

**Revista da
Faculdade de Direito da
Universidade Federal do
Rio Grande do Sul**

VOLUME 12 - 1996

**Universidade Federal do
Rio Grande do Sul
FACULDADE DE DIREITO**

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professora Wrana Maria Panizzi - Reitora
Professor Nilton Rodrigues Paim - Vice-Reitor

Faculdade de Direito

Professor Peter Walter Ashton - Diretor
Professor Plínio de Oliveira Corrêa - Vice-Diretor

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Franz August Gernot Lippert - Diretor
Jorge Cesa Ferreira da Silva - Secretário Executivo

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. - Vol. 12 - Porto Alegre: UFRGS, 1996 - Irregular - Continuação de: Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, publicada de 1949-1974.

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

CDU 34(05)

Planejamento Gráfico e Supervisão Editorial

Grafline Assessoria Gráfica e Editorial Ltda.

Fone: (051) 341-1100

e-mail: grafline@pro.via-rs.com.br

Pede-se permuta

Pidese canje

We ask for exchange

On demande échange

Wir bitten um Austausch

Si richiede lo scambio

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS

Endereço para correspondência

Lippert Cesar e Cia Advogados

Fone: (051) 231-7988 FAX: (051) 231-7989

Av. Padre Cacique, 320 - 5º andar - Bloco B

CEP 90810-240 Porto Alegre, RS, Brasil

Impresso no Brasil / *Printed in Brazil*

*Omne jus ex facto natum,
sed ad hominem factum est*

Ruy Cirne Lima

Agradecimento

A direção da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul agradece à bibliotecária Cleide Antonia Manfredini e à advogada Márcia Mallmann Lippert por suas colaborações.

Sumário

A Eleição de Foro Segundo a Nova Lei Suíça Sobre o Direito Internacional Privado de 18 de Dezembro de 1987	7
<i>Alfred E. Von Overbeck</i>	
Imprensa. Captação Audiovisual. Informática e os Direitos da Personalidade	19
<i>Antônio Chaves</i>	
Contratos-Padrão no Comércio Internacional e <i>Incoterms</i>	44
<i>Carlos Eduardo López</i>	
Breves Considerações Sobre a Substituição Tributária. A Tributação na Fonte	57
<i>Carlos Klein Zanini</i>	
A Responsabilidade de Indenizar nas Situações de Perigo	70
<i>Carlos Silveira Noronha</i>	
Expectativas Legítimas dos Consumidores nos Planos e Seguros Privados de Saúde e os Atuais Projetos de Lei	80
<i>Cláudia Lima Marques</i>	
Sobre la Existência de Una Família Jurídica Latinoamericana	93
<i>Diego P. Fernandez Arroyo</i>	
A Remissão no Direito Tributário Brasileiro	111
<i>Eurípedes Gomes Faim Filho</i>	
As Contribuições Parafiscais no Direito Brasileiro	121
<i>Franz August Gernot Lippert</i>	
Successor Corporation Liability for Claims Arising Out of Defective Products	127
<i>Gilberto Deon Côrrea Júnior</i>	
Poder Legislativo e Poder Regulamentar na Constituição Moçambicana de 30 de Novembro de 1990 .	148
<i>Gilles Cistac</i>	
Reflexões Sobre a Interpretação Literal de Normas no Direito Tributário	161
<i>Igor Danilevicz</i>	
Reforma Constitucional e o Controle de Sua Validade	168
<i>José Néri da Silveira</i>	
Imparcialidade Jurisdicional <i>Versus</i> Discricionariedade Administrativa	182
<i>Luiz E. Nuñez Padilla</i>	
A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política	189
<i>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</i>	
A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais do Comércio	198
<i>Maristela Basso</i>	
A Competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para Fiscalizar a Compatibilidade do Direito dos Estados-Membros com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem	212
<i>Nuno Piçarra</i>	
As Principais Teorias de Direito Penal, Seus Proponentes e Seu Desenvolvimento na Alemanha	237
<i>Peter Walter Ashton</i>	

A Eleição de Foro Segundo a Nova Lei Suíça Sobre o Direito Internacional Privado de 18 de Dezembro de 1987*

ALFRED E. VON OVERBECK

Professor Emérito da Universidade de Friburgo, Suíça e
Ex-Diretor do Instituto Suíço de Direito Comparado, Lausanne

INTRODUÇÃO

O presente artigo é essencialmente consagrado a um comentário ao artigo 5º da lei Federal Suíça de 18 de dezembro de 1987, norma de direito internacional privado (LDIP) que entrou em vigor em 10 de janeiro de 1989.¹ Todavia, importa assinalar que em 10 de janeiro de 1992 entrou em vigor a Convenção de Lugano concernente à competência judiciária e à execução das decisões em matéria civil e comercial, de 16 de setembro de 1988, isto nas ligações entre a França, os Países Baixos e a Suíça. Este instrumento, destinado a ser ratificado por todos os membros da Comunidade Européia e da Associação Européia de Livre Comércio visa estender a todos os Estados o sistema da Convenção de Bruxelas de 1968/1978/1989. Nas relações com os Estados contratantes e para as matérias regidas por esta convenção, o art. 5º da LDIP tornar-se-á sem objeto, enquanto continuará a reger as ligações da Suíça com os outros Estados. Ressaltemos as principais diferenças entre as Convenções de Bruxelas e de Lugano e o sistema da LDIP.²

A importância das cláusulas atributivas de competência, ou cláusulas de eleição de foro, ou, ainda, cláusulas de prorrogação de foro, em Direito Internacional Privado, não necessita mais ser demonstrada; o mesmo ocorrendo com os problemas dela decorrentes, traduzidos por um

número relativamente considerável de decisões judiciais.³

Diversos motivos inspiram estas cláusulas. Comumente, elas figuram nos contratos pré-estabelecidos (contratos de adesão) e têm por objetivo concentrar o maior número de processos possíveis na sede de uma empresa. Em outros casos, contudo, elas correspondem aos interesses de duas partes que querem, por exemplo, submeter-se a uma jurisdição neutra. Os motivos relativos à execução de um eventual julgamento podem ocasionalmente desempenhar seu papel, como no exemplo dado por M. Schutze:⁴ em um contrato entre um alemão e um finlandês a execução, em outro país, do julgamento realizado no país de um dos contratantes é duvidosa; por outro lado, os julgamentos suecos ou dinamarqueses podem ser executados tanto na Alemanha Federal quanto na Finlândia, donde um certo interesse na escolha de um foro em um destes países.

Deixaremos de lado a submissão voluntária a um foro incompetente em absoluto, que é, em geral, admitida nos casos em que ocorre uma prorrogação.

Para a Suíça, a entrada em vigor da Lei Federal sobre o Direito Internacional Privado, de 18 de dezembro de 1987, (LDIP) constituiu um passo essencial. Regulamentando a eleição de foro no plano federal, em matéria internacional, ela subtraiu esta questão das numerosas regras

*Texto enviado ao Congresso "Contratos Internacionais e Mercosul", setembro 1992. Organização e Revisões pela Professora Claudia Lima Marques, Faculdade de Direito/UFRGS.

cantonais* que permaneceram, contudo, em vigor nos casos intercantonais e mesmo em matéria internacional, quando são mais liberais que a lei federal.

Todavia, note-se que os princípios jurisprudenciais guardam a sua importância para tudo aquilo que não é regulamentado pela nova lei, isto é, sobretudo para a formação de eleições de foro, por oposição à sua admissibilidade e a seus efeitos processuais, que estão regulados na nova lei.

Depois, o que é notório, mas que é dito expressamente no art. 10, alínea 2 da LDIP, as regras dos tratados em vigor prevalecem na matéria. Tratam-se de disposições nos tratados bilaterais sobre o reconhecimento e a execução, das quais a mais importante é, sem dúvida, o art. 3 da Convenção Franco-Suíça de 15 de junho de 1869, que assim dispõe:

"Em caso de eleição de domicílio em lugar diverso do daquele do domicílio do defensor, os juizes do lugar do domicílio eleito serão os únicos competentes para conhecer das dificuldades as quais a execução do contrato poderá dar lugar."

Os Tribunais suíços e franceses interpretaram constantemente a cláusula como aquela que possibilita um acordo entre as partes. Para a Suíça isto significa particularmente que, no quadro da Convenção Franco-suíça, as exigências para a validade da cláusula de eleição de foro são menos rigorosas que no direito comum. O Tribunal Federal tem julgado que, mesmo no quadro do tratado, era uma questão de Direito Cantonal saber se o juiz designado devia aceitar sua competência; ele poderia, por exemplo, recusá-la se entendesse que não havia vínculo determinante de foro. A LDIP regula, igualmente, este último ponto.

Enfim, os Estados da Comunidade Européia e aqueles da Associação Européia de Livre Comércio concluíram um tratado paralelo à Convenção de Bruxelas no que toca à competência judiciária e à execução das decisões em matéria civil e comercial (texto modificado em 9 de outubro de 1978). Quando esta Convenção for retificada, substituirá, evidentemente, no seu domínio de aplicação, tanto as regras de LDIP

*A Suíça organiza-se em cantões, estados da Confederação. (N. do T.)

quanto as dos tratados com os Estados do Mercado Comum (Convenção de Lugano de 16 de setembro de 1988).

I — GÊNESE E COMENTÁRIO DO ARTIGO 5º DE LEI FEDERAL DE 18 DE DEZEMBRO DE 1987

Convém explicar como se chegou ao texto do art. 5º e quais são os problemas que ele resolve expressamente. Examinaremos, em seguida, o reconhecimento de julgamentos estrangeiros pronunciados no foro contratual ou, ao contrário, a despeito de uma eleição de foro.

Como todas as disposições legais, este texto foi elaborado por uma subcomissão da Comissão de "experts", sendo depois submetido à Comissão de Presidentes que o modificou profundamente. Outras modificações tiveram lugar no curso da discussão parlamentar, particularmente no que diz respeito à terceira alínea.

