciariam o novo direito privado, a ponto do direito assumir um novo papel social, como limite da intervenção do Estado, como protetor do indivíduo e como inibidores de abusos, mas como incentivador de uma ação afirmativa do Estado para alcançar a eqüidade e a igualdade material entre todas as pessoas na nova sociedade multicultural. Concluindo: perguntado sobre qual seria a herança do Direito

privado para o século XXI, recomendou 'autonomia' e 'transparência', isto é, que o Direito do futuro vise preservar a autonomia e a liberdade dos indivíduos, assegurando a transparência e a informação, que são a chave da autodeterminação daquele que é sujeito (e não objeto) de direitos, o cidadão! Sua preocupação filosófica com o bem-estar dos indivíduos e de transformar o direito em um instrumento útil de proteção e de respeito à decisão livre deste plurifacetado 'sujeito pós-moderno', ficaram sintetizados em sua aula magna de abertura da Academia de Direito Internacional de Haia de 2000. Erik Jayme escolheu como tema 'a proteção da pessoa humana face à globalização e ao direito'. Na entrevista, que está incluída nos Cadernos da Pós-Graduação em homenagem a Erik Jayme, confessa: "tentei alcançar a proteção do indivíduo através de um reforço na autonomia deste, ao mesmo tempo, que se crie e se assegure direitos de informação." A crise da pós-modernidade é destruidora de muitos valores e certezas. Erik Jayme, com o brilhantismo que lhe é usual, procura reconstruir a ciência do Direito e assim alcançar a Eqüidade, a Liberdade, a Autonomia Privada e a Solidariedade. Uma utopia, uma bela utopia que conquistou muitos seguidores no mundo. Como afirma Heinz Peter Mansel, de um encontro com Erik Jayme todos saímos enriquecidos, mais abertos, mais tolerantes, mais sábios. E até o abalado Direito, em plena crise da pós-modernidade, revisita a Utopia, preenche-se de novos valores do "Zeitgeist" e renasce como instrumento de procura da Igualdade, da Justiça, do respeito ao outro, ao diferente, ao mais fraco, respeito e tolerância com a identidade cultural do outro. Saudar Erik Jayme é saudar o que há de bom no Direito: compromisso com a realidade e sonho de uma sociedade melhor! Muito obrigado, *lieber Doktovater* Erik Jayme!" Após aplausos, a Sra. Reitora fez o seguinte pronunciamento: "Caro Vice-Reitor, Professor JOSÉ CARLOS FERRAZ HENNEMANN; Excelentíssimo Senhor Diretor da centenária Faculdade de Direito, Professor Plínio de Oliveira Corrêa; Vice-Diretor da Faculdade de Direito, Professor Sérgio Porto; ex-Diretores desta Faculdade, Professor Almiro do Couto e Silva, Professor Peter Ashton; Professor Emérito, Eloy Julius Garcia; Sr. Embaixador, Jorge Ribeiro, Representante do Ministério das Relações Exteriores que nos honra com sua presença neste Ato; Sr. Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira; aos demais membros do nosso egrégio Conselho Universitário; a todos os membros do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão; membros do Conselho de Curadores; Pró-Reitores; membros da nossa Administração; Professores da Faculdade de Direito e ao saudá-los, saúdo também o Professor Eugenio Hernández-Bretón que veio da Venezuela e que participa de atividades junto a nossa Faculdade de Direito; senhores técnico-administrativos da nossa Universidade; estudantes e, de um modo especial, os estudantes da Faculdade de Direito, tão ciosos que são pelo significado deste momento que estamos vivendo, todos os senhores e senhoras presentes e meu caro Professor Erik Jayme. No plano de gestão da nossa Universidade, a partir de agora, sua Universidade também, começamos dizendo que a Universidade Pública, importante patrimônio social, caracteriza-se pela sua dimensão de universalidade na produção e na transmissão de experiência cultural e científica da humanidade. Isto está

fundamentado no Art. 2° do Estatuto da nossa Universidade. O Senhor, Professor Erik Jayme, com sua presença em nossa Universidade, agora de maneira mais efetiva e mais formal, é a expressão exemplar dessa dimensão de universalidade, de experiência cultural e científica que ao longo de mais de 100 anos esta Universidade vem perseguindo. Sua presença nos possibilita reafirmarmos, não só a nossa identidade enquanto uma Instituição acadêmica e científica, mas enquanto Instituição que busca também promover o desenvolvimento em todas as formas de expressão da nossa sociedade, da sociedade gaúcha e latino-americana. Sua presença significa a possibilidade de avançarmos, não só nesse caráter de universalidade que deve marcar uma grande Universidade, mas também de reafirmarmos que uma Universidade é grande na exata medida em que é capaz de interagir e de se relacionar, de forma a buscar viver em toda a extensão da palavra a experiência dessa internacionalização. O Senhor, Professor, e a Universidade que represento neste Ato, tem nos permitido manter essa cooperação internacional, marcada sobretudo por trocas e um diálogo entre iguais. O Senhor tem nos permitido estabelecer relações entre o hemisfério sul e o hemisfério norte, entre diferentes continentes, a velha Europa e a América Latina, não de forma submissa, mas a partir da troca, onde todos crescemos. Estas relações são a ponte entre a velha universidade européia, com sua larga história, e a jovem universidade brasileira. A nossa Universidade é uma Universidade centenária porque tem a Faculdade de Direito acompanhada pelas Faculdades de Engenharia, de Medicina e de Farmácia com mais de 100 anos, mas é uma Universidade que completará no próximo ano 70 anos como tal. Esta jovem universidade brasileira se torna mais rica com a sua presença, adquire e reafirma este caráter de permanência, de combate ao efêmero. Uma permanência que se renova constantemente, para que efetivamente se coloque como valor imutável, como uma coisa que é duradoura e que é capaz de dar solidez a esta Instituição e a todos os profissionais que ela forma e que aqui vivem. O nosso homenageado de hoje, dizia a Professora Cláudia Lima Marques, nos homenageia. Esta jovem Universidade que no Brasil começou com o esforço de buscarmos a modernidade, aquela modernidade que nos coloca sempre na condição de que somos aprendizes, que temos que crescer, que temos que trocar, mas que temos também que preservar. A Universidade tem a função de ser a grande preservadora da ciência, da cultura e dos valores. Tem que ser aquela grande mediadora, especialmente num continente como o nosso. O Senhor sabe muito bem o significado que tem para todos nós buscarmos e sermos mediadores também para que o Direito cumpra esta função que a Professora Cláudia lembrava como expressão sua: "O Direito como expressão cultural de um povo". O Direito como expressão cultural de um povo tem que significar também que é a expressão desta função de mediadora da Universidade, entre aquilo que fazemos, que produzimos, que pensamos, que avançamos, que descobrimos, com aquilo que vive a nossa sociedade nas suas diferentes formas de organização, seja de forma coletiva, seja de forma individual. Isto é um aspecto importante que tem a Universidade como preservadora, como mediadora, mas também a Universidade como aquela que antecipa. Esta é uma

função que é dada à Universidade. Aquela que percebe as grandes modificações do mundo, da sociedade e que é capaz, com muito rigor científico de sistematizar estas reflexões e desenvolver a sociedade para que ela, com este rigor científico, não deixe escapar o rigor da sensibilidade, caso contrário se afastará demais da nossa realidade e, conseqüentemente, perderá suas funções básicas. Esta é a visão de Universidade que temos perseguido. Esta visão de Universidade encontra no Senhor, permita-me dizer: um grande parceiro, um grande amigo. Aquele que quer possibilitar a todos nós, a renovação enquanto Instituição, enquanto unidade produtora de direito, enquanto professores, pesquisadores, servidores públicos e estudantes. É isto que nos renova permanentemente. É isto que nos dá, mostrada através da sua Universidade também, este caráter da interdisciplinariedade tão importante que deve sempre desalojar da profunda tentação que todos temos, de olharmos para os nossos projetos, para a nossa disciplina, para a nossa especialidade, enfim olharmos para os nossos interesses específicos. A sua presença aqui nos dá a possibilidade de olharmos para toda a nossa atividade acadêmica e para as atividades do Direito como alguma coisa capaz de ultrapassar limites, capaz de nos propiciar a formação de um profissional plural. É este profissional plural que terá mais tolerância, mais respeito às diferenças, com uma visão que fará com que a Universidade se reafirme também enquanto instituição heterogênea, diversificada, o lugar de polêmica, porque isto é uma Universidade e sua presença nos possibilita isto. Quero aqui também ressaltar Professor Erik Jayme, que o Senhor vem de uma Universidade que, ao longo da nossa pequena história, tem trazido a esta casa uma colaboração intensa, na área do direito, da filosofia, da biofísica, da economia, da educação física, das letras e em outras tantas áreas. Nós dizemos com muita honra que nossa Universidade é uma das mais qualificadas entre as universidades brasileiras, e às vezes poderão dizer: mas como uma Reitora diz isso de forma tão clara e tão objetiva. Ela diz isso porque sabe que seu trabalho é resultante de gerações que nos antecederam. Porque sabe também que esta Universidade não começou conosco e não acaba conosco. E vemos isto quando olhamos para jovens professores, muitos dos quais o senhor ajudou a formar, como a Professora Cláudia. Eu lia ontem e precisei dedicar muito tempo para ler todo o seu currículo, todas as suas atividades e vi a contribuição imensa que deu na formação dos nossos professores e dos nossos estudantes, possibilitando a muitos esta grande e invejável oportunidade de poder buscar uma formação e viver em sua secular Universidade. É isto que qualifica esta casa, e nos possibilita, portanto, uma constante renovação e nos faz acreditar que temos um grande futuro. E se temos bons amigos, bons parceiros, enquanto indivíduos, enquanto professores, bons parceiros enquanto instituição, enquanto Universidade, nós temos a certeza de um grande futuro. E que alguns séculos adiante as pessoas olharão para a nossa história e verificarão que esta Universidade só é grande porque soube se abrir e acatar a grande generosidade de todos os senhores que a ajudaram. No dia de hoje, esta Universidade sente-se feliz, honrada, de poder recebê-lo numa sessão que, como lhe disse antes, é bem menos formal do que aquelas outras tantas que o Senhor está acostumado a viver e da qual o

Senhor recebeu outros títulos, mas com certeza tem o caráter e o simbolismo igual a todas as outras. É marcada, sobretudo, pelo sentido profundo de que este título é conferido àqueles que, depois de uma longa vivência acadêmica, profissional e cidadã, são merecedores desta homenagem e de nosso afeto. O que seria das nossas academias e do nosso conhecimento se ele não fosse marcado também pelo afeto, que não é a banalização da pós-modernidade, mas a efetiva expressão de que aquilo que produzimos não é resultado de um trabalho individual, ao contrário, tem sentido coletivo e ao mesmo tempo tem sentido público. Parabenizo a nossa Faculdade de Direito por essa decisão, a partir de proposta feita pelos professores Cláudia Lima Marques, Manuel André da Rocha, Vera Maria Jacob de Fradera e outros tantos professores, pautados pelo apoio dos estudantes. A concessão deste título enriquece a nossa Faculdade de Direito e, portanto, a todo nós. Ganhamos todos. Repito aqui as palavras da Professora Cláudia: "O nosso homenageado, nos homenageia". É com muita honra, portanto, que nós o recebemos aqui na nossa Universidade, agora, também como Doutor Honoris Causa, nosso Professor muito especial. É com muita honra Professor, que em nome da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, eu quero fazer chegar às suas mãos, o Título de Doutor Honoris Causa da nossa Universidade". A seguir, a Magnífica Reitora, Professora Wrana Maria Panizzi, passou às mãos do homenageado o diploma referente ao Título de Doutor Honoris Causa e uma medalha com o brasão da Universidade, bem como uma aquarela com a reprodução do prédio da Faculdade de Direito da UFRGS. Na seqüência, o Doutor Honoris Causa da UFRGS, Professor Erik Jayme fez o seguinte pronunciamento: "Magnífica Reitora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Professora Dra. Wrana Maria Panizzi; *honorabilis* Vice-Reitor, Professor José Carlos Ferraz Hennemann; Excelentíssimo Senhor Diretor da Faculdade de Direito, Plínio de Oliveira Corrêa; Excelentíssimo Senhor Vice-Diretor da Faculdade de Direito, Professor Sérgio José Porto; caríssima Professora Dra. Cláudia Lima Marques; Senhoras e Senhores Conselheiros do Conselho Universitário da UFRGS; minhas senhoras e meus senhores. Receber hoje o Título de Doutor Honoris Causa desta prestigiosa Universidade é motivo de minha profunda gratidão. É também uma grande honra para minha Universidade de Heidelberg, parceira perpétua desta Universidade. Há mais de dez anos que fundamos a Associação Jurídica Alemã-Lusitana com a finalidade de promover o diálogo entre a cultura jurídica alemã e a cultura jurídica dos países lusófonos vista como um fenômeno mundial, que compreende todos os continentes. É uma grande satisfação de ver os frutos do nosso empenho, a troca de estudantes e docentes e a promoção de pesquisas luso-alemãs, com doutoramentos excelentes como o da Professora Cláudia Lima Marques em Heidelberg e a promoção de pesquisas luso-alemãs. O tema escolhido para esta *lectio doctoralis* é o seguinte: "A dimensão cultural do Direito - seu significado para o Direito Internacional Privado e o Direito Comparado". A dimensão cultural do direito aparece hoje em vários contextos. O tema tem conjuntura e reflete os sentimentos da hora atual *(zeitstimmung)*. Falar da dimensão cultural do direito pressupõe a consciência de as culturas serem

diferentes e de os sistemas jurídicos constituírem as expressões das culturas nacionais. É bastante pensar nas divergências entre os sistemas jurídicos da cultura islâmica e da cultura ocidental. Os elementos culturais que influenciam o direito são, sobretudo, a religião, a língua, as tradições de um país e os costumes do povo. Daí compreende-se o papel importante da dimensão cultural do Direito no âmbito do Direito Internacional Privado, que tem a missão de resolver os conflitos de leis. Além disso, a reflexão sobre a dimensão cultura do direito conduz a novos métodos da comparação jurídica, que tendem a evidenciar a identidade cultural dos sistemas jurídicos. Vou falar na primeira parte desta conferência sobre a importância atual da dimensão cultural do direito nas discussões da política do direito. A segunda parte concerne ao papel do Direito Internacional Privado para a solução de conflitos culturais nas situações concretas. Na terceira e última parte, tratarei de algumas questões da comparação de culturas jurídicas. Começo com as atualidades da política do direito. O contexto no qual a dimensão cultural do direito é propagada, refere-se à globalização. Este fenômeno é visto, muitas vezes, como um fato exclusivamente econômico de proveniência norte-americana, a qual se opõe à dimensão cultural européia. Assim o grande autor da "História do Direito", Paolo Grossi, Professor da Universidade de Florença, em 07 de março de 2002, confessou em frente da Academia Nacional Italiana, em Roma, na sua conferência "Globalização, Direito e Ciência Jurídica", que o Direito tem uma dimensão cultural. Pensa ele que a globalização significa a entrada irresistível de valores jurídicos da *Common Law* no direito continental europeu, fenômeno sobre o qual não se deve mais silenciar. Paolo Grossi visualiza aqui um desafio, de um lado positivo, como uma chance de quebrar estruturas imóveis; de outro lado, denuncia criticamente o atual significado do poder econômico, que o chega até a determinar quais vão ser os valores jurídicos. Vejamos: Em um momento de transição para uma estrutura mundial ou global do Direito, a dimensão cultural do direito e do nosso próprio ordenamento jurídico, direito com o qual estamos acostumados, família de Direito a qual pertencemos, ficam cada vez mais claros. Aqui "cultural" aparece como contrário de "econômico", é um entendimento não racional, mas tradicional do Direito, que em tempos de globalização retorna com mais força em nossa consciência. Ao mesmo tempo os juristas agora temem frente à preponderância dos economistas pela independência de sua ciência. A dimensão cultural parece ser aqui realmente "jurídica" do Direito. Em sentido convergente, observa-se os estudos franceses dos Arquivos de Filosofia do Direito de 2001, em inúmeros artigos, sobre a chamada "Americanização do Direito". Na Alemanha, também, no último número da Revista da Ciência Jurídica Comparada, um conhecido autor publicou um artigo sobre as vantagens do direito alemão frente aos modelos de contratos norte-americanos. Desta maneira, a discussão do direito comparado, no âmbito da globalização, retorna ao tema perpétuo da comparação entre o sistema da *Civil Law* e da *Common Law*. A dimensão cultural do Direito parece, num outro contexto, como limite à harmonização legislativa nas comunidades regionais no sentido do princípio da subsidiariedade. Quando estudamos os limites da harmonização legislativa, por

exemplo, entre os países da União Européia, a questão da dimensão cultural retorna. Aqui devemos considerar inicialmente o princípio da subsidiariedade presente no Art. 5,2 do Tratado de Roma. Este princípio vem sendo interpretado como autorizando que a cultura nacional do direito possa defender-se contra uma unificação dos direitos. Em uma Tese de Doutorado apresentada em Heidelberg, recentemente, podemos ler a seguinte frase: "Uma vez que representa as necessidades da pós-modernidade, o princípio da subsidiariedade que tem o efeito protetor na relação aos pilares culturalmente mais consolidados no direito nacional, significa um limite à harmonização legislativa e como que barra nestas matérias o avanço da harmonização dos Direitos europeus, até que, em virtude de uma concorrência entre ordens jurídicas, uma nova base para a harmonização legislativa seja criada". Além disso, existem estudos que comprovam que a diferença cultural de cada uma das ordens jurídicas nacionais dos Estados membros da União Européia leva a divergências na transposição de Diretivas, que são as leis modelos da União Européia. Significa como afirma Martin Gebauer: "daí a suspeita que cada ordem jurídica de um dos Estados forma um seu próprio, "direito privado europeu", o qual nesta forma é único e existe em nenhum dos outros Estados Membros da União Européia. Mesmo em Direito Comercial, o entendimento de institutos jurídicos tradicionais pode ser tão diferente, que o direito harmonizado venha apenas para estabelecer *standards* mínimos, os quais complementam as diferentes regras, mas não as tornam unitárias, sequer aproximadas. O princípio da subsidiariedade aparece no mais como uma redescoberta da pós-modernidade. Pensado foi em primeira linha um direito do indivíduo à diversidade. Mas também os sistemas jurídicos podem defender a diversidade deles próprios. Desta maneira chegamos a pergunta sobre a dimensão cultural dos sistemas jurídicos. Segundo o Art. 6, 3 do Tratado da União Européia, deve esta união respeitar "a identidade nacional dos Estados Membros". Aqui inclui-se o sistema jurídico de cada país, enquanto parte da identidade nacional. Esta norma refere-se - assim interpreta a doutrina - a certas regras jurídicas enraizadas culturalmente naquele Estado, sobretudo no âmbito do Direito Constitucional. O Direito Privado praticamente até agora não se articulou sobre o tema. Em uma conferência em Frankfurt sobre a dimensão cultural do sistema italiano de direito procurei demonstrar com algumas normas, quais as que pertencem à identidade cultural concreta e utilizei como exemplo as normas sobre a proibição dos pactos sucessórios recíprocos e de testamentos conjuntivos de um casal na Itália e, ao contrário, a total abertura do Direito Alemão para tais institutos. As mesmas proibições encontram-se no Direito Brasileiro. Nada reflete mais a identidade cultural de um sistema que as normas jurídicas que regulam estas relações em caso de morte do indivíduo. No Direito Italiano encontramos um outro conceito de liberdade do indivíduo. O Direito Alemão autoriza uma tal vinculação, pois lá a segurança jurídica é considerada um valor básico da sociedade alemã. O Direito Italiano assegura a liberdade individual, até a morte. Estas divergências dos sistemas jurídicos baseadas sobre dimensões culturais diferentes do direito nacional, opõem-se à harmonização do direito civil na Europa. Frente a tais

divergências dos sistemas jurídicos surge a questão de saber quais são as razões da diversidade dos princípios do direito privado nos vários países. A resposta clássica é a seguinte: mostram-se as diferentes visões da pessoa humana. Daí nasce a possibilidade de estabelecer a dimensão cultural do direito, se recorrermos às diferentes visões de pessoas que estão na base destes direitos. Zweigert e Kotz incluíram na sua obra sobre Direito Comparado um capítulo intitulado "O estilo das famílias de Direito", em que compararam ao estilo planejado e organizado dos direitos da Europa Continental ao estilo "improvisado" dos ingleses. Da mesma forma podemos comparar as noções sobre os critérios para determinar a concepção de consumidor. Na Alemanha, aparece o consumidor "fugaz" e pouco informado. Na França, porém, o consumidor "mediamente atento". No Brasil, a visão também é diferente. O direito brasileiro de proteção ao consumidor distingue entre crianças e adultos. Abusivas são as publicidades, que usam e abusam da pobreza das crianças. Em um caso célebre, tratava-se de uma publicidade de chocolates que animava as crianças a arrombar um supermercado. A reação do direito brasileiro colocou em primeiro plano a dignidade dos pobres. A concepção de consumidor no Brasil ficava assim impregnada da necessidade material de setores da sociedade, cujo respeito não poderia ser esquecido, mesmo se a noção também usada de "observador menos atento" encontra sua origem no direito alemão. Uma outra visão bem diferente da dimensão cultural do direito é dada quando se observa os conflitos de cultura, que hoje povoam a visão política de mundo na atualidade. A relação entre o mundo laico do ocidente e o direito dos Estados islâmicos, um direito fortemente influenciado pela religião, ganha destaque. A religião aparece como uma dimensão cultural destes direitos, o que em conflitos internacionais do direito privado parece dar-lhes uma nova legitimidade. Esta legitimidade, por sua vez, tem a sua fonte no fato que, dentre os princípios básicos das Constituições dos países ocidentais encontrar-se a liberdade religiosa, e para o exercício desta liberdade religiosa temos que reconhecer ou utilizar justamente as normas religiosas, como as do Código de Direito Canônico, do qual um bom exemplo encontra-se na Convenção da ONU dos Direitos da Criança de 1989. Para tratar de crianças abandonadas ou sem pais, deve-se considerar entre outras possibilidades a concessão de guarda em família substituta, a *kafala* do direito islâmico, a adoção ou a colocação em Instituições especiais. A fonte desta norma encontra-se na proibição que o Alcorão lança sobre a adoção. O instituto que o substitui é a *kafala*, uma espécie de guarda permanente para menores que tem sua fonte na declaração de vontade dos pais substitutos. O Art. 20, 2 da convenção da ONU sobre os direitos da criança determina: "Na escolha entre as medidas deve-se levar em conta a continuidade na educação da criança, bem como sua origem étnica, religiosa, cultural e lingüística". Com isto a medida correta para crianças islâmicas não deve ser a adoção, mas sim a *kafala* como a instituição jurídica mais adequada. Da mesma maneira a Espanha em 1996 reformou seu direito de proteção das crianças e adolescentes e no Art. 173 do Código Civil Espanhol inclui as várias medidas protetivas possíveis, inclusive a *kafala*. Já em outros países ocidentais, a *kafala* é um constante problema de direito