O artigo nono do texto da Subcomissão IV, de dezembro de 1984, tinha o seguinte teor:

"1. Salvo disposição contrária, as partes podem acordar, na forma escrita ou, em matéria comercial, por outros meios usuais como o telegrama ou telex, que buscarão um outro juiz que não o previsto pela lei para conhecer dos conflitos nascidos ou a nascer por ocasião de um relatório de direito determinado, desde que o foro escolhido tenha uma ligação efetiva com o objeto de litígio ou com uma das partes em causa.

2. Se uma tal convenção atributiva de jurisdição foi estipulada somente em favor de uma das partes, essa conserva o direito de levar sua ação ao juiz competente nos termos da presente lei.

3. Salvo se se tratar de foros exclusivos, a parte que instaura o processo sem fazer reserva reconhece a competência do juiz demandado."

Retomemos agora os diversos elementos do art. 5º da LDIP, cujo texto é o seguinte:

"Art. 5º

IV — Eleição de foro

1. Em matéria patrimonial, as partes podem convencionar sobre o tribunal chamado a resolver um conflito nascido ou a nascer por ocasião de uma relação de direito determinada. A convenção pode ser feita por es-

crita, por telegrama, telex, fax ou qualquer outro meio de comunicação que permita estabelecer a prova por um texto. Salvo estipulação em contrário, a eleição de foro é exclusiva.

2. A eleição de foro fica sem efeito se ela priva, de forma abusiva, uma das partes da proteção que lhe assegura um foro previsto pelo Direito Suíço.

3. O tribunal eleito não pode declinar de sua competência.

a. Se uma parte é domiciliada, tem sua residência habitual ou um estabelecimento no cantão onde ele tem sede, ou

b. Se, em virtude da presente lei, o Direito suíço é aplicável ao litígio."

1. Alínea Primeira: a Admissibilidade e a Forma de Eleição de Foro

a) A Eleição de Foro é Admissível em Matéria Patrimonial

O anteprojeto da subcomissão não previa, na alínea primeira, o limite quanto à matéria. Este somente reservava os foros exclusivos no que concerne à aceitação tácita de um foro em si competente (alínea 3ª), mas a intenção, sem dúvida, era fazê-los prevalecer também sobre a eleição de foro.

A comissão de "experts" discutiu longamente a questão de saber como reservar os foros que não podem ser derogados. Asseverou-se que os termos "foro imperativo" ou "foro exclusivo" e sua contrapartida em alemão dão lugar a muitas confusões. A terminologia exata parecia ser a seguinte: um foro imperativo é um foro que não pode ser derogado pelas partes, mas sem que uma ação a um foro estrangeiro seja excluída. Assim, por exemplo, os foros em matéria de divórcio fixados pela LDIP são imperativos; não se pode aí derogar por uma eleição de foro; em compensação, não são exclusivos já que se reconhece, também, uma decisão tomada no país estrangeiro do domicílio ou da nacionalidade de um dos cônjuges (arts. 59, 60 e 65 da LDIP). Em compensação, exceto para algumas situações particulares, o foro do domicílio do defensor é exclusivo na Suíça, em virtude do art. 59 da Constituição Federal, isto é, uma decisão tomada em foro estrangeiro não é reconhecida. Em

compensação, ele não é imperativo, as partes podem tentar derogá-lo.

Há, por vezes, foros que são imperativos e exclusivos, como é o caso do foro do art. 97 da Lei Suíça para ações reais imobiliárias relativas a imóveis situados na Suíça.⁷

A essas dificuldades de semântica somam-se problemas fundamentais: freqüentemente é difícil saber quais são considerados como imperativos ou exclusivos; isto ocasiona um problema tanto na aplicação de convenções bilaterais, reservando a competência exclusiva de uma das partes, quanto no Direito Cantonal Suíço.

A comissão de "experts" resolveu o problema abandonando a idéia de uma reserva de foros exclusivos ou imperativos para a prorrogação das matérias patrimoniais. Por outro lado, engloba-se tanto o direito das obrigações quanto, por exemplo, o direito de sucessões e o direito dos regimes matrimoniais.

Para certas matérias patrimoniais, a eleição de foro é, entretanto, excluída ou restringida pelas disposições da parte especial que não se pode perder de vista. Assim, sem que seja dito expressamente, a prorrogação é excluída para as ações reais imobiliárias (art. 97), sendo que, nos casos de ação por responsabilidade depois da emissão de títulos de participação e de empréstimo (art. 151, al. 3), ela o é expressamente. Por outro lado, um consumidor não pode renunciar de antemão ao foro de seu domicílio ou de sua residência atual (art. 114, al. 2).

Os artigos 226 I e 228 do Código Federal das Obrigações em matéria de contratos de venda a prazo e com pagamento antecipado e o art. 30 da Lei Federal sobre a fiscalização das garantias, de 23 de junho de 1978, contêm, igualmente, restrições que se aplicam em matéria internacional. Em compensação, a LDIP não prevê restrições em matéria de obrigações alimentares ou de contratos de trabalho.⁸

b) As Partes Podem Reconhecer a Competência do Tribunal

O anteprojeto da Subcomissão falava em um "outro juiz que não o previsto pela lei". Ele apenas considerava a substituição do juiz regularmente competente por um outro juiz suíço. Este texto deixava em aberto um ponto capital: a possibilidade de derogar a competência suíça

em favor de um foro estrangeiro. O texto atual engloba diferentemente os dois casos. Num dado momento, pensou-se até em regulá-los separadamente.

Quando as partes designarem um foro suíço, a prorrogação será eficaz se as condições de admissibilidade do Direito suíço forem preenchidas e, bem entendido, se ela foi validamente concluída segundo o direito que lhe é aplicável em virtude das regras de conflito em matéria contratual.

A designação do tribunal deve ser suficientemente precisa, não sendo bastante designar-se os tribunais suíços. Em compensação, basta designar os tribunais de um certo lugar; não é necessário mencionar especificamente, por exemplo, o presidente do Tribunal ou o Tribunal de Comércio.

O tribunal suíço deve considerar uma interdição de prorrogar-se, determinada por um país estrangeiro que se julga exclusivamente competente para uma certa questão? Pode-se dar o exemplo da competência exclusiva dos tribunais da situação para os bens imóveis, em aplicação do art. 16, Capítulo Primeiro, da Convenção de Bruxelas. Sabe-se que a Corte de Justiça da CEE, em Luxemburgo, em uma decisão fortemente criticada, estabeleceu que esta valia até mesmo para um apartamento para férias, na Itália, alugado de um nacional alemão a outro.⁹

Um juiz suíço poderia declarar-se competente, aplicando-se uma prorrogação de foro ocorrida entre o proprietário de uma casa para férias na Itália, suíço, domiciliado na Suíça, e seu locatário, um suíço, domiciliado nos países baixos? Não se vê em virtude de que princípio o juiz suíço respeitaria o caráter exclusivo e imperativo do foro da situação. A condição, certamente, de que a prorrogação fosse válida segundo o direito suíço, ele deveria admitir sua competência. Ver-se-á, mais adiante, qual a sua posição em matéria de reconhecimento e se, ao contrário, o foro exclusivo, segundo o art. 16 da Convenção de Bruxelas deveria ser adotado.

É de se perguntar, todavia, se o juiz suíço deveria recusar-se a considerar-se competente num caso particular: aquele em que não apenas ele seria incompetente fora da prorrogação, mas também em que transpusesse seus próprios princípios em matéria de competência direta à

competência indireta de um outro país. Neste caso, esse último seria exclusivamente competente.¹⁰

A professora Kaufmann-Kohler parece admitir tal situação em algumas hipóteses. No sistema da LDIP, não cabe mais a transposição da competência direta para a indireta (sistema da "Spiegel-bildlichkeit" e, por outro lado, a LDIP prevê um número reduzido de competências exclusivas. O art. 86, al. 2, exclui a competência das autoridades suíças para as questões sucessórias relativas aos imóveis para os quais o Estado do lugar da situação reivindica uma competência exclusiva. A "ratio legis" — evitar as decisões ineficazes — vale também para que se encontre uma eleição de foro para tais questões, a menos, certamente, que a competência do Estado da situação não seja exclusivo nem imperativo, ou seja, que ele possa ser derogado por convenção. O mesmo raciocínio deve valer para os direitos reais relativos a imóveis situados no exterior; a LDIP não prevê competência para estas questões. Aqui, poder-se-ia sustentar, com bons argumentos, que o juiz suíço deveria levar em consideração a ineficácia da derrogação no país principalmente interessado e recusar-se a decidir.

As condições do art. 5º, alínea primeira, devem também ser reunidas para que haja efeito derogatório de uma competência legal suíça em favor de um tribunal. Este caso suscita problemas suplementares. O efeito derogatório desaparece, certamente, se o tribunal estrangeiro designado declinou de sua competência. Em tais casos, o juiz suíço, competente segundo a LDIP, na falta de eleição de foro, deve poder decidir. Poder-se-ia pensar em regular este caso invocando o foro de necessidade do art. 3º da LDIP; na nossa opinião, é a competência normal que reina.