internacional privado, especialmente como aplicar-se as muitas e detalhadas normas dos países islâmicos sobre o tema, como por exemplo a recente lei marroquina de 03 de junho de 2002. Aqui o conflito de culturas fica bastante evidente. Basta observar o Art. 2° da lei marroquina: "A *kafala* não concede à criança o direito de filiação, nem de sucessão". A adoção, ao contrário, assegura para a criança justamente estes direitos, mas a origem religiosa e cultural da criança chama à aplicação da *kafala*. O interesse material da criança em ter alimentos e de ser herdeira, restringe-se a um segundo plano. Peso especial é dado ao bem estar espiritual e cultural da criança. Por fim, para concluir este panorama de contextos nos quais aparece a dimensão cultural do direito, essa alcança a atualidade face ao crescente número de normas culturalmente orientadas. O Direito da Arte e o Direito da Cultura começam a estabelecerem-se como disciplinas jurídicas autônomas. Cite-se que a *"cultural exception"*, é uma das poucas exceções aceitas à livre circulação de mercadorias nos sistemas regionais e globais, como a Organização Mundial do Comércio – OMC. Objeto de proteção são os bens culturais que para a identidade cultural de um povo são de importância. Dentre os quais inclui-se a língua falada naquele país. Como na nova lei polonesa sobre a língua de 2002, aqui devem ser protegidos não só o tráfico jurídico, mas a linguagem jurídica. Também codificações como o Código Civil Francês de 1804, com a sua clareza cartesiana e o novo Código Civil Brasileiro, com as suas inserções de normas de forma lírica e poética, refletem o estilo e o espírito da cultura de um país e, portanto, em muitos sentidos podem ser vistos como bens culturais daquela nação. Especialmente interessante aqui é a chamada proteção cultural dos consumidores. Assim, por exemplo, segundo o Art. 483 do Código Civil alemão, pode o consumidor que concluiu um contrato de multipropriedade ou *time-sharing*, exigir uma cópia, não só na língua do país onde o imóvel se encontra, mas também na língua do país onde ele, o consumidor, pertence. Trata-se de um direito geral. Qual a língua que ele efetivamente domina melhor ou se talvez ele entenda a língua da outra parte contratante não é levada em conta. Como primeiras conclusões parciais podemos afirmar que a dimensão cultural dos direitos está presente em muitos momentos. Trata-se neste momento, geralmente, de destacar as diferenças, que têm sua fonte em relações culturais metajurídicas. Adicione-se a reflexão que muitas normas jurídicas existem, as quais de forma toda especial estão vinculadas com a identidade cultural de um país, enquanto outras são regras mais técnicas, que justamente por sua pouca ligação com o cultural, são trocadas mais facilmente. Voltamos ao Direito Internacional Privado e aos conflitos de leis. Para o Direito Internacional Privado minha tese é que o método conflitual do direito internacional privado pode e deve levar em consideração estas ligações culturais. Na ciência do Direito Comparado, assim é a minha tese, hoje desponta muito menos o heurístico princípio da *"praesumtio similitudinis"* e mais da presunção da diferença. Seguidamente comenta-se hoje que o Direito Comparado é um instrumento que ilumina a consciência sobre as identidades culturais. Visto politicamente, parece que a cultura é como um ponto de discórdia, como demonstra o forte debate atual na Europa sobre a entrada ou não da Turquia na União Européia. Pergunta-se que fatores

seriam estes que moldam a dimensão cultural do direito. E, desde Vico e Montesquieu existem formas já fixadas para descrever os fatores e objetivos, que influenciam o conteúdo das normas e os respectivos ordenamentos jurídicos e para chegar às diferenças. Importam, segundo estes filósofos, o clima, a região, a língua, a raça, os costumes, a história e as religiões. No século XIX foram desenvolvidos ainda os fatores subjetivos que aportam uma consciência de conexão cultural. Mancini considerava como elemento constitutivo da nacionalidade a "consciência da nacionalidade". O mesmo pode se dizer hoje. Carlos Fuentes, um dos mais influentes pensadores do nosso tempo, afirmava há pouco no III Fórum Ibero-Americano, em Toledo: "Nos unem as línguas ibéricas português e espanhol, mas também a vontade de dar-lhe conteúdo às palavras". Se pensamos no direito, podemos afirmar o mesmo, mas somente para aquelas normas jurídicas que apresentam conteúdo ou cor cultural. E são os juristas, em primeira linha, aqueles que transferem e reproduzem essa consciência, a aplicar o direito, mas para lá dos juristas, todo um povo. Neste sentido, parafraseando a opinião de Antunes Varela sobre o "compromisso de compra e venda", este negócio jurídico seria o "mais brasileiro" de todos os contratos civis. Aqui a promessa, um contrato de compra e venda de imóvel, é feita para o futuro. Para um brasileiro, muitas vezes, este é o contrato mais importante de sua vida e especialmente para as classes mais pobres, um visível instrumento de esperança de propriedade e de bem-estar, ao mesmo tempo, para o co-contratante, um objeto de especulação. Em apenas cinco artigos, o novo Código Civil Brasileiro regula secamente o "contrato preliminar", refletindo, porém, mais de seis décadas de controvérsias e evolução, na jurisprudência e na legislação, desse instituto jurídico. Impossível não sentir entre as linhas, as lágrimas e os esforços de toda uma geração. A alcançada flexibilidade de forma, as quatro palavras: "exceto quanto à forma do Art. 462, e daí oriunda proteção da confiança daquele que assinou o negócio, mesmo sem o requisito da escritura pública. Uma confissão apoiada pela prática da jurisprudência da evolução do direito brasileiro na direção da proteção da pessoa no Direito Civil. Encontramos assim, na memória coletiva dos brasileiros, uma figura de memória no direito privado. Se aplicamos o direito internacional privado, é interessante observar uma fonte quase não estudada: as perguntas e os questionamentos dos juizes aos Institutos de Direito Comparado. Na Alemanha, a averiguação da lei estrangeira aplicável segundo as normas do direito internacional privado efetua-se *ex officio*. Os juizes, normalmente, requerem pareceres aos Institutos Universitários. Talvez não compreendam todos os detalhes das fontes do direito internacional privado, mas demonstram de qualquer maneira uma sensibilidade, uma maneira de ver dos magistrados que merecem exame. Vejamos um exemplo: trata-se de uma família no Sirilanka, um casal da Península de Jafra, que pertencem à religião induísta. O marido deixa o país por razão dos acontecimentos políticos, vai à Alemanha e encontra trabalho. Sua mulher e dois filhos continuam em Sirilanka. Ele visita a família algumas vezes. A família vive da parte de seu salário que lhes é enviada. Agora o marido requer, depois de muitos anos, o divórcio frente a um juiz alemão. A esposa responde não ser culpada de

nenhuma violação aos deveres conjugais. O juiz elabora para o *expert* três perguntas, quais sejam: se há competência internacional para julgar este caso na Alemanha, qual o direito dele ser aplicado (do Sirilanka ou direito alemão) e, se o divórcio alemão será reconhecido ou não em Sirilanka. A regulamentação européia sobre casamentos é aqui brutal. O direito comunitário europeu encontra aplicação mesmo se o réu tem seu domicílio em um país fora da União Européia. Com isto, basta que a residência habitual do autor seja por mais de um ano em um país da União Européia, como a Alemanha, para que se dê a chamada competência internacional do juiz alemão. Diferentemente da lei alemã, o direito europeu não se importa com a capacidade ou não desta decisão ser reconhecida no país de domicílio da parte ré. O modelo escandinavo de um rápido, irresistível e unilateral divórcio determinou o conteúdo do direito comunitário europeu. Rápido e sem burocracias, assim deve ser o divórcio. No princípio objetivo da ruptura natural, a culpa não importa. É favorecido o autor. Observa-se, pois, que importante foi a pergunta do juiz sobre a possibilidade ou não de reconhecer seu julgamento no Sirilanka, demonstrando assim, sua abertura para uma outra cultura. Quanto ao direito aplicável, aplica-se na Alemanha ainda o princípio da nacionalidade. O direito de divórcio do Sirilanka tem muitas raízes, além daquelas ligadas às diferentes religiões pessoais, qual sejam os *Roman Dutch Law* e o antigo direito inglês. Por isso utiliza até hoje o princípio da culpa. Quando em 1977 o legislador do Sirilanka introduziu a possibilidade de divórcio após sete anos de separação de corpos, o judiciário interpretou a lei conforme as suas raízes. Assim a Suprema Corte do Sirilanka considerou que somente o cônjuge não culpado pelo divórcio pode o requerer. "*... it is shocking to judicial conscience that a party who defies the moral laws can obtain a divorce on the grounp of his own matrimonial offence of malicious desertion. It is unconceivable that a responsable legislature would have intend... to lend sanction to such proceeding... (such) an interpretation destabilises the institution of marriage and undermines the moral and social functions of our society.*" Aqui encontramos novamente o princípio jurídico, que se encontra profundamente enraizado na consciência dos juízes. Enquanto em direito de família e de sucessões a dimensão cultural do direito aparece através do sentimento das partes e também do juiz, em matéria de obrigações, são os fatores objetivos que aparecem. Aqui, podemos notar a existência de usos e costumes comerciais com raízes culturais. Um bom exemplo é o direito turco de proteção ao consumidor, que encontra a aplicação no dia a dia dos tribunais alemães em casos de compra de tapetes, efetuada por turistas alemães na Turquia. Na Turquia, a Diretiva sobre contratos concluídos fora do estabelecimento comercial foi incorporada no Art. 8° da lei de proteção dos consumidores. Mas o direito de arrependimento não existe, se é "uso e costumes" que este tipo de venda seja realizada pelos vendedores fora do estabelecimento comercial. O direito comunitário europeu considera que comerciantes devem ter normalmente um local comercial, no qual o consumidor então fará suas compras. Em outros locais, não espera o consumidor fazer negócios, daí a necessidade de ser protegido de forma especial. Em países não europeus, a realidade é outra, as mercadorias são oferecidas em aberto, na rua. O local de comércio

stricto sensu não existe. Oferta fora do estabelecimento comercial não tem nada de surpreendente nestes países, o que cria um conflito de leis. O turista e consumidor alemão não conhece os costumes comerciais turcos. Mas quem por iniciativa própria viaja para o estrangeiro deve adaptar-se aos costumes e usos estrangeiros. Esta é a solução do Art. 5° da Convenção de Roma. Quanto ao Direito Comparado, se queremos nos aproximar da dimensão cultural do direito devemos nos esforçar, não só em procurar soluções comuns, mas sim procurar as divergências entre os Direitos. Um estudo que conseguiu realizar este intento foi o do Instituto Max-Planck de Hamburgo sobre "O *status* das uniões homossexuais". A evolução mais atual sobre o tema é a Decisão da Corte de Direitos Humanos de Strasburgo de 26 de fevereiro de 2002. Sobre a pergunta se uma pessoa de orientação homossexual podia adotar uma criança, resolveu a corte que não existe nenhum princípio geral e que as jurisdições nacionais estão mais aptas para decidir. Aqui a existência de permissão legal em normas representa a dimensão cultural deste direito para aquela sociedade em especial. Como complementação do mencionado estudo, escolho duas originais leis portuguesas de 11 de maio de 2001, que sobre a proteção das pessoas, que vivem em uniões econômicas e a outra em uniões de fato. As duas leis retiram do viver em comum conseqüências jurídicas. O que está em harmonia com outras leis dos países da família lusitana dos direitos, como por exemplo, o Código de Família do Cabo Verde. No Brasil, a proteção da união estável encontrou guarida constitucional. Através da lei portuguesa regulam-se as uniões de fato entre duas pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo. Assim como as uniões econômicas de duas ou mais pessoas. No Brasil, a jurisprudência utilizou analogicamente as regras sobre uniões estáveis para regular casos de uniões homossexuais. Aqui observa-se o modelo conhecido de direito comparado de recepção ou importação de soluções entre ordenamento jurídico semelhantes ou aparentados. O especial das leis portuguesas é que estas asseguram somente alguns direitos frente a terceiros ou ao mundo exterior, por exemplo, de locação, de impostos, de previdência. As leis não prevêem deveres internos da união. Esta solução é desconhecida nos outros países europeus, mas reflete bem a mentalidade portuguesa. Se pessoas estabeleceram seu próprio caminho de vida em comum ou vida econômica em comum, então o direito protege esta união frente aos outros. Já internamente, a regra é determinação própria dos parceiros e tolerância. Quem determina sua própria lei interna, então o direito mantém e protege. Chego a uma breve conclusão: em um dos mais belos quadros do pintor espanhol José de Riberas, "Ascensão de Maria", na Igreja de "La Purísima", em Salamanca, indica-se o pintor neste quadro elaborado em Nápoles, no ano de 1635, como um "espanhol, valenciano". Relembra assim que ele não era apenas espanhol, mas pertencia ao grupo dos cidadãos de Valência. Na pós-modernidade estamos novamente abertos a estas duplas identificações. Cada cidadão europeu pertence também a um estado da União Européia. Assim, o *"double coding"* não se encontra apenas na arquitetura, mas se revela um dos princípios básicos do nosso entendimento contemporâneo. O Direito pode refletir ambos, a fria racionalidade dos instrumentos de transação e de contabilidade

de custos e, de outro lado, a profunda relação da identidade cultural de um país. Um não exclui o outro. Ao Direito Internacional Privado e ao Direito Comparado está colocada a tarefa de alcançar um certo equilíbrio entre os dois lados do Direito. Agradeço a todos". Após aplausos, a Sra. Presidente agradeceu a presença de todos e declarou encerrada, às 11h45min, a sessão solene, do que, para constar, foi lavrada a presente Ata que após lida e aprovada será assinada pela Sra. Presidente.

WRANA MARIA PANIZZI,

Reitora.

Transcrição e Redação: Margarida Testa

Digitação: Renata Fernandes da Silva

APROVADA EM: 16.04.04 – Sessão nº 1005

LAUDATIO PARA ERIK JAYME - MEMÓRIAS E UTOPIA

Entrega do Título de Doutor Honoris causa pela UFRGS
Porto Alegre (Brasil), 14.03.2003 por Claudia Lima Marques,
Professora Titular de Direito Internacional Privado da UFRGS
Coordenadora do PPGDir./UFRGS, Doutora em Direito (Heidelberg)

Magnífica Reitora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Professora Doutora Wrana Maria Panizzi

Exmo.Sr. Vice-Reitor Prof. Dr. José Carlos Hennemann

Excelentíssimo Senhor Diretor da Faculdade de Direito, Plínio de Oliveira

Excelentíssimo Senhor Vice-Diretor da Faculdade de Direito, Prof. Sérgio José Porto

Caríssimo Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme,

Caríssimos Conselheiros do Conselho Universitário da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Senhoras e Senhores presentes

É com grande prazer e honra que apresento o mestre, Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme, Professor Titular emérito da Universidade de Heidelberg e Diretor do Instituto de Direito Estrangeiro e Direito Internacional Econômico e Privado daquela Universidade co-irmã, justamente quando a Universidade Federal do Rio Grande do Sul oferece a este grande professor o título de *Doutor Honoris causa* UFRGS.

Erik Jayme, Professor catedrático de Direito Internacional Privado, Direito Comparado e Direito Civil da Universidade de Heidelberg é um dos maiores juristas de nossa época, internacionalista reconhecido mundialmente, famoso por seu brilhantismo e por seu profundo humanismo.

Com especial carinho pelo Brasil e pela UFRGS, contribuiu em muito para a manutenção e desenvolvimento do Convênio de Cooperação entre a Universidade

de Heidelberg e a UFRGS e, especialmente, para o Programa de Pós-Graduação em Direito/ UFRGS, onde ajudou a criar a linha de pesquisa sobre direito e pós-modernidade. Minha tarefa aqui é apresentar este que, em sua aula magna de despedida de 16 de julho de 2002,[1] em Heidelberg, foi aplaudido de pé por toda a universidade e ovacionado pelos estudantes, enquanto o Reitor da Ruperto Carola, Prof. Dr. Dr. Peter Hommelhoff, homenageava-o denominando o verdadeiro Ministro da Relações Exteriores da Universidade de Heidelberg. Efetivamente, Erik Jayme, com sua original doutrina, seu engajamento pela academia e sua abertura para o mundo, transcende a Faculdade de Direito ou o Instituto de Direito Estrangeiro, que por tantos anos dirigiu.

Erik Jayme reúne as qualidades dos grandes mestres, uma formação geral humanística, incluíndo 8 línguas e arte, uma cultura formidável, uma visão de presente realista e crítica, com um pensamento voltado – de forma muito ímpar – para o futuro. Sua aula magna de despedida tinha como título "Memórias e Utopia", que , com a vênia do mestre, utilizarei para dividir esta pequena exposição.

I - MEMÓRIAS

Na entrevista que concedeu a Revista Trimestral de Direito Civil, na seção Diálogo com a Doutrina, Erik Jayme testemunhava sua paixão pelo Direito Comparado e o Direito Internacional Privado, suas disciplinas de especialidade, afirmando: "*O que me prende é a realidade, o destino humano (Schicksale), os caminhos e problemas dos indivíduos.*"[2] Os caminhos de Erik Jayme não poderiam ter sido mais férteis:

Nascido no Canadá francofônico, em Montreal, província de Québec, era pois por nascimento 'un sujet britanique'. Seu pai era alemão, da região de antigo domínio francês. Sua mãe norueguesa também domiciliada no Canadá. Seus pais casaram-se no estado de Michigan, Estados Unidos. Em resumo, Erik Jayme acostumou-se desde logo ao chamado 'conflito das leis'. Isto é, quando a norma de mais de um ordenamento jurídico ou de mais de um Estado pode aplicar-se para regular a um só caso da vida privada. Acostumado à diferença e à pluralidade de culturas, optou pela nacionalidade alemã. Apesar do passaporte alemão, para ser professor em Mainz, Münster, Munique e Heidelberg teve que provar sua 'origem' e sua identidade cultural. Seus estudos refletem também esta abertura para o outro, o diferente, o estrangeiro, as diferentes culturas e línguas. Realizou seus estudos de graduação, mestrado e Doutorado em Direito em Frankfurt, Munique, Pavia (Itália) e Berkeley (Estados Unidos).

---

[1] Ainda não publicada, gentilmente cedida por Christian Schindler e Niko Geiben do Intituto de Direito Estrangeiro da Universidade de Heidelberg, Alemanha, a quem agradeço.

[2] Revista Trimestral de Direito Civil -RTDC, ano 1, vol. 3 jul./set. 2000, p. 289.

Além do Direito, justamente o direito internacional privado, estudou também História da Arte, em Munique e aperfeiçoou-se em Portugal, onde aprendeu o português. Domina assim o alemão, o francês, o norueguês, o italiano, o inglês, o português e o croácio, além das línguas clássicas, latim e grego. De uma cultura impressionante, caracteriza-o a timidez, a simpatia e a precisão de um pensamento claro, aberto, profundo, sábio.

Um dos professores alemães de Direito Internacional Privado mais citados no mundo e no Brasil, Erik Jayme muito tem realizado pelo Direito brasileiro, especialmente através de seus inúmeros artigos publicados, suas palestras e cursos, os vários alunos e professores brasileiros da UFRGS que já orientou e, principalmente, através de suas renovadoras teorias sobre tolerância e humanismo no Direito. Fundador e grande incentivador da Associação Alemã-Lusitana de Juristas, tem criado pontes entre estas duas culturas, divulgando o direito e a cultura dos países de língua portuguesa.

Erik Jayme é membro da Academia das Ciências de Heidelberg, da Academia Nacional Italiana de Ciências, do Instituto Lombardo e da Academia de Ciências Austríaca. Foi Presidente do Instituto de Direito internacional, Diretor da Associação de Direito Comparado e é atualmente um dos três *Academiciens* ou Diretores de Direito Internacional Privado da Academia de Direito Internacional de Haia, além de Presidente da Associação Luso-Alemã de Juristas. Diretor da importante revista IPRAX, tem seus trabalhos publicados na Alemanha, Suíça, Áustria, França, Portugal, Noruega, Itália, Grécia, Hungria e Japão, assim como, enre nós, nos Estados Unidos, Canadá, México, Venezuela, Chile, Argentina e Brasil.

Na Alemanha, Erik Jayme recebeu todos os maiores prêmios que um jurista pode alcançar, inclusive o prêmio máximo de pesquisador de Baden-Würtemberg. Doctor *honoris causa* pela Universidade de Ferrara, Itália (1991); pela Universidade de Budapest, Hungria (2000) e pela Universidade de Montpellier, França (2001), hoje recebe o mesmo título honorífico das mãos de nossa magnífica Reitora Profa. Dra. Wrana Pannizzi.

Fundada em 18 de outubro de 1386, a Universidade de Heidelberg, Ruperto Carola, a primeira universidade em solo alemão, criada sob o modelo da Universidade de Paris, tem como emblema o leão do Palatinado segurando um livro em que se lê: *semper apertus*, sempre aberto.[3] Na bela Heidelberg, na *Universitätsplatz*, ao lado da Reitoria e do prédio central da Universidade, está localizado o Instituto de Direito Estrangeiro e Direito Internacional Privado de que é Diretor emérito, com sua maravilhosa biblioteca e amicável acolhida, que este encanta e forma pesquisadores do mundo inteiro. Domina a praça da universidade a estátuta de Palas Atena, a deusa da sabedoria, que saúda os

[3] Veja "Universitätsemblem", HAPP, Sabine e MORITZ, Werner, Die Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Sutton Verlag: Erfurt, 2003.p. 2.

estudantes a entrada da Universidade com a inscrição: *Dem lebendigen Geist*: ao espírito livre e vivo.[4] Quando completou 600 anos, a Universidade de Heidelberg adotou o lema: "Da tradição ao futuro".[5] Como sua *alma mater*, assim é Erik Jayme: aberto para o mundo, para o outro, para o diferente, unindo tradição e futuro, mas especialmente um espírito livre, vivo, original.

II - UTOPIA

Para o Programa de Pós-Graduação em Direito e para a Faculdade de Direito, este merecido título é motivo de júbilo. O homenageado, homenageia-nos com sua simpatia e engajamento pela UFRGS e pelo Brasil. Para honrar devidamente este brilhante e renovador jurista, mister conhecer um pouco mais de sua doutrina que encanta e sensibiliza em um Direito normalmente tão frio, tão distanciado das pessoas.