Mas o que ocorre se uma parte se dirige a um tribunal suíço reclamando que a prorrogação não é admitida segundo o Direito estrangeiro? Cremos que não há dúvida de que o tribunal estrangeiro eleito declinaria de sua competência, por exemplo, porque a seus olhos a matéria não é uma daquelas onde uma eleição de foro é possível, o juiz suíço normalmente competente deveria investir-se.¹²

c) A Eleição de Foro Deve Relacionar-se Com Um Conflito Nascido ou Por Nascer na Ocasão de Um Caso Determinado

Esta condição encontra-se, igualmente, no art. 17 da Convenção de Bruxelas. Ela se explica pela preocupação de não se ver uma parte ligar-se a litígios cuja natureza não possa conhecer. Pode-se ressaltar, a esse propósito, que, nas Comissões Parlamentares na Suíça, a questão foi levantada a fim de se saber se os acionistas estavam ligados por uma eleição de foro contida no estatuto de uma sociedade anônima. A resposta foi negativa.¹³

d) A Forma da Cláusula de Eleição de Foro

A segunda frase da primeira alínea diz respeito à forma e aos meios técnicos pelos quais a convenção das partes pode ser expressa. Foram enumerados os meios técnicos mais correntes sem excluir-se outros. Assim, exprimiuse a opinião de que os disquetes de computadores que permitissem estabelecer um texto, poderiam ser suficientes. Exigindo que as partes empregassem um meio de comunicação que permitisse estabelecer a prova por um texto, a LDIP é mais restritiva que a Convenção de Bruxelas, que se contenta com um acordo verbal confirmado por escrito e por formas admitidas no comércio internacional.¹⁴

Se as partes, das quais ao menos uma tem seu domicílio no território de um estado contratante, acordam um tribunal ou tribunais de um Estado contratante para conhecer dos debates nascidos ou a nascer por ocasião de um caso de direito determinado, este tribunal ou os tribunais deste Estado são os únicos competentes. Esta convenção atributiva de jurisdição é concluída:

- por escrito ou verbalmente com confirmação escrita, seja;
- sob uma forma que esteja conforme os hábitos que as partes estabeleceram entre elas, seja;
- no comércio internacional, sob uma forma que esteja conforme um uso de que as partes tenham conhecimento ou julgarem conhecimento e que seja largamente conhecido e regularmente observado nesse tipo de comércio pelas partes, em con-

tratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado.

e) A Presunção de Exclusividade de Eleição de Foro

Segundo a terceira frase do art. 5º, alínea primeira, salvo estipulação em contrário, a eleição de foro é exclusiva. Esta regra clara põe fim às hesitações da jurisprudência e da doutrina suíças que assinalamos. Ela vale quando um foro foi designado sem outra fixação. Mas, bem entendido, as partes são livres para acordar sua prorrogação, descartando a presunção de exclusividade. Elas podem, assim, criar eleições de foro "capengas" dando a uma das partes, não à outra, a escolha entre diversos foros. Isto cria uma certa desigualdade entre as partes que a autonomia pode justificar. Contudo, certamente, não é desejável presumir uma cláusula capenga. Ora, é justamente isto que faz o art. 17, alínea 4 da Convenção de Bruxelas e da Convenção de Lugano:

"Se uma convenção atributiva de jurisdição foi estipulada a favor de apenas uma das partes, esta conserva o direito de escolher qualquer outro tribunal competente em virtude da presente convenção."

Uma crítica muito pertinente a essa cláusula, encontra-se no artigo de Christian Kohler.¹⁵ Este autor relata as incertezas e as dificuldades que a cláusula levantou na jurisprudência de vários países. É necessário tomar-se como base as circunstâncias objetivamente favoráveis a uma das partes, ou a apreciação subjetiva dos contratantes? E qual o momento determinante? Sem entrar em detalhes, não saberíamos fazer depender de elementos tão incertos a determinação do tribunal que será invocado, já que a segurança é, precisamente, um dos motivos principais da eleição de foro.

Essa disposição produz, aliás, resultados que não podem ser desconsiderados. Na prática, ela conduz a tomar-se, no lugar do foro prorrogado, o foro do domicílio. De acordo com uma opinião um pouco ingênua, que encontramos na doutrina suíça e que certos tribunais alemães adotaram, o fato de ser procurado no seu próprio domicílio constituiria sempre uma vantagem. Ora, isto está longe de ser verdade. Não paremos na esperança de que o julgamento le-

vado ao foro contratual estrangeiro não possa ser executado; isto não é um interesse juridicamente protegido. Aliás, no quadro da Convenção de Bruxelas, não deve normalmente haver dificuldades para a execução de uma decisão tomada no foro contratual. É também por esta razão que não poderíamos justificar o art. 17, alínea 4 da Convenção de Bruxelas, porque é necessário permitir à parte — à favor da qual a prorrogação foi feita — agir no foro do domicílio da outra parte, já que a execução da decisão tomada no foro contratual seria incerta.

Mas há circunstâncias em que se prefere um tribunal estrangeiro aos juizes locais, de quem se desconfia, ou que se considere um outro tribunal mais eficaz ou mais experiente.

Enfim, não se vê porquê uma parte, hipoteticamente favorecida pela eleição de foro, receberia uma segunda vantagem: a de poder escolher entre o foro eleito e um outro foro. Trataremos da escolha do tribunal na sede da parte que redigiu um contrato de adesão. Se esta escolhe um foro diferente do foro escolhido, não será certamente por altruísmo, mas porque aí vê uma vantagem no plano do processo ou porque, segundo as regras de conflito, diferentes deste outro foro, uma lei que lhe é mais favorável torna-se aplicável. Em matéria de prazo de prescrição, por exemplo, isto pode distinguir um processo ganho de um perdido!

A Corte das Comunicações Europeias, em uma decisão Anterist contra *Crédit Lyonnais*, de 24 de junho de 1986¹⁶, felizmente fez justiça através desta cláusula. Decidiu-se que só o fato do foro do domicílio de uma parte ter sido escolhido não significa que a prorrogação tenha sido feita em favor de uma única parte; é necessário, ao contrário, a vontade comum das partes de favorecer a uma delas seja estabelecida. Praticamente, isto não deixa mais muito alcance à disposição. Kohler, seguindo o que os britânicos já fizeram para suas regras "interlocais", propõe suprimir a cláusula na próxima ocasião.¹⁶ Pode-se lastimar que ela seja mantida na convenção paralela.

A submissão da Comissão de "experts" tinha, sobre este ponto, seguido as sirenes de Bruxelas e, não sem dificuldades, a Comissão dos Presidentes pôde ser persuadida a suprimir esta cláusula.

A idéia do "foro capenga" presumido não foi retomada na discussão parlamentar. Por outro lado, a cláusula de exclusividade foi combatida por certos partidários da supressão da terceira alínea, relativa à obrigação do tribunal eleito de investir-se. Esta solução, que teria novamente livrado a cláusula de prorrogação das incertezas do folclore cantonal, não encontrou apoio.

2. Alínea 2: As Cláusulas Abusivas

Introduzindo a alínea 2, a Comissão de "experts" tinha em vista principalmente as cláusulas de prorrogação nos contratos pré-estabelecidos ou contratos de adesão.

Quando da discussão parlamentar, a disposição reencontrou objeções de duas ordens opostas. Para alguns, ela arriscava prejudicar a segurança das demandas, permitindo colocar, demasiadamente seguido, em dúvida a validade da eleição de foro. Outros entendiam que a regra não era necessária, sendo suficiente a disposição geral sobre o abuso de direito do art. 2º, alínea 2 do Código Civil suíço. Contrariamente, certos deputados criticaram o fato de que a cláusula se referia apenas à proteção que assegura um foro previsto pela lei suíça; eles quiseram estender a regra também a uma derrogação abusiva de um foro estrangeiro.

O Conselho dos Estados, câmara buscada em primeiro lugar, decidiu cancelar o texto¹⁸, enquanto que o Conselho Nacional preferiu mantê-lo¹⁹, ponto de vista ao qual o Conselho dos Estados acabou por aderir.²⁰ Pode-se lastimar que o texto tenha sido mantido na Convenção de Lugano.

Observamos, ainda, que a Convenção de Haia sobre os acordos de eleição de foro, de 25 de novembro de 1965 (que não entrou em vigor), permite, no art. 15, o não reconhecimento dos acordos de eleição de foro "se, consideradas as circunstâncias, houver grave inconveniente no caso da cláusula ser julgada pelo tribunal eleito".

O texto da Convenção de Bruxelas não faz alusão às cláusulas abusivas de eleição de foro. Kropholler²¹ desejaria uma tal cláusula ou o desenvolvimento de uma jurisprudência pela corte europeia. Ele propõe que não se admita uma prorrogação por duas partes residentes no

mesmo país em favor de um tribunal estrangeiro situado num país com o qual não haja nenhuma ligação.²² Pode-se assinalar, a esse propósito, que uma decisão italiana faz prevalecer, num caso semelhante, o art. 2º do Código de Processo Civil Italiano que invalidava a eleição de foro e que, de forma oposta, a decisão de corte de Munique fez valer uma cláusula semelhante.²³ Na Suíça, consideramos que não se trata de uma matéria internacional, no sentido do art. 1º da LDIP, embora o direito cantonal seja determinante.

3. Alínea 3: A Obrigação do Juiz Escolhido de Não Declinar de Sua Competência

A terceira alínea regulamenta uma questão muito importante. No quadro do Mercado Comum, quando ao menos uma parte é domiciliada no Estado do contrato, o art. 17 da Convenção de Bruxelas e de Lugano não deixam dúvidas; ocorrendo o mesmo segundo o art. 15 da Convenção de Haia sobre os acordos de eleição de foro, de 25 de novembro de 1965.

O anteprojeto de Subcomissão IV exigia uma ligação efetiva com o objeto do litígio ou com uma das partes em causa. A Comissão dos Presidentes preferiu uma solução mais liberal. A opinião mais defendida foi a de que se deveria respeitar a confiança que as partes estrangeiras concederam a certos tribunais suíços e lhes permitir uma prorrogação mesmo a despeito da ligação objetiva com o país.

Isto conduz à fórmula do projeto do Conselho federal, segundo o qual o tribunal eleito não podia declinar de sua competência se uma parte fosse domiciliada ou tivesse residência habitual ou um estabelecimento na Suíça, ou se, em virtude da Lei de Direito Internacional Privado, o Direito suíço fosse aplicável ao litígio. Entendeu-se que o Direito suíço podia ser aplicável tanto em razão de uma conexão objetiva quanto em virtude da autonomia das partes.

Esta solução, muito liberal, não deixou de provocar objeções quando dos debates parlamentares. Fez-se valer, em particular, que ocorrendo a sobrecarga dos tribunais, não se podia obrigá-los a julgar litígios sobre matérias que não tivessem nenhuma relação com sua sede. Também diversas fórmulas mais restritivas foram examinadas.