Utopia, o lugar (*tópos*) que não está (*ouk*), o lugar que desde Thomas Morus[6] queremos alcançar, a sociedade, o Estado Ideal que queremos re-construir. Qual é, pois, a utopia de Erik Jayme?

Dois são os eixos do pensamento deste grande jurista universal: alcançar a Igualdade entre Estados em uma sociedade globalizada, do pequeno ao grande país, criar e manter as bases do tratamento isonômico entre ordenamentos jurídicos de todos os Estados, aplicar as leis de países muçulmanos, europeus, americanos, asiáticos e da Oceânia, sem discriminações, lançando as bases para a paz, criando harmonia nas decisões, respeito pela sentença estrangeira e Justiça para os casos privados com conexões internacionais. O segundo eixo é a igualdade material e formal entre indivíduos. Iniciou por seus estudos em favor de uma autonomia de vontade da pessoa humana, como parte de seu direito fundamental de desenvolver-se como pessoa e como *homo economicos*, que resultaram na Resolução da Basiléia de 1991 do Instituto de Direito Internacional. Sua teoria evoluiu para frisar que o sujeito livre é aquele informado e protegido das pressões do mundo contemporâneo, daí a necessidade do Direito proteger os mais fracos, do Estado não se abster e proteger os vulneráveis, do Direito ser instrumento de reequilíbrio de situações estruturalmente diferentes. Para então, em 1995, no seu Curso Geral de Direito Internacional em Haia lançar a sua mais famosa teoria, a do Direito Internacional como um instrumento de respeito à identidade cultural da pessoa humana.

---

[4] Doação do consulado norte-mericano para a Universidade, em 1930, SELLIN, Volker, SCHLECHTER, Franz, Dem Lebendigen Geist- Die Universität Heidelberg, Edition Braus,,Heidelberg, 1993, p. 44.

[5] No original alemão: "Vom Tradition zur Zukunft".

[6] Thiomas Morus escreveu em 1516 a sua obra "Utopia", veja sobre as origens da expressão Utopia, Kluge, Etymologissches Wörterbuch der deutschen Sprache, 23. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1999, p. 851.

Com seu realismo formidável, afirmava Erik Jayme em sua aula magna: "Temos de olhar o mal nos olhos, para poder vencê-lo." Assim, defendeu uma atualização necessária do Direito para acompanhar as mudanças, que a pós-modernidade impunha na sociedade, em velocidade impressionante no final do século XX. Este seu curso geral de Haia tem como título: "A identidade cultural e a integração econômica: o direito internacional privado pós-moderno". [7]

Com a utilização da expressão sócio-filosófica "pós-moderno" [8] procura o Professor Erik Jayme demonstrar o caráter de mudança, de crise, de variabilidade (*Umbruchcharakter*) de nosso tempo e de nosso direito. [9] A Tese de Jayme voltou-se inicialmente para os reflexos da pós-modernidade no direito internacional privado,[10] como ramo mais sensível aos contatos humanos internacionais de nosso tempo[11] e as mudanças nos valores e modelos da sociedade. [12] Mas a hipótese de trabalho de Jayme, qual seja de que o direito, como expressão cultural de um povo,[13] sofre reflexos maiores ou menores das mudanças valorativas, econômicas, históricas, éticas e mesmo religiosas de seu tempo, é válida também para outros ramos do direito. [14] Assim, em

---

[7] JAYME, Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - Cours général de droit international privé 1995,in Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye, 1995,II, p. 33 e seg.

[8]Veja Lyotard, Jean-François, Das postmoderne Wissen - Ein Bericht, Peter Engelmann (Hrsg.), [Aus dem Französischen von Otto Pfersmann], Viena: Passagen Verlag, 1994, p. 13: "Dieses Wort [postmodern] ist auf dem amerikanischen Kontinent, bei Soziologen und Kritikern gebräuchlich. Es bezeichnet den Zustand der Kultur nach den Transformationen, welche die Regeln der Spiele der Wissenschaft, der Literatur und der Kunste seit dem Ende des 19 Jahrhunderts getroffen haben."

[9]Jayme, Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - Cours général de droit international privé 1995,in: Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye, 1995,II, p. 36 e seg.

[10]Veja Jayme, Cours, p.28 e seg. e também Brilmayer, Lea "Post-modernism in American Choise of Law, Mélange Frações Laurent, p. 695 e seg.

[11] Assim também conclui Ciuro Caldani, Miguel, Lineas de semejanza entre el Derecho Internacional Privado clasico y el Derecho de la postmodernidad, in Boletim del Centro de Investigaciones, UNR, nr. 6, 1997, p. 65 e seg.

[12]Assim Jayme, p. 2 (Avant-propos) e Sánchez Lorenzo, Postmodernismo y Derecho Internacional Privado, in Rev. Esp. de Der. Int., 1994, p. 557 e seg.

[13]Veja também Sánchez Lorenzo, p. 557: "El Derecho es un producto cultural. Como tal, responde necesariamente a las características de un determinado momento histórico y evoluciona paralelamente a otras manifestaciones o productos de determinada cultura."...und p. 577 "El Derecho y el DIPr en particular se convierten entonces en un canal o medio de comunicación y de intercambio de valores hacia un mejor orden mundial."

[14]Neste sentido nossas conclusões na Tese de Doutorado, Lima Marques, Claudia, "Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts - Eine Analyse des Haager Adoptionsübereinkommens von 1993 im Hinblick auf das deutsche und das brasilianische Recht", Verlag für Standsamtwesen GmbH, Frankfurt-Berlin, 1997, p. 363.

um tempo conhecido como pós-industrial, com uma filosofia pós-estruturalista e discursiva,[15] uma era do vazio e de caos,[16] de desregulamentação, de privatizações,[17] de forte exclusão social,[18] da "euforia do individualismo e do mercado",[19] era de globalização, de radicalismo tribal, de convivência e intolerância, de antinomias tão fortes que já se prevê o fim da história, a morte da ciência,[20] o fim dos valores e outras catástroficas previsões para a nova era,[21] em resumo, em uma época de crise pós-moderna também o direito,[22] como ciência próxima da realidade social[23] e voltada para a sociedade,[24] estaria em crise e deve evoluir.[25] Uma crise de mudança, uma crise de crescimento.[26]

---

[15]Lyotard, p. 19., afirma sobre a chamada sociedade pós-industrial e a cultura pós-moderna que: "Dieser Übergang beginnt spätestens mit dem Ende der fünfziger Jahre, das für Europa das Ende seiner Wiederaufbauphase bezeichnet. Es geht, entsprechend den Länder und innerhalb dieser entsprechend dem Wirtschaftsbereich, mehr oder weniger schnell vor sich: daher die generelle Dischronie, die nicht leicht ein Gesamtbild abgibt." Já Harvey, David, The Condition of Postmodernity - An enquiry into the Origins of Cultural Change, Cambridge/Massachusetts 1994, p.3 e 42 identifica os anos 60 e 70 como os anos desta mudança. Outros preferem o final da segunda guerra mundial, os anos 50 como o início do movimento pós-moderno, assim Jameson, Frederic, Pós-Modernismo - A lógica cultural do capitalismo tardio, Atica, São Paulo, 1996, p. 27.

[16]Assim o instigante Lipovetsky, Gilles, La era del vacío- Ensayos sobre el individualismo contemporáneo, Anagrama, Barcelona, 1996, em especial, p. 6 a 8.

[17]Assim Ciuro Caldani, Miguel, Privatización y Derecho Privado, in Boletim del Centro de Investigaciones, UNR, nr. 20, 1995, p. 119 e seg.

[18]Veja Tourraine, Alain, Uma Visão Crítica da Modernidade, in: Cadernos de Sociologia, vol. 5, pg. 36 e 37.

[19]Ghersi, Carlos Alberto, La Posmodernidad Jurídica, Buenos Aires, 1995, p. 27: "No queda pues más que añadir, la posmodernidad es también la posmoralidad, es posolidaria, es sin duda le euforia del individualismo y el mercado, gobernados desde la tumba de Bentham por el nuevo perfil utilitarista, alidai al placer y a la felicidad consumista."

[20]Como explica Vattino em sua introdução, "O pós de pós-moderno indica, com efeito, uma despedida da modernidade...", veja Vattino, Gianni, O fim da modernidade- niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna, Martins Fontes, São Paulo, 1996, pg. VII.

[21]Como afirma Habermas, reconhecer , nomear ou denominar um fenômeno, como se faz com o pós-modernismo, significa se distanciar suficientemente deste e , mesmo, decretar o seu fim. Habermas não se considera pós-moderno, está comprometido com os ideais da modernidade, chega a ironizar a freqüente utilização na literatura atual desta denominação "pós", mas , por fim, reconhece a importância destes pensadores como sensíveis indicadores do "Zeitgeist", do pensamento e espírito atual a indicar uma mudança. Veja Habermas, p. 12.

[22]Segundo Santos, Boaventura de Souza, Introdução a uma ciência pós-moderna, Graal, Rio de Janeiro, 1989, p. 11: "A época em que vivemos deve ser considerada uma época de transição entre o paradigma da ciência moderna e um novo paradigma, de cuja emergência se vão acumulando os sinais, e a que, à falta de melhor designação, chamo ciência pós-moderna."

[23]Veja por todos, Gellner, Ernest, pós-modernismo, razão e religião, Instituto Piaget, Lisboa, 1992, pg. 11 e seg.

[24]Veja Harvey, p. 3 e seg. e Kaufmann, Arthur, Grundprobleme der Rechtsphilosophie - Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken, München 1994,p. 224 e seg.

[25]Concorda também Lemouland, Jean-Jacques, Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin, in Dalloz, 1997, nr. 18, Chronique, 1.05.97, p. 133 e seg.

[26]Veja Habermas, Jürgen, Nachmetaphysisches Denken, Ed.Suhrkamp, Frankfurt, 1992, p. 35.

Identificar esta nova fase do direito[27] e ajudar na reconstrução da ciência do Direito é o escopo da larga obra de Erik Jayme. Segundo o mestre, quatro seriam as características da cultura pós-moderna que têm reflexos no direito: o Pluralismo, a Comunicação, a Narração, o que Erik Jayme denomina de "*le retour des sentiments*" e a valorização dos direitos humanos.[28]

Pluralismo de fontes legislativas a regular o fato, pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção meio ambiente, pluralidade de agentes ativos, em relações extremamente despersonalizadas, múltiplas, multifacetadas. [29] Pluralismo na filosofia aceita, onde o diálogo é que legitima o consenso,[30] onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o "*double coding*"[31] e onde os valores são muitas vezes antinômicos. O pluralismo de fontes legislativas é hoje total, a ponto do diálogo das fontes nacionais e internacionais (mesmo *soft law*) nascer o novo direito.[32]

A *comunicação* é um valor máximo da pós-modernidade, associado a valorização extrema do tempo, do direito como instrumento de comunicação, de informação, como valorização do passar do tempo nas relações humanas, valorização do eterno e do transitório, do congelar momentos e ações para garantir a proteção dos mais fracos e dos grupos que a lei quer privilegiar. A comunicação é o método de legitimação (*Sprachspiele*), a ética e a filosofia é discursiva.[33] O consentimento legitimador,

---

[27]Zippelius, Reinhold, Rechstphilosophie, 3. Ed. Beck, Munique, 1994, p. 258.

[28]Jayme, Recueil des Cours, p. 36.

[29]Veja sobre o pluralismo de fontes Friedman, Lawrence, The Republic of Choice - Law, Authority and Culture, Cambridge/Massachusetts, Harvard University Press, 1994.pg. 11.