O Conselho dos Estados elaborou uma fórmula que permitia aos cantões limitarem a obrigação de aceitar competência quando ambas as partes não tivessem domicílio, residência habitual ou estabelecimento no cantão do tribunal e, isto, mesmo se o direito suíço fosse aplicável.²⁴

Por outro lado, o Conselho Nacional adotou um texto atual que obriga sempre um tribunal a julgar-se competente, quando o direito suíço é aplicável, do mesmo modo que quando uma parte tem seu domicílio, sua residência habitual ou um estabelecimento no cantão da sede do Tribunal.²⁵

Ainda nos perguntamos o que se passaria no caso de uma parte ter um domicílio e, portanto, um foro na Suíça, mas o tribunal de um outro cantão ter sido designado. Um tal foro, validamente escolhido porque o Direito suíço era aplicável, deveria ceder lugar ao foro legal no cantão do domicílio? Esta restrição foi descartada por diversos motivos, sobretudo por considerações que já descartamos a propósito do "foro capenga". As partes podem, por exemplo, ter escolhido um tribunal de comércio experimentado de uma grande cidade antes de pleitear junto ao juiz do domicílio da cidade de uma delas.

Percebeu-se, aqui, como em outras ocasiões, que os federalistas procuravam dar maior espaço ao Direito cantonal, lembrando-se com nostalgia que as questões de processo são reservadas pela Constituição aos cantões. No final das contas, o Direito cantonal conservou um espaço, mas ele somente pode intervir caso seja mais favorável à prorrogação do foro que o direito Federal. Com efeito, se nos casos mencionados na alínea 3 o tribunal eleito não pode declinar de sua competência, ele não é obrigado a fazê-lo em outros casos. Ele deverá admitir sua competência quando o Direito cantonal o prescreva. Assim, no cantão de Zurique, a prorrogação também deverá ser aceita se uma das partes for um suíço domiciliado no exterior ou se a prorrogação tratou de um empréstimo por obrigações emitidas em Zurique.²⁶ Será interessante observar se os cantões, tal como no cantão de Vaud, onde atualmente toda a prorrogação parece ser admitida²⁷, embora sem base legal, manterão essa jurisprudência.

A questão da proteção dos suíços domiciliados no exterior foi ocasionalmente levantada na discussão, mas, enquanto os foros principais ou subsidiários fundados na nacionalidade são previstos no direito de família e sucessões, os suíços domiciliados no exterior não têm, em matéria de prorrogação, mais direitos que os estrangeiros. Podemos lastimar, mas talvez fosse preferível preocuparmo-nos com o problema ao invés de procurarmos, a todo preço, deixar um campo de aplicação ao Direito cantonal.

No final das contas, a regulamentação é ainda assim assaz liberal: o só fato de ter provido a eleição do foro de uma escolha do Direito suíço obrigará o tribunal designado a investir-se. É pouco provável e, em todo caso desaconselhável, que as partes designem um foro suíço, na falta de uma escolha simultânea da lei suíça ou do domicílio de uma delas no cantão do tribunal demandado, na esperança de que esse foro queira declarar-se competente.

III — QUESTÕES RELATIVAS AO RECONHECIMENTO E À EXECUÇÃO DAS DECISÕES ESTRANGEIRAS

Convém sublinhar, em primeiro lugar, que, de maneira geral, a LDIP traz um progresso considerável no que toca ao reconhecimento e à execução de decisões estrangeiras provenientes de países com os quais não há tratados. Nós nos lembraremos que a maior parte dos códigos Cantonais exigem a prova da reciprocidade e que o Tribunal cantonal de "Glavis" decidiu, inclusive, não reconhecer e não executar decisões estrangeiras fora dos tratados.

1. A Execução das Decisões Tomadas no Foro Contratual Estrangeiro

De acordo com o art. 26, letra "b" da LDIP, a competência indireta das autoridades estrangeiras é dada se, em matéria patrimonial, as partes se submetem, por uma convenção válida segundo a presente lei, à competência da autoridade que tomou a decisão.

Antes de reconhecer ou permitir a execução tomada por um tribunal eleito no exterior, o juiz suíço examinará se as condições "da presente lei", isto é, do art. 5º, estão presentes e se não há outras restrições a observar, como, por exem-

plo, aquela do art. 97 relativa aos imóveis suíços e aquela do art. 114 concernente ao contrato do consumidor. Em contrapartida, diferentemente do que se encontra em antigas convenções, não é necessário examinar se, segundo seu próprio Direito, o tribunal de origem podia investir-se com base na prorrogação.²⁸ Não deve, bem entendido, haver outros motivos de recusa do reconhecimento (art. 27).

Mesmo se a prorrogação do foro não tiver efeito segundo o Direito suíço, a decisão estrangeira poderá ser reconhecida de acordo com as regras do Direito suíço sobre a competência indireta, se o tribunal estrangeiro for competente por outro título.

A questão crítica é saber se um julgamento realizado com base numa prorrogação de foro que não responde às exigências do art. 5º, em um Estado no qual não existe uma autoridade com competência indireta aos olhos do Direito suíço, pode ser suscetível de reconhecimento. Em regra, dever-se-á responder negativamente, em outros casos, uma resposta afirmativa parece possível.

Suponhamos que, conforme as regras suíças de competência indireta, o Estado A seja competente, mas que as partes tenham feito uma convenção em favor de Estado B. A prorrogação, em desacordo com o art. 5., é válida tanto para o Estado A quanto para o B, porque os tribunais do Estado A declinaram de sua competência. A decisão tomada no Estado B será reconhecida no Estado A. Num caso semelhante, um reconhecimento na Suíça deveria ser possível. Ele é possível, certamente, para os regimes matrimoniais (art. 58), as sucessões (art. 96, alínea primeira), os direitos reais imobiliários relativos a imóveis no exterior (art. 108, alínea primeira) e o direito societário (art. 165, alínea primeira, letra "a"). Para todas essas matérias, as decisões tomadas num Estado terceiro e reconhecidas em um Estado competente segundo o Direito suíço podem ser reconhecidas e executadas de acordo com a LDIP, pouco importando a autoridade competente em virtude da qual estas decisões foram tomadas. A solução poderia ser entendida, por analogia, a outras questões patrimoniais. Já que ela supõe que exista uma competência indireta estrangeira no Estado A, a questão do art. 59 não se coloca.

2. O Reconhecimento e a Execução, na Suíça, de Uma Decisão Tomada Num Foro Estrangeiro que Viole Uma Prorrogação em Favor de Um Tribunal Suíço

Qual deve ser a solução, no plano do reconhecimento, quando se esta em presença de uma prorrogação validamente concluída e em conformidade com as exigências do art. 5º, no caso de uma parte ter escolhido um tribunal de um Estado estrangeiro que não reconhece a prorrogação quem estatui nesse caso. Suponhamos, por outro lado, que na falta de prorrogação, este Estado fosse competente segundo as regras de competência indireta da lei suíça — na ausência da qual um reconhecimento seria evidentemente excluído.

O reconhecimento não causa dúvida se o defensor procedeu sem fazer reserva. Este caso de competência é previsto pelo art. 26, letra "c".²⁹ Por outro lado, a questão é mais delicada se o defensor levantar a declinatória fundamentada na prorrogação e que, apesar disso, o tribunal se declare incompetente.

As soluções das convenções internacionais divergem neste ponto. Segundo o art. 12, Capítulo primeiro, da Convenção sobre o reconhecimento e a execução dos julgamentos estrangeiros em matéria civil e comercial, concluída em Haia em 1º de fevereiro de 1971 (em vigor em Chipre, nos Países Baixos e em Portugal, a competência do Tribunal do Estado de origem pode não ser reconhecida quando o Direito do Estado requerido atribui às jurisdições desse Estado uma competência exclusiva, em razão da matéria ou de um acordo entre as partes, para conhecer da ação que deu lugar à decisão estrangeira. Este parece ser o único texto no qual se faz expressa alusão à exclusividade decorrente de um acordo entre as partes.

Em contrapartida, várias convenções bilaterais sobre o reconhecimento e a execução concluídas pela Suíça prevêem, sob uma forma ou outra, a possibilidade de recusar o reconhecimento quando o Estado requerido prevê uma competência exclusiva.³⁰ Estas regras parecem dever se estender igualmente à competência exclusiva decorrente de uma cláusula de eleição de foro, embora isto não seja um dado muito preciso.

Por outro lado, resulta, diversamente do que prescreve o art. 28, alínea primeira, da Convenção de Bruxelas e de Lugano, que a violação de uma competência exclusiva, fundada sobre uma cláusula de eleição de foro, não é motivo para recusar-se o reconhecimento.

A doutrina e a jurisprudência se dividem. Na França, o reconhecimento foi recusado em um caso onde a incompetência não tinha sido levantada.³¹ Na Alemanha, a opinião contrária parece prevalecer: a eleição de foro não cria uma exclusividade que constitua um obstáculo ao reconhecimento e à execução, mas há igualmente, uma opinião minoritária em sentido contrário.³²

Qual deve ser a solução mediante o império da LDIP? Notar-se-á, antes de tudo, que, conforme as convenções bilaterais sobre o reconhecimento e a execução citadas acima, poder-se-á sustentar que uma prorrogação de foro de acordo com o art. 5º da LDIP cria uma competência exclusiva na Suíça, assim um julgamento ocorrido em um outro país não deveria ser reconhecido. Em contrapartida, a LDIP, de forma diversa da nova lei turca (art. 38), por exemplo, não prevê, de maneira geral, a existência de um foro suíço como motivo de recusa de reconhecimento. É necessário concluir que os julgamentos provenientes de países com os quais não existe a convenção têm mais chance de serem reconhecidos? Tal não é o caso se se admite que as convenções bilaterais não impedem as soluções mais liberadas fundadas sobre o Direito comum. Parece-nos que a solução liberal deve prevalecer, ao menos em princípio. Com efeito, a questão dos limites da prorrogação de foro é discutível. Pode-se muito bem sustentar que ela deverá ser exclusiva em matéria de contratos de consumidor, de contratos de trabalho, de contratos de seguro e também para outras questões.

Retomemos o exemplo do suíço, proprietário de um apartamento para férias na Itália, alugado a um compatriota domiciliado nos Países Baixos. O contrato de locação contém uma eleição de um foro suíço, válida segundo o Direito suíço, mas ineficaz em um país do Mercado Comum em razão do art. 16 da Convenção de Bruxelas, que prevê uma competência exclusiva ao foro da situação. O proprietário suíço poderia acionar o locatário no pagamento do aluguel

perante o tribunal suíço escolhido, mas a decisão não poderia ser executada nem na Itália nem nos Países Baixos.³³ O proprietário dirige-se, por consequência, ao foro italiano, discutindo em vão, já que o locatário invocará a declinatória com base na prorrogação de foro. A decisão tomada na Itália poderá ser, certamente, executada nos Países Baixos, mas o que se passará se, neste meio tempo, o locatário tiver se mudado com armas e bagagens, para a Suíça? Será bem inconveniente ele poder opor-se à execução na Suíça sob o pretexto de que o foro contratual foi violado.

Parece-nos que, em tais casos, estando todas as outras condições de reconhecimento e de execução reunidas, dever-se-ia desconsiderar a violação da prorrogação de foro.

Em apoio desta opinião, consideramos, também, que a lei suíça proíbe toda revisão dos fundamentos (art. 27, alínea 2); em particular, o feito de que o juiz estrangeiro tenha aplicado uma outra lei não aquela que teria sido aplicada pelo juiz suíço não é motivo de recusa; ou, a atitude mais restritiva de uma ordem jurídica estrangeira, em relação a certas eleições de foro, são tão dignas de respeito quanto a regra de conflito estrangeira. Havendo abuso, o reconhecimento podia ser recusado em virtude do art. 27, letra "b" da lei que sanciona a violação dos princípios fundamentais do Direito Processual suíço.

Em conclusão, podemos dizer que a nova lei assegurará a eficácia das prorrogações racionais em favor dos tribunais suíços e, em caso contrário, o respeito à escolha de jurisdições estrangeiras. Ela assegura o reconhecimento das decisões tomadas em foro contratual.

Nosso colega Max Keller, a quem essas linhas são dedicadas, foi o principal artesão das disposições da LDIP sobre a lei aplicável aos contratos. Pareceu-nos apropriado tratar aqui das cláusulas abusivas de eleição de foro que, junto às cláusulas arbitrais, são a contrapartida, no terreno dos conflitos de jurisdições, da autonomia concedida às partes em matéria de escolha da lei aplicável.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- Eis uma lista das principais publicações sobre o tema e as obras de caráter genérico citadas adiante pelo nome do autor ou de forma resumida:
 - Loi fédérale sur le droit international privé (loi de d.i.p.), Projet de loi de la Commission d'experts et Rapport explicatif, Etudes suisses de droit international, vol. 12 Zurique, 1978. Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, Etudes suisses de droit international, vol. 13, Zurich, 1979.
 - Loi fédérale sur le droit international privé, présentation des réponses à la procédure de consultation relative au projet de loi de la Commission d'experts et au rapport explicatif, Office fédéral de la Justice, Berne, maio de 1980.
 - Message du Conseil fédéral suisse concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982 (FF 1983 I 255).
 - Batiffol H. & Lagarde P. *Droit International Privé*, 7.ed., tome I, Paris, 1981, tome II, Paris, 1983.
 - Buttent N. & Moix P.H. *La Prorogation de For en Droit International Privé, Le Juriste Suisse Face au Droit et Aux Jugements Étrangers*, Fribourg, p. 315-330, 1988.
 - Fischer C.H. *Les Conventions de Prorogation de for Inter — Et Intercantonaes en Droit Fédéral et en Procédure Civile Vaudoise*, thèse Lausanne, 1969.
 - Fragistas N. *La Compétence Internationale en Droit Privé, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1961 III, tome 104, p. 159, spéc. p. 228 (droit suisse) et p. 233 (rôle de la volonté des parties).
 - Gaudemet-Tallon H. *La Prorogation Volontaire de Jurisdiction en Droit International Privé*, 1965.
 - Guldener M. *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2.ed. Zurich 1958, avec Supplément, 1964.
 - Habscheid W.J. *Parteivereinbarungen Über die Interenationale Zuständigkeit Nach Deutchem und Schweizerischem Recht*, Festschrift Schima, Vienne, p. 175, 1969.
 - . *Droit Judiciaire Privé Suisse*, 2.ed., Genève, p. 156, 1981.
 - Holleaux D., Foyer J., De Geouffre de la Pradalle G. *Droit International Privé*, Paris, 1987.
 - Jayne E. *Das europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen und die Drittländer — Das Beispiel Österreichs, Öst. Akademie der Wissenschaften, Veröffentlichungen der Kommission für Europa-recht*, n. 6, Vienne, p. 97, 1988.
 - Kaufmann-Kohler G. *La clause d'élection de for dans le contrats internationaux*, Schriftenreihe des

Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen, Heft 29, Bâle, 1980.

Keller M. & Siehr K. *Allgemeine Lehren des Internationalen Privatrechts*, Zurich, 1986.

Kohler C.H. *Pathologisches in EuGVÜ: Hinkende Gerichtsstandsvereinbarungen Nach Art. 17 Abs. 3, IPRax*, p. 340, 1986.

Knapp B. L'article 59 de la Constitution, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Bâle, Zurich et Berne, feuillets mobiles dès, 1987.

Kropholler J. *Internationale Zuständigkeit, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Band I, Tübingen 1982, S. 183. insbes. S. 381 Rz. 461 ff., S. 495 Rz. 801ff.

———. *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zum EuGVÜ*, 3 ed., Heidelberg, 1991.

———, et Pfeiffer A. *Das neue europäische Recht der Zuständigkeitsvereinbarung*, Festschrift für Heinrich Nagel, p. 157, 1987.

Lalive P. & Bucher A. *Election de domicile et prorogation de for dans les rapports franco-suisse. La Semaine Judiciaire*, p. 297, 1977.

Mayer P. *Droit International Privé*, 4.ed., Paris, 1991.

Poudret J.F. *Droit privé fédéral et procédures cantonales: sujet d'étonnement pour les juristes étrangers et tourments pour les juristes suisses. Revues Internationale de Droit Comparé*, p. 433, 1987.

Reiser H. *Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem IPR-Gesetz. Zugleich ein Beitrag zur Schiedsabrede*, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 87, Zürich, 1989.

Volken P. *Von Analogien und ihren Grenzen im internationalen Privatrecht der Schweiz*, Festschrift für Frank Vischer, Zürich, S. 335, 1983.

———. *Neue Entwicklungen im Bereich der internationalen Zuständigkeit, Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts*, Festschrift für Prof. Rudolf Moser, Etudes suisses de droit international, v. 51, Zurich, p. 235, 1987.

———. *Das EG-EFTA-Parallel-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil — und Handelssachen*, Annuaire suisse de droit international, v. XLIII, p. 97, 1987.

Walder-Bohner H.U. *Drei Fragen zum forum prorogatum, Recht und Wirtschaft heute*, Festgabe Kummer, Berne, p. 681, 1980.

Zapater Guzman M. *La prorogation de competencia en los contratos de venta concluidos por consumidores*, Revista española de derecho internacional, v. XXXIX, p. 447, 1987; résumé en anglais, p. 476.

- Ver Convenção de Lugano, convenção concernente à competência judiciária e à execução das decisões em matéria civil e comercial, realizada em Lugano em 16 de setembro de 1988, Publicações do Instituto Suíço de Direito Comarado, n° 13, I, texto e relatório explicativo (texto em inglês, francês, ale-

mão e italiano, relatório em inglês e francês) e n° 14, II, trabalhos preparatórios, Zurique, 1991. O texto da Convenção em francês também pode ser encontrado no "Annuaire suisse de droit international", vol. XLIV, 1988, p. 166. Ver, ainda, o artigo de P. Volken (citado na nota 1), no "Annuaire suisse de droit international", vol. XLIII, 1987, p. 97. Sobre os princípios intertemporais na matéria, ver a decisão do Tribunal Federal, de 29 de novembro de 1990, "Arrêts du Tribunal Fédéral suisse, ATF 116 II 622.

- Assim, em mais ou menos uma decisão sobre três, tomadas pela Corte das Comunidades sobre a Convenção de Bruxelas, no que concerne ao foro contratual e à jurisprudência nacional, é igualmente fornecida de forma relativa. Ver J. Kropholler e A. Pfeiffer, p. 157, 158, note 4.
- R. A. Schütze, *Zur Ablehnung der Annahme einer Prorogation nach zürcherischem Recht*, IPRax, p. III, 1985.
- P. Lalive & A. Bucher, p. 300.
- J. F. Poudret, p. 443.
- Message n° 272; ver também P. Volken, Festschrift Moser, p. 292.
- G. Kaufmann-Kohler, p. 161. O artigo 17, alínea a, da Convenção de Lugano prevê uma disposição que não figuraria no texto original da Convenção de Bruxelas: "Em matéria de contratos individuais de trabalho as convenções atributivas de jurisdição produzem seus efeitos se forem posteriores ao surgimento do debate". Este texto foi ainda modificado na Convenção de São Sebastião, relativa à adesão da Espanha e de Portugal à Convenção de Bruxelas, de 26 de maio de 1989; acrescentou-se a esse texto: "ou se o trabalhador o invoca para pedir a tutela jurisdicional junto a outros tribunais que não aquele do domicílio do defensor ou aquele indicado no art. 5.1". Estas divergências podem ter os efeitos mais inesperados se uma ou outra parte do contrato de trabalho modifica seu domicílio, isto sobretudo no plano das decisões (ver artigo 54, III, alínea 3, da Convenção de Lugano) — Sobre a noção de "matérias patrimoniais", ver: I. Meier, *Vermögensrechtliche Ansprüche — ein Schlüsselbegriff Privatrecht (IPRG)*, Mitteilungen aus dem Institut für Zivilgerichtliches Verfahren in Zurich, Bd. 5, Mai 1988, S. 5.
- O artigo 16, alínea primeira, letra "b", da Convenção de Lugano previu que, em matéria de aluguéis de imóveis concluídos em vista de um uso pessoal por período máximo de seis meses consecutivos, são igualmente competentes os tribunais do Estado contratante, no qual o defensor é domiciliado, na condição de que o locatário seja uma pessoa física e que nenhuma das partes esteja domiciliada no Estado contratante onde o imóvel esteja situado. Contudo, o Protocolo n° 1 da Convenção, artigo I, permite uma reserva no encontro do reconhecimento e da execução de uma tal decisão. A Convenção de São Sebastião restringiu esta possibilidade exigindo que o proprietário e o locatário sejam pessoas