[30] Sobre o chamado "diálogo" das fontes, veja Jayme, Erik, Kulturelle Identität und das Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, Vortrag in der Tagung "Kinder im Recht" - Kindschaft und Völkerrecht im europäischen Kontext, Evangelische Akademie Tutzing, 20. Januar 1996, in IPRAX 1996 (4), p. 237-246 e sobre a internacionalidade e convivência de fontes nacionais e internacionais, van Loon, J.H.A, The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law, in: Fourty years on: the evolution of postwar private international law in Europe, Centrum voor Buitenlands Recht en Internationaal Privaatrecht (Hrsg.), Amsterdam 1990, p.105.[31] Expressão do direito pós-moderno, introduzida por Jayme, Recueil de Cours, p. 36 e seg. e que utilizo em meu livro de doutorado, orientado pelo grande mestre, Marques, Claudia Lima, Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts - Eine Analyse des Haager Adoptionsübereinkommens von 1993 im Hinblick auf das deutsche und das brasilianische Recht, Verlag für Standsamtwesen GmbH, Frankfurt-Berlin, 1997p. 124 e seg.

[32] Jayme, Recueil des Cours, p. 247 e seg.

[33] Sobre o discurso e seus jogos escreve Lyotard, p. 36 e seg.: "Wenn Wittgenstein die Erforschung der Spracheab ovowiederaufnimmt und seine Aufmerksamkeit auf die Wirkungen der Diskurse konzentriert , so nennt er die verschiedenen Arten von Aussagen, die er dabei auffindet und von welchen wir eben einige aufgezählt haben, Sprachspiele. Er gibt mit diesem Terminus zu verstehen, daß jede dieser verschiedenen Aussagenkategorien durch Regeln, die ihre Eigenschaften und ihren möglichen Gebrauch spezifizieren, determinierbar sein muß, genauso wie sich das Schachspiel durch einen Komplex von Regeln definiert, der die Eigenschaft der Figuren oder auch die erlaubte Art, sie zu bewegen, bestimmt."

alerta o mestre, é só aquele informado e esclarecido. Comunicação é também internacionalidade das relações jurídicas e a re-valorização do direito internacional privado e das técnicas de harmonização e unificação das leis.[34]

A *narração* é a conseqüência deste impulso de comunicação, de informação que invade a filosofia do direito e as próprias normas legais.[35] Haveria um novo método de elaborar normas legais, não normas para regular condutas, mas normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivando os objetivos do legislador no sistema de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas. Um belo exemplo são estas novas normas do direito contemporâneo, que Erik Jayme denominou "normas narrativas".[36] Com tal fluidez e narratividade, o papel do intérprete e aplicador da lei se multiplica. Estas transformações na interpretação das leis e na filosofia do direito se fariam sentir também no aparecimento de movimentos contestatórios da dogmática tradicional, uma forte Jurisprudência de valores, estudos críticos e direito alternativo, em uma geral flexibilização, fragmentação e mesmo descaracterização do dogma ou crença no sistema geral de direito,[37] mas também –positivamente- na grande influência representada pelos direitos fundamentais no direito privado .[38]

Por fim, a quarta característica da cultura pós-moderna a afetar a ciência do direito é o que Jayme denomina *"retour des sentiments"*.[39] Seria, de um lado, a volta de uma certa "emocionalidade" no discurso jurídico,[40] de outro lado é o impoderável, a procura de novos elementos sociais, ideológicos, religiosos e/ou fora do sistema , que passam a incluir a argumentação e as decisões jurídicas, criando forte insegurança e imprevisibilidade quanto a solução a ser efetivamente encontrada.[41]

Dai a nessidade de uma reconstrução: olhar nos olhos e vencer!

O *Leitmotive,* elemento guia da teoria de Erik Jayme são os direitos humanos, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais imovíveis, de *soft law* e da

---

[34] Jayme, Recueil des Cours, p. 247 e seg.

[35] Veja Jayme, Narrative Normen, p. 16 e seg. e as observações de Sánchez Lorenzo, p. 558: "...el postmodernismo parece, antes que una filosofía del Derecho o una particular metodología jurídica en sentido amplio, una teoría del razonamiento jurídico en la línea de la tópica o nueva retórica, partidaria de la narrative consistence frente a la normative consistence, en la distinción de R. Dworkin retenida por E. Jayme."

[36] A definição de normas narrativas é de Jayme, Erik , Narrative Normen im internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Mohr: Tübingen, 1993, p. 16.

[37] Assim Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos do Direito Privado, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 280 e seg.

[38] Jayme, Recueil des Cours, p. 247 e seg.

[39] Jayme,Recueil des Cours, p. 36.

[40] Veja a Draft Resolution for Buenos Aires elaborada pela International Law Assotiation (1994) que expressamente combate esta nova emocionalidade no direito e requer na adoção internacional: "The development of non-emotive standards for the application of the subsidiarity principle."

[41] Assim Jayme, Recueil des Cours, p. 261 : "Ce qui frappe, c'est le recours, dans les arrêts des tribunaux, à la référence aux sentiments des personnes intéressées comme raisons pour résoudre des conflits de lois."

procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. Os direitos humanos seriam as novas "normas fundamentais"[42] e estes direitos incluídos nas Constituições influenciariam o novo direito privado, a ponto do direito assumir um novo papel social, como limite da intervenção do Estado, como protetor do indivíduo e como inibidores de abusos, mas como incentivador de uma ação afirmativa do Estado para alcançar a equidade e a igualdade material entre todas as pessoas na nova sociedade multicultural.

Observações finais

Concluindo: perguntado sobre qual seria a herança do Direito privado para o século XXI, recomendou 'autonomia' e 'transparência', isto é, que o Direito do futuro vise preservar a autonomia e a liberdade dos indivíduos, assegurando a transparência e a informação, que são a chave da autodeterminação daquele que é sujeito (e não objeto) de direitos, o cidadão!

Sua preocupação filosófica com o bem estar dos indivíduos e de transformar o direito em um instrumento útil de proteção e de respeito à decisão livre deste plurifacetado 'sujeito pós-moderno', ficaram sintetizados em sua aula magna de abertura da Academia de Direito Internacional de Haia de 2000. Erik Jayme escolheu como tema 'a proteção da pessoa humana face à globalização e o direito'. Na entrevista[43] , que está incluída nos Cadernos da Pós-Graduação em homenagem à Erik Jayme, confessa: "*tentei alcançar a proteção do indivíduo através de um reforço na autonomia deste, ao mesmo tempo, que se crie e se assegure direitos de informação.*" A crise da pós-modernidade é destruidora de muitos valores e certezas. Erik Jayme, com o brilhantismo que lhe é usual, procura reconstruir a ciência do Direito e assim alcançar a Equidade, a Liberdade, a Autonomia Privada e a Solidariedade. Uma Utopia, uma bela utopia que conquistou muitos seguidores no mundo.

Como afirma Heinz Peter Mansel,[44] de um encontro com Erik Jayme todos saímos enriquecidos, mais abertos, mais tolerantes, mais sábios. E até o abalado Direito, em plena crise da pós-modernidade, revisita a Utopia, preenche-se de novos valores do "Zeitgeist" e renasce como instrumento de procura da Igualdade, da Justiça, do respeito ao outro, ao diferente, ao mais fraco, respeito e tolerância com a identidade cultural do outro. Saudar Erik Jayme é saudar o que há de bom no Direito: compromisso com a realidade e sonho de uma sociedade melhor!

Muito obrigado, *lieber Doktorvater* Erik Jayme!

por Claudia Lima Marques,UFRGS Porto Alegre (Brasil), 14.03.2003.

---

[42]Assim Lorenzetti, p. 249 e seg.

[43] Publicada pela primeira vez, com o título de "Diálogo com a Doutrina ", in Revista trimetral de Direito Civil -RTDC, ano 1, vol. 3 jul./set. 2000, p. 289-293

[44] Mansel, Heinz-Peter, Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, IPRAX 2003, p. 184.

Saudação ao Professor Miguel Reale, por Ocasião da Concessão do Título Professor *Honoris Causa* da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Ao encarregar-me de proferir, em nome de minha Universidade, a saudação ao Doutor *Honoris Causa*, Professor Doutor, Miguel Reale, o Professor Doutor Sérgio Porto, Diretor da Faculdade de Direito, não me conferiu tão somente a honra – a maior que poderia ter – de honrar aquele que nos honra, integrando-se agora, de direito, aos nossos quadros universitários. Conferiu-me, por igual, a imensa responsabilidade de tentar sintetizar, em breves minutos, uma vida, uma obra, um pensamento que atinge, da poesia à hermenêutica, da política ao direito, da filosofia à administração universitária, da metafísica aos fatos do cotidiano brasileiro, as maiores alturas, as mais profundas acuidades.

Não falarei do Miguel Reale poeta, embora dele recolha metáforas iluminantes; nem do Miguel Reale da Teoria Política; nem do memorialista; nem mesmo do filósofo. Falarei, em primeiro lugar, do *Professor* – pois é assim que é aqui recebido. E falarei também do jurista – mais até – do civilista, pois deste falando, falarei, por certo, de todos os 'Miguel Reale", porque sua obra jurídica maior – o Código Civil de 2002, o Código Reale – de certa forma estampa, acolhe e revela todos os muitos Miguel Reale.

Os muitos Miguel Reale, sim, porque nosso novo colega – doutor dessa Universidade, e de mais 14 universidades onde recebeu o mesmo título *Honoris Causa* - não é, felizmente, um *especialista*. É um humanista na mais larga acepção da palavra, pois tudo o que é humano é do seu interesse. Um interesse que não é de catalogação ou erudição, mas *de compreensão*. Esse é o traço que procurarei primeiramente ressaltar, pois não faria sentido expor para todos nós que tão bem conhecemos sua obra e sua trajetória intelectual – alunos que fomos e somos – arrolar, burocraticamente, suas realizações ou transcrever o seu pensamento.

Em um ensaio intitulado "Reale no Recife", o Professor Gláucio Veiga sintetiza admiravelmente, o primeiro traço que hoje quero sublinhar, o do *professor* (e que posso comprovar, pessoalmente, dando o testemunho da nossa estreita convivência

nos últimos 8 anos, dos riquíssimos – para mim – fins de semana passados na fazenda Campo Verde, em conversas que nunca são banais): Diz Veiga:

"Reale ensinou-nos que os assuntos ou são *temas*, ou *problemas*, ou *agonias*. Quando enfrentamos os assuntos como temas, surge a servidão à citação, à erudição, enfim a inevitável burocratização da inteligência, que se resume a conferir concordância e discordância, enfim a inventariar o que já se disse. Mas, se tomarmos os assuntos como problemas e, mais tragicamente, como agonias, impõe-se a criatividade, o construir intelectualmente".

Esse é o *mestiere* do verdadeiro professor: tratar os assuntos como problemas, construindo, intelectualmente, caminhos, perspectivas – e perspectivas são sempre *responsabilidades hermenêuticas*, que são dadas pela nossa própria profissão, responsabilidades que temos - e desenvolvemos, ou não. Que podemos matar com a burocratização de um conhecimento que se perverte na cópia, na imitação, na subserviência ao paradigma da moda, no transplante e na colagem.

O Professor Reale não matou a sua responsabilidade de professor – pelo contrário, da sua vida resulta uma iluminante construção intelectual, e não apenas na filosofia, terreno onde cultivou o mais denso pensamento brasileiro, aquele expresso em *Verdade e Conjectura*; não somente na Teoria do Direito, na qual assentou as bases de uma axiologia da experiência humana. Também construiu no que o Direito tem de mais árido, a sua legislação e aqui o professor encontrou-se com o filósofo e o jurista prático, o advogado brilhante e ativo que aos 92 anos é.