- físicas e que sejam domiciliadas no mesmo Estado contratante. Em contrapartida, não há mais possibilidade de reserva.
- 10 Schröder, *loc. cit.*, supra note 17, p. 534.
- 11 P. 159.
- 12 Nesse sentido, Fragistas, p. 238.
- 13 O C.P.C. de Zurique, art. II permite, ao contrário, uma cláusula desse gênero (citada supra I, 1)
- 14 O ante-projeto da Convenção paralela propõe uma fórmula um pouco mais restrita inspirada no art. 9 da Convenção da Nações Unidas sobre os contratos de venda internacional de mercadorias, de 11 de abril de 1980 (Convenção de Viena).
- 15 Citado supra, nota 1. Ele dá conta, sobretudo, da gênese da cláusula e da jurisprudência relativa. Ver igualmente a crítica da cláusulas não exclusivas em H.U. Walder-Bohner, p. 681.
- 16 *Affaire 22/85*, Clunet 1987 p. 474, IPRax 1987, p. 105, Recueil de la Jurisprudence de la Cour, 1986-6, 1951.
- 17 P. 345 e nota 32.
- 18 Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, mars 1985, p. 129.
- 19 Bulletin officiel, septembre 1986, p. 1302.
- 20 Bulletin officiel, février 1987, p. 976.
- 21 EuGVÜ, Nos 68-72, ad art. 17, p. 190.
- 22 No mesmo sentido, o relatório Schlosser, relativo ao texto de 1978, J. O. des Communautés européennes, C 59, 5 de março de 1979, n° 178; Cf. J. Kropholler, nota 142, p. 191; ver a nota de M.A. Huet relativa à decisão da Corte de Apelação de Paris de 27 de março de 1987, Journal du Droit International (Clunet), p. 141, 1988.
- 23 Cour de Cassation, 1° de abril de 1985, Rivista di Diritto internazionale privato e processuale 1986, p. 863, e Oberlandesgericht München, 13 de fevereiro de 1985, *ibid.*, p. 931; ver igualmente o artigo de S. Mariatti, *ibid.*, p. 819.
- 24 Bulletin officiel, mars 1985, p. 129.
- 25 Bulletin officiel, septembre 1986, p. 1302.
- 26 Ver art. 11 do C.P.C. (citado acima I, 1).
- 27 Segundo C.H. Fischer, p. 143.
- 28 Por razões históricas, os tribunais suíços faziam esse duplo controle no quadro da Convenção Franco-Suíça, ab-rogada com efeito em 1° de janeiro de 1992; ver C. E. Dubler, La reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères en Suisse. Relatórios suíços apresentados no XII Congresso Internacional de Direito Comparado, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, n° 7, Zurich 1987, p. 29, spéc. p. 49.
- 29 Nesse sentido, C. E. Dubler, *op. cit.*, supra nota 28.
- 30 Convenção Suíça-Tchecoslováquia, art. 1., Cap. 1.; Convenção Suíça-RFA, art. 1. in fine; Convenção Suíça-Itália, art. 2., alínea 2; Convenção Suíça-Austria, art. 1., capítulo 1.; Convenção Suíça-Liechtenstein, art. 1., in fine.
- 31 Tribunal de la Seine, 10 janeiro 1962. Revue critique de droit international privé 1963, p. 607, note Déprez. P. Mayer, n° 370, p. 232, D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geouffre de la Pradelle, n° 966, p. 440, Battifol/Lagarde, II, n° 718, note 6, no mesmo sentido.
- 32 Ver D. Martiny, Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechts, Band III/1, Tübingen 1984, n° 652 e nota 1932, p. 300; ver também Keller/Siehr, p. 580. A opinião majoritária nos foi confirmada pelo professor K. Siehr. No mesmo sentido, o art. 32, alínea 2, do Civil Jurisdiction and Judgments Act, 1982, do Reino Unido.
- 33 Isto, ao menos, se nós admitirmos, o que parece ser a opinião dominante, que os Estados do Mercado Comum têm a obrigação de não reconhecer a decisão de um Estado terceiro que viole as regras de foro absolutas do art. 16 da Convenção de Bruxelas, mesmo se este foro for situado em um outro Estado da Comunidade (ver sobre este ponto, Jayme, p. 107 e p. 118, nota 61). Seria diferente se o locatário tivesse tido seu domicílio na Alemanha, porque o tratado germano-suíço, de 2 de novembro de 1929, não obriga a respeitar a competência exclusiva de um outro Estado e a obrigação de reconhecer que ele contém deve prevalecer sobre a obrigação decorrente do art. 16, cap. primeiro da Convenção de Bruxelas. (Nesse sentido, Kropholler, EuGVÜ, n° 20, ad. art. 25, p. 241).

Imprensa. Captação Audiovisual. Informática e os Direitos da Personalidade*

ANTÔNIO CHAVES

Professor das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo

SUMÁRIO

PARTE I — 1. Imprensa: Jornais, Periódicos; **2.** Desgarra-se o Conceito Tradicional de "Imprensa" para o de Informação; **3.** Mas Não Apenas a Lei, Como o Próprio Jornalismo Precisa Ser Renovado; **4.** Dynabook, o Livro do Futuro; **5.** Uma Nova Forma de Editar: CD-ROMs; **6.** Fotografias Publicadas pela Imprensa; **PARTE II: 7.** O Que É Que Se Entende por Captação Audiovisual?; **8.** Definição de Obra "Multimídia" ou Eletrônica; **9.** O Audiovisual Como Sistema; **10.** O Vídeo on Demand (VoD); **11.** Internet; **12.** A Orientação do Governo; **13.** Como Caracterizar uma "Criação" Eletrônica?; **PARTE III — 14.** A Importância da Programação Cibernética; **15.** Uso do Banco de Dados; **16.** Imprensa e Informática; **17.** Direitos da Personalidade; **18.** O Embate Entre a Liberdade de Informação e os Direitos da Personalidade; **19.** Limites do Direito de Informação; **20.** Divulgação de Fatos Relativos a Personalidades Conhecidas; **21.** Vão Frequentando Cada Vez Mais os Repertórios Arestos Relativos a Abusos de Imprensa; **22.** Na Indenização dos Danos Morais Não Mais Prevalece a Tarifa dos arts. 51 e 52 da Lei 5.250/67; Bibliografia.

PARTE I

1. Imprensa: Jornais, Periódicos

Não nos permite a amplitude dos assuntos aprofundar o estudo do tema imprensa.

Limitemo-nos a referir que Darcy Arruda Miranda, *Comentários à Lei de Imprensa*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 3.ed., 1995, localiza a madrugada da imprensa nada menos que nos símbolos ou sinais em que, desde a idade da pedra (paleolítica e neolítica) os homens transmitiam os seus pensamentos por meio de incisões e pinturas rupestres.

Já no ano de 1750 a.C., sob o reinado de Thoutmés III, existia um jornal oficial, e ao tempo do Faraó Amarsis, jornais satíricos lhe alfinetava a administração. Com Jaques Bourquin, *La Liberté de la Presse*, 1950, p. 35 registra que na China existiu em Pequim, para mais de 1.300 anos, um jornal: King-Pao.

Os romanos tinham jornais ou atas diurnas que circulavam de maneira regular e, por meio do serviço postal, levavam aos extremos da República ou do Império as novidades de Roma.

No século XV, Veneza enviava aos seus embaixadores e agentes, espalhados pelo mundo, as "fogli d'avizzi", com notícias escritas a mão, daí surgindo a primeira "Gazzetta".

Acompanha a evolução da imprensa no País, desde as suas primeiras manifestações, bem como a evolução das leis, até o advento da de n° 5.250, de 09-2-1967.

Podemos definir imprensa, no sentido que aqui interessa, como jornal, periódico ou folha noticiosa, e, por extensão, os meios de comunicação em massa escrita ou falada que transmitem notícias e informações.

Garante a Constituição a toda a pessoa, em seu art. 5º, inc. IV: "a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" e, no inciso V, assegura o direito de resposta "além da indenização por dano material, moral ou à imagem".

O princípio é reiterado, com mais ênfase, no art. 220, não admitindo o § 1º que qualquer lei contenha dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação so-

*Ampliação da palestra proferida em Belo Horizonte, no dia 28-9-95, a convite do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

cial, observados os incisos que enumera o art. 5º.

É da tradição do nosso direito, pois já constava da Constituição do Império, art. 179 § 4º e da de 1967, art. 150, § 8º, reiterado na Lei nº 5.250, de 09-2-1967, em seu art. 1º:

"É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo, cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer."

2. Desgarra-se o Conceito Tradicional de "Imprensa" para o de Informação

A amplitude do conceito de jornalista, exorbitando do conceito popular de que seria quem escreve para jornais e revistas, já podia ser depreendido do art. 2º da Lei 4.529, de 13 de janeiro de 1959, considerando jornalista profissional aquele cuja função, remunerada e habitual, compreendida a busca ou documentação de informações, inclusive fotograficamente, a redação de matéria a ser publicada, contivesse ou não comentários, a revisão de matéria composta tipograficamente, a ilustração por desenho ou outro meio do que for publicado, a recepção radiotelegráfica e telefônica de noticiário nas redações de empresas jornalísticas, a organização, orientação e direção de todos esses trabalhos e serviços.

Sofreu revisão no Dec.-Lei nº 972, de 17-10-1969, que dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista que recebeu nova regulamentação pelo Dec. 83.284, de 13-3-1969, em decorrência das alterações introduzidas pela Lei nº 6.612, de 07-12-1978.