Ao planejar o novo Código Civil – ao estruturá-lo, direcioná-lo às suas diretrizes fundamentais, a socialidade, a eticidade e a operabilidade – ao conferir à legislação algumas de suas soluções mais criativas, Reale expressou o seu **culturalismo,** que é visão integral da realidade, na qual os diferentes fenômenos culturais que a integram são entendidos desde as suas relações dialéticas, relações de co-implicação e complementaridade. E procurou – por meio de sua estrutura e de seu método – conciliar o relativismo (que advém da consideração histórico-cultural dos valores) com o universalismo e a estabilidade dos valores necessários para manter, preservar e dignificar a vida humana[1], traduzindo-os em princípios e regras.

Uma das mais perspicazes estudiosas da obra realeana, a filósofa espanhola Angeles Mateos Garcia[2] observa que o problema tratado mais diretamente em suas últimas obras é o de saber como é possível conciliar a relatividade axiológica própria

---

[1] Assim MATEOS, Angeles, La Teoria de los Valores em Miguel Reale. Uma síntesis superadora entre el culturalismo y el universalismo axiológico. In Miguel Reale - Estudos em Homenagem aos seus Noventa Anos. (org). ZILLES, Urbano. Porto Alegre, EdiPUCRGS, 2000, p p. 271

[2] MATEOS, Angeles, La Teoria de los Valores em Miguel Reale. Uma síntesis superadora entre el culturalismo y el universalismo axiológico. In Miguel Reale- Estudos em Homenagem aos seus Noventa Anos. (org). ZILLES, Urbano. Porto Alegre, EdiPUCRGS, 2000, p p. 271-272.

de uma concepção histórico-cultural dos valores, com a exigência de uma série de princípios e regras fixos e estáveis que possam garantir a convivência na sociedade pluralista e transversal da nossa época. Reale enfrenta esse problema por meio de duas direções: o *personalismo axiológico*, buscando nos direitos fundamentais da pessoa fonte e fundamento para todos os demais valores, de um lado; e, de outro, a sua teoria das *invariantes axiológicas* pela qual põe de relevo que existem valores que, apesar das incessantes mudanças sociais, permanecem inalterados no tempo.

Para explicar a relação entre o dinamismo e a invariação, Reale recorre, analogicamente, às invariantes biológicas de Monod. As invariantes axiológicas resultam de *eleições estimativas* que, uma vez objetivadas no processo cultural, perduram no tempo.

O valor da pessoa humana é, para a Reale, a principal invariante axiológica. Por isso é que, quando o jurista, o legislador encontrou-se com o filósofo e com o professor, na elaboração do Anteprojeto do Código Civil, o assunto - tutela civil da pessoa humana, de sua personalidade e de seu patrimônio – não foi tratado como "tema", senão como uma *agonia.*

É que, para Reale, a tutela da pessoa humana numa perspectiva de concreção – e não meramente formalista, como uma abstração – é o problema fundamental, cuja fundamentalidade e problematicidade mais se acentuam tendo presente a atual "transversalidade" social que nos obriga a fazer o trânsito do sujeito de direito (como elemento da relação jurídica) à pessoa humana (como valor-fonte do ordenamento).

Essa forte metáfora – a pessoa humana como "valor fonte' - não tem, para Reale, meramente o sentido de uma proclamação: tem um sentido específico, compreensível nos quadros da filosofia realeana. Explicitando-a, assinala Brás Teixeira:

> para o mestre paulista, a pessoa não se configura apenas como algo individualizado entre as coisas devido à sua racionalidade, nem se define por ser uma substância ou uma realidade subsistente por si própria e, nessa medida, incomunicável, mas sim por se apresentar como um centro constitutivo de valores, como fulcro de um mundo, o da vida ética, contraposto ao da natureza. A pessoa é, para Miguel Reale, um valor radical e o único incondicionado, mas que, ao mesmo tempo, condiciona, necessariamente, todo o processo espiritual de actualização das virtualidades criadoras do espírito[3].

Com efeito, em Pluralismo e Liberdade, Miguel Reale proporá "repensar o tema da pessoa em sua concreção social e histórica"[4], para o que essencial é situar,

---

[3] BRÁS TEIXEIRA, António. A Antropologia Filosófica de Miguel Reale. In Miguel Reale- Estudos em Homenagem aos seus Noventa Anos. (org). ZILLES, Urbano. Porto Alegre, EdiPUCRGS, 2000, p. 136.

[4] REALE, Miguel. Pluralismo e Liberdade. Rio de Janeiro, Expressão e Cultura, 2ª edição, 1998, p. 81.

sempre e necessariamente, o problema da pessoa em função da sociedade e da história, revelando-se insuficientes quer uma consideração puramente estática ou ôntico formal da pessoa(...) quer sua apreciação puramente deontológica, à maneira Kant[5].

Dessa correlação pessoa/sociedade/história nasce a fundamental *abertura aos outros, a intersubjetividade, que é muito mais, e é diversa, do que a mera relação entre subjetividades.* Dirá:

Pessoa e convivência histórico-social são termos que se exigem reciprocamente, visto como – e este ponto é essencial – pôr-se como pessoa é pôr-se como história, como alteridade, como comunidade[6].

Isto porque, diz ainda,

O valor da pessoa não está (...) fora da experiência ético-jurídica, mas sim em seu centro, como fulcro irradiante de múltiplas e renovadas projeções históricas, por ela condicionadas, de sorte que ousaria aditar o imperativo ético de Kant dizendo: "Sê uma pessoa e respeita os demais, *tudo fazendo para propiciar-lhes as condições necessárias ao seu espontâneo e pleno desenvolvimento*[7]".

O valor da pessoa humana é fonte de todos os demais valores porque "condiciona a experiência estimativa do homem", de maneira que, "em torno do fulcro central vão se ordenando [na História] constelações axiológicas distintas[8]". E o Direito é instância privilegiada de apreensão, ordenação e concreção social desses valores, dessas "constelações axiológicas" que têm na pessoa humana a sua fonte.

Como eu referi em outra ocasião[9], na teoria realeana os valores integram o Direito e o próprio conhecimento do Direito, dirigem o olhar do sujeito que o valora e escolhe as suas soluções. Daí que as normas jurídicas constituam o momento integrante e sintético do processo dialético do Direito, que é sempre fato *enquanto valorado*, ou seja, enquanto norma e situação normada"[10]. Chega mesmo a afirmar não ser adequado, a rigor, sequer falar em "norma e situação normada" porque "a norma é, ao mesmo tempo, o condicionante e o condicionado, o *valor* e o *fato* em uma síntese dinâmica"[11].

Daí a importância, também no Direito Privado, da hermenêutica concretizadora – tal qual hoje postulada no direito constitucional – pois a *concreção* é

---

[5] REALE, Miguel. Pluralismo e Liberdade. Rio de Janeiro, Expressão e Cultura, 2ª edição, 1998, pp. 80-81.
[6] REALE, Miguel. Pluralismo e Liberdade. Rio de Janeiro, Expressão e Cultura, 2ª edição, 1998, p.87.
[7] REALE, Miguel. Pluralismo e Liberdade. Rio de Janeiro, Expressão e Cultura, 2ª edição, 1998, p. 92, grifos originais.
[8] REALE, Miguel. Pluralismo e Liberdade. Rio de Janeiro, Expressão e Cultura, 2ª edição, 1998, p.93.
[9] MARTINS-COSTA, Direito e Cultura: entre as veredas da existência e da história, in Diretrizes Teóricas do Código Civil
[10] REALE, Miguel, "De Dignatate Jurisprudentiae", in "Horizontes do Direito e da História", cit., p. 275
[11] REALE, Miguel, "De Dignatate Jurisprudentiae", in "Horizontes do Direito e da História", cit., p. 275Idem, ibidem.

a apreensão compósita da realidade (sempre *processus* histórico-cultural): é apreensão compósita porque conjuga, normativamente, os elementos fáticos e as diretrizes valorativas, tendo em vista, porém, não o plano da abstração teórica, mas o da realidade prática que o Direito visa ordenar, tendo presente não qualquer certeza monológica – como queria o cientificismo oitocentista - mas a *lógica conjectural*[12], do razoável e do plausível, cujo "confronto e limite" é, sempre, a experiência concreta.

Tudo isso está refletido no novo Código Civil, pensado, por Reale, como uma estrutura agregadora de *modelos complexos,* rompendo-se a cisão entre "norma" e "interpretação". Antes que a teoria constitucional européia viesse a ensinar – com Muller, Alexy, Haberle – que a norma é o "resultado da interpretação", Reale já pensara o Código como um resultado da "estrutura hermenêutica", a ser completado pelos modelos doutrinários, aqueles que dizem "o que os demais modelos significam".

Como se vê, essas concepções são absolutamente contrastantes com aquela sobre a qual assentou-se o Direito Civil moderno, no qual forjada uma noção abstrata de sujeito de direito centrada na figura do indivíduo considerando, entretanto, como uma *abstração social*: o indivíduo-sempre-igual, resultante do princípio da igualdade (formal), ao qual correspondia, em termos hermenêuticos, o método da subsunção lógico-sistemática; o indivíduo/sujeito, ao qual não correspondia, necessariamente, a pessoa/cidadã.

Ora, o culturalismo jurídico de Miguel Reale, com sua atenção voltada à noção de experiência jurídica concreta e à lógica conjectural; com sua decisiva rejeição ao formalismo abstracionista - que Reale julga uma "perversão" -, com o olhar voltado à processualidade do processo normativo e à contextualidade que cerca as ações humanas, mostra-se um filtro teórico particularmente indicado para auxiliar o legislador e o intérprete na necessária concreção que viabiliza o encontro das "pessoas" sob a capa dos "sujeitos" e permite a concessão de tutelas jurídicas adequadas à "ética da situação[13]", de modo a facilitar a expansão dos bens de personalidade, inclusive mediante implementação dos deveres de proteção que incumbem ao Estado como garante dos Direitos Fundamentais (de personalidade).

Temos que compreender o que o novo Código postula, ao alocar, estrategicamente, seus princípios e cláusulas gerais: ao *Nómos Basileús*[14], *à* heteronomia

---

[12] A exposição do pensamento conjectural de Miguel Reale está no seu Verdade e Conjetura. São Paulo, Nova Fronteira, 1983.

[13] A expressão é de REALE, Miguel, em REALE, Miguel. O Código Civil e seus Problemas Fundamentais, São Paulo, Saraiva, 1986.

[14] Lembra Agambem um fragmento de Píndaro, no qual "nómos" revela-se como o poder que opera com "mão mais forte" a união entre a violência e o direito, definindo a própria soberania pela justificação da violência. A expressão é aqui usada metaforicamente, para designar a lei autoritária que, fundada numa razão monológica, implicará, necessariamente, violência em relação às situações que não compactuam com a opacidade de uma mesma e sempiterna resposta jurídica. (a referência ao fragmento está em AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Humanitas, Belo Horizonte, 2002, p. 37).

autoritária e fechada da codificação oitocentista, substitui o novo Código Civil uma técnica que viabiliza a prospectividade e o raciocínio por princípios, que se dá, necessariamente, no *jogo de ponderações* com os demais princípios, com as demais tutelas concedidas pelo ordenamento à pessoa humana.