Enumera o Dec. 83.284 no art. 2º as atividades que o exercício habitual e remunerado da profissão de jornalista compreende, privativamente:

I — redação, condensação, titulação, interpretação, correção ou coordenação de matéria a ser divulgada, contenha ou não comentário;

II — comentário ou crônica, por meio de quaisquer veículos de comunicação;

III — entrevista, inquérito ou reportagem, escrita ou falada;

IV — planejamento, organização e direção e eventual execução de serviços técnicos de Jornalismo, como os de arquivo, ilustração ou distribuição gráfica de matéria a ser divulgada;

V — planejamento, organização e administração técnica dos serviços de que trata o item I;

VI — ensino de técnicas de Jornalismo;

VII — coleta de notícias ou informações e seu preparo para divulgação;

VIII — revisão de originais de matéria jornalística, com vistas à correção redacional e à adequação da linguagem;

IX — organização e conservação de arquivo jornalístico e pesquisa dos respectivos dados para elaboração de notícias;

X — execução da distribuição gráfica de texto, fotografia ou ilustração de caráter jornalístico para fins de divulgação;

XI — execução de desenhos artísticos ou técnicos de caráter jornalístico, para fins de divulgação."

O artigo 11 classifica as funções desempenhadas pelos Jornalistas, como empregados, dando-lhes as definições correspondentes: redator, noticiário, repórter, repórter de setor, radioreporter, arquivista-pesquisador, revisor, ilustrador, repórter fotográfico, repórter cinematográfico, diagramador.

Vale assinalar, no entanto, ter ac. un. da 4ª Turma do TRT, 1ª R. de 18-7-1984, RO 9.493, rel. Juiz Oldenir de Almeida, ADV 180825, num caso de redatora de noticiário considerado irrelevante para o Direito do trabalho o título que a empregadora tenha dado ao cargo exercido pelo empregado. O que importa é o contrato realidade, isto é, as funções realmente exercidas. Se exerce funções de relatora, é jornalista a teor do § 1º do art. 302 da CLT — Recurso impróvido.

A profissão é hoje regulamentada pela Lei nº 6.612 de 07-12-1978.

Os dispositivos da CLT e da CLPS atinentes à matéria foram revogados pelo novo regulamento, Dec. 83.284, de 13-3-1979.

Detectava, já lá vão mais de 20 anos, Teófilo Cavalcanti Filho, aos 20-7-1964, não se confundir o jornal moderno, em sua imensa complexidade, com a simplicidade de material técnico e humano que caracterizava o jornal antigo. Neste, o elemento intelectual era tudo nele,

o aspecto predominante era a redação, era o comentário, era a crítica, em suas várias manifestações.

No jornal moderno, o elemento que predominava antes cedeu lugar ao objetivo informativo, que hoje constitui a sua principal característica.

Tão relevante é esse aspecto, que mais de uma legislação substituiu a denominação de imprensa pela de informação, sendo ainda exato que há mesmo as que preferem organizar códigos e leis de informação, ao invés da tradicional lei de imprensa.

Mesmo entre nós, não foram poucos que sugeriram iniciativas dessa natureza, que romperia, se concretizada, com uma tradição secular, que vem desde os primórdios da nacionalidade.

Não obstante o peso da tradição, forçoso é convir que de certo modo a sugestão atende às exigências técnicas que regem e cercam a informação em nossos dias. Partindo desse elemento, que fundamental, o conceito de jornalista necessariamente teria que passar, como de fato passou, por alterações substanciais.

É que, para propiciar a informação, tanto desempenha um papel relevante o cronista que tece finas considerações a respeito de um acontecimento como o técnico em radiotelegrafia, que recebe e transmite a notícia, ou o ilustrador que elabora uma charge a respeito dela.

Todos eles cada um no seu setor, cada um a seu modo, colaboram no trabalho de divulgação e informação, de modo a permitir que o acontecimento seja percebido e analisado pelo grande público.

Passa a demonstrar como os nossos Tribunais já se aperceberam dessa evolução, proclamando, com ênfase, que o conceito de jornalista se alargou.

Assim, ac. da 4ª Câmara do TASP esclarece que, "para os efeitos da lei, o conceito jornalista deve ser entendido em sentido lato, compreendendo todos aqueles que trabalham em qualquer dos setores da atividade jornalística".

Observa que a citada lei 3.529 nada mais fez do que dar guarida a uma inclinação geral, estimulada pelas considerações a que alude, e que já se revelara mesmo no sistema da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 302, parágrafo 1º) e do decreto-lei nº 7.037, de 10 de novembro de 1944, artigo 3º. Já trabalhando sobre esses

dispositivos, a jurisprudência alargara o conceito, para nele incluir certas categorias que, rigorosamente, nele não se achavam incluídas como se pode depreender do acórdão inserto na Revista dos Tribunais, vol. 286/661 e 301/534.

Foi graças ao mesmo espírito que sempre se entendeu que o revisor sempre integrou a classe dos jornalistas, consoante se vê dos acórdãos publicados na Revista de Direito Administrativo, vols. 38/181; 49/101; 52/100; 56/142.

Não se pense, aliás que — conclui — que as coisas ficarão por aí. Se há um setor, em que a técnica opera prodígios, é o da informação. Novas mudanças que ocorram terão, também, consequências no mundo jurídico. E não é improvável que novas categorias venham a compor a categoria dos jornalistas.

Encontra-se na Câmara dos Deputados, desde 1992, Projeto de nova Lei, destinado a substituir a que vigora desde a época da ditadura militar, elaborado por comissão composta pelos juristas Evandro Lins e Silva, René Ariel Dotti, João Luiz Faria Neto, Leônidas Rangel Xausa, Luís Francisco de Carvalho Filho e Manoel Alceu Ferreira.

Assegura o direito de resposta proporcional ao agrão: I — na mesma página do jornal ou periódico, com destaque, dimensões e caracteres tipográficos, no título e no texto, idênticos ao escrito ofensivo e em edição com tiragem normal; II — na transmissão, na mesma dimensão ou duração, pela agência noticiosa, por todos os meios de informação e divulgação através dos quais foi transmitida a notícia ofensiva; III — na transmissão com a mesma duração, no mesmo horário e no mesmo programa da emissora que divulgou a transmissão que lhe deu causa, garantido o mínimo de um minuto. O texto também prevê que a publicação ou transmissão da resposta será nula se, pelo acréscimo de comentários assumir o caráter de réplica ou se não atender os requisitos estabelecidos na lei (Jornal do Conselho Federal da OAB, nº 42/1995, p. 16).

3. Mas Não Apenas a Lei, Como o Próprio Jornalismo Precisa Ser Renovado

É o que apregoa Henry A. Grunwald, ex-redator chefe da revista Time e ex-embaixador dos EUA na Áustria, em Diálogo, Rio de Janeiro, nº

3, vol. 27, 1994, pp. 62-64, apontando nada menos de seis novos fatores com que se depara a imprensa: história, geografia, visão global, agenda jornalística, sensibilidade e audiência.

Faz ver que as forças da informação estão implodindo através dos limites convencionais, além do controle dos meios de comunicação de massa regulares. O candidato independente Ross Perot é, em certo sentido, um guerrilheiro computadorizado. Na campanha eleitoral de 1992, ele utilizou a última palavra em computador, telefone e tecnologia para reunir uma enorme organização em tempo incrivelmente curto.

Ele transmitiu sua mensagem em entrevistas ao vivo no rádio e na televisão, que constituem os principais novos catalisadores de público irado e favorável. Se o "comício urbano eletrônico" ainda não existe, é certamente exequível, evocando a altamente turbulenta visão do referendado instantâneo sobre todos os assuntos concebíveis.

Os americanos muito em breve teriam, como já temos também, sistemas de televisão a cabo com centenas de canais, famintos de alimentação programática. Existirão muitos serviços nos levando constantemente para perto das ações, inclusive ações políticas em todos os níveis. As companhias telefônicas poderão entrar no negócio da informação. Os meios de comunicação de massa tradicionais reduzirão ainda mais o seu papel de mediadores entre os acontecimentos e o público. Em resumo, a força que era instrumental em derrubar o Muro de Berlim poderá derrubar muitos muros na sociedade americana.

Entre este desconcertante tumulto de comunicação, quem prestará atenção ao que e ao quão cuidadosamente? Separar a verdade da falsidade, o fato da propaganda, o sentimentalismo do argumento será mais difícil do que antes. Isto não será, certamente, o fim do jornalismo, mas de muitas maneiras o princípio de um novo jornalismo.

4. Dynabook, o Livro do Futuro

Mas também os bibliotecários terão que se haver, em breve com outros instrumentos de trabalho.

Há vinte anos Allan Kay, um cientista norte americano da Xerox Corporation previu o aparecimento, por volta de 1990, do "livro dinâmico": um computador portátil, de baixo consumo de energia, com o tamanho e aspecto de um livro. Ao ser aberto, mostraria duas telas em forma de páginas, onde apareceriam textos e ilustrações, em cores, e com legibilidade perfeita, igual à de um livro impresso. Só que este livro dinâmico seria, na realidade, milhares ou milhões de livros em um só. Pressionando uma tecla ou encostando o dedo nas páginas, o leitor provocaria "um virar de páginas" eletrônico, permitindo avançar e réuar no texto. Uma gigantesca capacidade interna da memória e pequenos cartuchos removíveis de memória garantiriam uma biblioteca eletrônica inesgotável à disposição do feliz possuidor de tal maravilha.

É o que informa Renato Sabatini, Professor da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), onde dirige o Núcleo de Informática Biomédica, com o "Dinabook", *milhares de livros num só*, "O Estado de São Paulo", Caderno de Empresas, 07-06-1988, p. 3, acrescentando faltarem apenas 20 a 30% da tecnologia necessária para a construção de um livro desses.

Já dispomos, com efeito, dos "paper-white video monitors", com resolução gráfica altíssima: telas que mimetizam as páginas de um livro, mas não portáteis. Além disso, hoje, já possível comprimir-se 200 milhões de caracteres em um cartão de plástico metalizado, do tamanho de um cartão de crédito. Isto daria para armazenar 500 livros de 200 páginas cada um! Estes cartões, que utilizam a mesma tecnologia laser dos discos compactos (CD), devem evoluir para um bilhão de caracteres de capacidade, de modo a permitir ainda armazenar confortavelmente todas as ilustrações em cores desses mesmos 200 livros, ou também sons em estéreo.

Ressalta a importância da matéria com o exemplo do problema do armazenamento e recuperação de informações na área médica.