Isso significa dizer que o Código Reale atribui, a todos nós, o papel de protagonistas da vida civil e de sua ordenação por meio do Direito. E se temos todos – juristas ou não – papel ativo no espetáculo da vida na *cives*, não sendo meros espectadores, temos o dever de perceber que as *perspectivas* ensejadas pelo novo Código são "responsabilidades hermenêuticas" que só satisfaremos se tivermos consciência de sermos nós os autores do seu "sentido". Essa responsabilidade, que é a mais alta missão do civilista, resta facilitada ao percebermos que as bases culturalistas do novo Código Civil, elaboradas por Reale, constituem um plástico material para a construção das soluções que harmonizem sua letra com a integralidade das pautas ordenadoras do ordenamento jurídico relativas à tutela da pessoa humana.

Contudo – é também Reale quem ensinou – para perceber e desempenhar essa responsabilidade é preciso exercitar a nossa liberdade, realizando construção e escolhas porque o *tempo da concreção* não é o tempo das simplificações, das monologias, das respostas previamente assentadas por um demiurgo personagem.

O exercício da liberdade, a angústia - a agonia – do conhecimento e da descoberta de possíveis respostas; a criatividade do intelecto; e a radical atenção à realidade, Essas são, em suma, as lições que têm sido dadas, há 60 anos, pelo agora mais jovem doutor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Laudatio ao Professor Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande

Magnífica Reitora, Senhora Wrana Panizzi

Senhor Vice-Reitor, Prof. José Carlos Ferraz Henemman

Senhor decano da Faculdade de Direito, Prof. Sérgio Portos

Professor Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande!

Minhas senhoras e meus senhores!

Reúne-se, neste momento, o Conselho Universitário da UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, com o CORPO DE PROFESSORES DE SUA CENTENÁRIA FACULDADE DE DIREITO, a primeira faculdade de direito do Sul do Brasil, para, em sessão solene e histórica, efetivar o ato de concessão do título de DOUTOR HONORIS CAUSA –o mais alto galardão acadêmico— ao eminentíssimo Professor EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA.

O PROFESSOR GARCIA DE ENTERRIA nasceu na região da Cantábria, noroeste da ESPANHA, em 1923. Fez a graduação e a pós-graduação nas Universidades de Barcelona e de Madrid. Completou a formação no Exterior, na Inglaterra (Londres) e na Alemanha (Tübingen).

Tornou-se catedrático de direito administrativo na Universidade de Valladolid, em 1957. Cinco anos depois, portanto em 1962, com apenas trinta e nove anos, conquistava a cátedra de direito administrativo na Universidade Complutense de Madrid. E no ano de 1970 alcançava, nessa Universidade, a direção do departamento de direito administrativo.

Atuou na Revista de Administração Pública, desde sua fundação, em 1950, primeiro como Secretário Executivo e, depois, como Diretor. Participa da direção da Revista Espanhola de Direito Administrativo, desde sua fundação, em 1974. Vem integrando o conselho editorial ou científico de uma vintena de revistas especializadas, não só de seu País e de países ibero-americanos, mas também de periódicos da Inglaterra, França, Bélgica, Itália e Grécia.

O PROFESSOR GARCÍA DE ENTERRIA tem obrado com impressionante desenvoltura e liderança na área do direito europeu. Bastaria a lembrança dos oito anos de profícuo exercício do cargo de JUIZ DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, sediado em Estrasburgo, de abril de 1978 a fevereiro de 1986. Além dessa importantíssima função, ocupou a Presidência da FEDERAÇÃO INTERNACIONAL PARA O DIREITO EUROPEU –FIDE— de 1988 a 1990. E presidiu Congressos e Conferências de Direito Europeu do mais alto nível.

É fundador e atual presidente da ASSOCIAÇÃO ESPANHOLA PARA O ESTUDO DO DIREITO EUROPEU.

Recebeu, em 1999, o PRÊMIO ALEXIS DE TOCQUEVILLE, do INSTITUTO EUROPEU DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA de Maastricht, por unanimidade dos representantes dos então 15 Estados-Membros da União Européia.

Tem participado em seu PAÍS e na UNIÃO EUROPÉIA de COMISSÕES para elaboração de leis da maior relevância: Assim,

– na ESPANHA, entre muitas, PRESIDIU a comissão de especialistas que elaborou as bases dos PACTOS AUTONÔMICOS dos últimos 12 ESTATUTOS de AUTONOMIA, em plena vigência;

– na UNIÃO EUROPÉIA, destaca-se a participação na elaboração dos trabalhos relativamente a projetos que vieram a influir:

- sobre Tratado de MAASTRICHT em vigor;
- sobre Carta Européia de Direitos Humanos;
- sobre as propostas referentes ao projeto de CONSTITUIÇÃO para a EUROPA.

No âmbito das instituições acadêmicas universitárias, além de uma série de prêmios de reconhecimento pelos seus méritos intelectuais e culturais, recebe, hoje, o seu DÉCIMO NONO título de DOUTOR HONORIS CAUSA. Esses títulos incluem a Universidade de Paris (Sorbonne), a Universidade de Bolonha, Universidades na Espanha, no México, na Argentina e em outros países da Iberoamérica.

Eduardo García de Enterría

O QUE SIGNIFICA, esta noite, a atribuição a Vossa Excelência, do título HONORIS CAUSA?

De um ângulo, o mais aparente, significa a prestação de uma homenagem merecidíssima, a um dos maiores juristas da humanidade, em nossa época. Este é o aspecto mais fácil de perceber a um primeiro exame.

Gostaria, porém, de descortinar um outro ângulo, ainda mais significativo.

Conforme a tradição acadêmica, o doutorado **honoris causa** importa a acolhida, em plano simbólico, do Professor homenageado, no corpo da Congregação Universitária Acadêmica que concede a titulação. Essa a razão do cortejo dos professores da Casa, que se organiza, nessa ocasião, em muitas das mais tradicionais Academias européias, para, em conjunto, receber o novo membro. Agora aqui também, Vossa Excelência passa a integrar, de forma muito especial, a Corporação dos Professores desta Instituição.

E para nós, professores da Faculdade de Direito desta Universidade, a **honoris causa,** a causa de honra de recebê-lo em nossa Congregação, como um dos nossos, em muito sobrepuja qualquer dignidade que, porventura, pudéssemos acrescentar a uma personalidade de tamanho valor intrínseco, acumulado em uma existência devotada toda ela ao ensino, à pesquisa e à literatura, no campo do direito. Portanto é profundo o agradecimento de nossa instituição por ter Vossa Excelência aceitado o título e se disposto a acolhê-lo em pessoa.

Sinteticamente, condensaria em cinco pontos as grandes razões da nossa honra.

A PRIMEIRA, a vossa CULTURA JURÍDICA e a vossa CULTURA HUMANÍSTICA. Elas se encontram reconhecidas na Espanha e no Mundo. Não bastasse todo Vosso Currículo, um único fato tudo epitomiza. Vossa Excelência conquistou, de pleno direito, assento nas duas grandes Academias Reais de Espanha. Na Real Academia de Jurisprudência e Legislação, a cadeira —laurel máximo nas letras jurídicas das Espanhas— Vos foi concedida em 1970. Já a Real Academia Espanhola Vos abriu suas portas em 1994, a mais excelsa honra ao mérito da literatura e da cultura no mundo hispânico, o que atesta o grande valor de vossos ensaios e escritos.

A SEGUNDA RAZÃO, o vosso incomparável e universal saber no direito administrativo. A vastíssima obra de Vossa Excelência, que alcança pelo menos vinte e oito livros, todos reeditados, e um conjunto de várias centenas trabalhos, entre os quais recopilações legislativas, discursos, obras coletivas, participações em livros coletivos, contestações na Real Academia, Prólogos, Edições, Notas Críticas de Livros. Esta Casa, Professor GARCIA DE ENTERRIA, alegra-se em tê-lo entre os seus professores, também, porque tem uma rica tradição no direito administrativo. O maior nome dentre os grandes juristas que aqui ensinaram, nos seus cem primeiros anos, certamente foi o do Professor RUI CIRNE LIMA, justamente o catedrático de Direito Administrativo, que ocupou, com o seu gênio, as décadas centrais do século passado. RUI fundou uma escola de pensamento, das mais importantes de nosso País, que é continuada pelo talento do Prof. ALMIRO DO COUTO e SILVA e pelos discípulos que este último tem formado ao largo de mais de três décadas de ensino e de orientação.

A TERCEIRA RAZÃO de nossa honra reside na Vossa capacidade de liderança, que se alia com perfeição, à Vossa Cultura humanística e jurídica. Vossa Excelência é dotado do carisma do mestre, tão raro e tão valioso. Atestam as levas sem fim de discípulos que Vossa Excelência conquistou para o direito administrativo nas Espanhas, inclusive as das Américas. Este Carisma está em Vossa personalidade, cativante e encantadora, simples e acolhedora, capaz de incutir nos discípulos o amor pelo Direito. Qualidade ainda mais rara: Vosso Carisma penetra em vossa obra escrita e atinge as inteligências e os sentimentos dos leitores. Estes, mesmo os que nunca privaram de seu cativante convívio, tornam-se vossos discípulos, admiradores e seguidores das vossas lições.

A QUARTA RAZÃO DE NOSSA HONRA está ligada ao conteúdo de vossa imensa obra jurídica. Vossa Excelência, poderíamos dizer, sistematizou o direito

administrativo espanhol, modelando suas vigas mestras, especialmente no Curso de Direito Administrativo, que já se encontra traduzido ao português. Ademais, Vossa Excelência pôs-se à frente –como diz o título de seu livro já clássico— dA LUTA CONTRA AS IMUNIDADES DO PODER. Esse precioso trabalho abriu novos horizontes ao Estado de Direito na Espanha da época e em todo o mundo. Outra grande marca de Vossa obra jurídica foi ter ela influenciado o conteúdo, bem assim a interpretação, da Constituição espanhola de 1978, que este ano completa 25 anos. É notável Vosso trabalho *"A Constituição como Norma e o Tribunal Constitucional"*, o primeiro estudo de peso sobre essa Instituição, que Vossa Excelência, como ninguém, concebe como um poder político independente de todos os outros, inclusive do Poder Judiciário, com a função de defender e de renovar o consenso que estabeleceu a Constituição da Espanha, democrática e estável, de nossos dias.

A ÚLTIMA E NÃO MENOS IMPORTANTE RAZÃO DE NOSSA HONRA está em que Vossa Excelência é o mestre dos mestres de todas as Espanhas, a cuja sombra cultural também o BRASIL foi formado e tornou-se de nação. O direito, como a língua e como os costumes, é um pilar fundamental da identidade dos povos. Nenhuma sociedade pode enfrentar e resolver seus problemas de evolução e desenvolvimento, mesmo o econômico, divorciado de suas fontes culturais. Aí está um papel que Vossa Excelência tem cumprido nesta quadra da civilização brasileira e ibero-americana em geral.

Cumpre hoje superar, definitivamente, nossa crise de identidade cultural, agravada pelo impacto de outras matrizes que, repetidas vezes, têm sido tomadas como modelo jurídico, sem análise mais cautelosa das conseqüências. Na orientação segura de vosso gênio jurídico poderemos encontrar as formas novas capazes de conduzir nossas nações a um desenvolvimento social, econômico e político, por meio de instituições jurídicas condizentes com as fontes que marcam a identidade de nossos povos.

ISSN 1678-5029
E-ISSN 2317-8558

Cadernos do Programa de Pós-Graduação

DIREITO/UFRGS

Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, Edição Especial, Volume II, Número 4, Junho de 2004. Publicação da edição digitalizada em 30 de Julho de 2014.