Já naquela ocasião eram adicionadas ao conhecimento mundial cerca de um milhão de palavras por hora, publicadas em mais de seis mil livros novos por mês, e mais de 25 mil revistas e outros tipos de periódicos. A maior biblioteca médica do mundo (a *National Library of*

Medicine, situada em Washington, nos EUA) tem em seu acervo mais de 600 mil livros médicos, e cerca de 12 milhões de artigos impressos. Para armazenar apenas os títulos e nomes de autores destas obras é necessário um gigantesco arsenal de computadores, os maiores que são fabricados atualmente. E o pior é que, segundo a própria NLM admite, ela não chega a cobrir 50% de tudo que é publicado em Medicina, em nível mundial.

Torna-se cada vez mais impossível localizar-se o conhecimento desejado e manter-se em dia com a evolução do conhecimento mesmo em áreas extremamente especializadas. Só na informática médica, por exemplo existem mais de 700 livros publicados, além de 60 e tantas revistas em todo o mundo.

O Dynabook, não só seria um livro eletrônico, mas também um livro inteligente. Com um pouco mais de tecnologia, ele poderá até "conversar", "raciocinar" e "argumentar" com o seu leitor, tornando a aquisição do conhecimento uma coisa dinâmica e divertida. Aliás, este era o intuito original de Kay, ao propor o Dynabook: a revolução na sala de aula.

Em matéria de editoração eletrônica informa Rodolfo Lucena, enviado especial a Mountain View, EUA, na Folha de S. Paulo de 02.08.1995, p. 6-3, que a nova versão "Pagemaker" usado para produzir por computador desde documentos e folhetos até páginas de jornal, funcionando com Macintosh, da Apple, apresenta 50 novos recursos em relação à versão anterior, incluindo mais cores, facilidades para tratamento de imagens e ferramentas para edição de textos e figuras.

Foram ampliadas também as possibilidades de criação de páginas básicas ("master pages"). "São páginas que vêm sempre com algumas características iguais — um desenho no lado esquerdo superior, por exemplo.

Na versão anterior, era possível ter duas páginas básicas; agora, dá para trabalhar com até 256.

Por exemplo, é possível incluir comentários sobre *design* de uma página ou sobre um texto e marcar esses comentários para que não apareçam na hora da impressão do documento. Isso pode evitar erros ou situações embaraçosas,

como a de observações vistas por olhos indesejados."

5. Uma Nova Forma de Editar: CD-ROMs

Unindo divulgação gráfica à multimídia, descobrindo o mercado editorial de CD-ROMs cinco das maiores editoras, Nova Fronteira, Ática, Globo, Record e Companhia das Letras — informa Daniel Piza em Folha de S. Paulo de 30 de junho de 1995, p. 5-3 — se preparam para aferir o potencial dessa nova forma de consumo cultural.

A empreitada exige mudanças estruturais nas editoras. A Ática e a Globo já criaram divisões para cuidar do setor: a Ática Multimídia e a Globo Multimídia.

A Record fez parceria com a empresa Montreal Tecnologia, que acaba de lançar o CD-ROM "Jorge Amado — Vida e Obra: e prepara para breve "Tabuleiro de Damas", de Fernando Sabino.

A Nova Fronteira, pioneira no lançamento do CD-ROM do Dicionário Aurélio, que desde fevereiro vendeu 6.000 cópias, tem projetos em andamento como um dicionário inglês-português.

A Companhia das Letras ainda não têm divisão especial. Mas já se acerta com produtoras multimídia para testar o mercado.

Começa pela Companhia das Letrinhas, que lança em outubro um CD-ROM, produzido pela Acme Design, reunindo três de seus livros infantis (leia mais abaixo).

A Companhia das Letras já escolheu seu título de estréia: Guia dos Curiosos", de Marcelo Duarte sem data definida, mas para este ano, Outro projeto em curso é "Chico Buarque — Letra e Versos" com as canções do compositor.

Na mesma página complementa a reportagem local que a Ática quer repetir nos CD-ROMs sua liderança no setor de livros didáticos. Nada menos que 15 títulos estão em preparação pela Ática Multimídia.

Livros de inglês e história, por exemplo, ganham versão em CD-ROM.

Mas segundo o diretor da divisão de multimídia, Gilberto Mariot, "em geral não é boa idéia pegar o que foi concebido impresso e fazer uma versão eletrônica".

Mariot acha que o CD-ROM obtém melhor resultado quando concebido diretamente para o meio. Isso significa que, como o consumidor é criança, historinhas e clima de "game" (jogo) são recursos imprescindíveis.

É o que a Ática está fazendo com "A História da Matemática", por exemplo. No CD-ROM, o usuário dispõe de uma "máquina do tempo" e viaja por países e épocas. "É perfeito para o meio eletrônico", diz Mariot, "porque é quase um "game" e sai da fórmula "Era uma vez..."".

Outro projeto em andamento é um CD-ROM de literatura brasileira, com texto de Marisa Lajolo, que lança mão do humor. O usuário se credencia na Academia Brasileira de Letras e, à medida que acerta os exercícios, atinge diferentes "níveis de imortalidade".

Mariot conta que o percurso completo da produção — direitos autorais, vídeo, áudio, design, arte final, tiragem e distribuição (de 3.000 cópias) — é caro: custa entre US\$ 150 mil US\$ 250 mil.

Mas Mariot acha que o público potencial do mercado vai compensar o custo dos CD-ROMs (que tem o preço médio de R\$ 40 atualmente). "Calculo que em São Paulo deva haver uns 40 mil usuários de multimídia; no Brasil, uns 200 mil", diz, baseando-se em vendas de algumas revistas no formato de CD-ROM no país.

Maria Gama, finalmente informa a respeito do CD-ROM dedicado ao cineasta Frederico Fellini (1920-1993) é um livro eletrônico: não tem as pirotecnias habituais dos títulos em multimídia e é feito para ser consultado.

Mas, apesar do formato simples e da abundância de textos, não serve só para cinéfilos. Os trechos de filmes e trilhas sonoras — de 30 segundos cada — são os atrativos para o público não especializado.

"Fellini on CD-ROM" é o primeiro dos CD-ROMs "de conteúdo" que a empresa MSD, especializada em games, importa para o Brasil. Foi produzido pela Editel (filiada à IBM) e pela Rizzoli, uma das maiores editoras italianas. É um dos títulos do consórcio internacional Emme, que congrega estúdios e editoras da Europa e EUA. A importadora deve trazer um CD-ROM sobre Michelangelo e outro sobre Van Gogh.

6. Fotografias Publicadas Pela Imprensa

Amiúdam-se os casos de pedidos de indenização relativos as fotografias, o que não é de se estranhar: à medida que se multiplica o uso de um produto, dá margem a cruzamento de interesses e inevitáveis conflitos.

Numa hipótese dessa natureza, ac. un. da 1ª Câm. Civ. do TJPR, de 15-3-1994, na Ap. 26.512, Rel. Des. Tadeu Costa, Adv. 67.617 reconheceu que embora o delito de difamação, praticado pela imprensa falada ou escrita, só se puna a título de dolo, em sede de responsabilidade civil a culpa *strictu sensu* é o bastante para justificar a indenização.

ADV, sob o nº 36070, divulgou inédito acórdão da 6ª Câm. Civ. TJ-RJ, reg/ em 08-8-87, Ap. 5.220, Rel. Des. Basileu Ribeiro admitindo ação de indenização por extravio de filme entregue para revelação, mandando fixar indenização pelo dano moral ocorrido, independentemente da reparação do dano material.

E logo em seguida, nº 36069, aresto unânime da 2ª Câm. Civ. TJ-RS de 19-9-87, Rel. Mário Lopes, estabelecendo distinção entre a imagem como atributo da personalidade e o direito do autor da fotografia, aquele pertence ao retratado, este ao fotógrafo. Assim, ainda que se pudesse admitir que o autor da obra fotográfica tivesse efetivamente transacionado com a demandada, alienando a esta a obra fotográfica, a difusão da imagem só poderia ser feita evidentemente se e com autorização do demandante. Como a demandada não exibiu esta autorização e tal autorização não pode ser vista no recibo passado pela demandante e o autor da fotografia, obviamente estava a demandada legitimada para funcionar no pólo passivo. Por essas razões, é de se dar provimento ao apelo, determinado seja enfrentando o mérito da demanda depois de regularmente instruída a causa.

Trata-se de uma distinção de alta relevância, por estabelecer discriminação entre duas "provincias" do direito cujas lindes ainda não estão perfeitamente assentadas: a dos direitos da personalidade e a dos direitos de autor.

Esta, na verdade, cometeu verdadeira invasão em detrimento daquela, situação que aca-

bou por se consolidar pela complacência de tão grande número de manifestações jurisprudenciais, que não resta outra solução se não conformarmos-nos com o fato consumado.

Perfeita compreensão da matéria revela acórdão unânime de 01-10-87 da Quinta Câmara Civil do TJ-SP, nos autos de Ap. Civ. 89.799-1, SP, registrado no Livro 2031, fls. 32-35: ação ordinária movida pela modelo fotográfico Elizabeth Thais Pucci, reclamando indenização pelos danos, inclusive lucros cessantes, que sofreu em virtude da utilização de sua imagem em veículos de propaganda da empresa Yakult S/A Indústria e Comércio para os quais não dera autorização.

Interposto apelo da decisão que julgou procedente a demanda, com a condenação da ré ao pagamento da indenização a ser fixada por arbitramento, com os adinículos legais, considerou o Relator, Des. Ralpho Waldo, ter o M. Juiz de Direito decidido bem todas as questões que foram submetidas a seu julgamento.

Reconhece que a cliente-usuária dos serviços de publicidade não manteve contato direto com a modelo fotográfico que acabou por participar da propaganda de seu produto, uma vez que o contrato feito com a moça a ligou à empresa que se encarregou da prestação dos serviços de publicidade propriamente ditos (criação e planejamento da publicidade e arregimentação dos profissionais, inclusive através de agências especializadas, como as de modelos).

A agência de modelos não apresentou a autora nem contratou em seu nome, mas apenas a apresentou como candidata ao serviço de publicidade.

Por outro lado, a cliente-usuária realiza com a empresa de publicidade, a Junco, no caso, um contrato que mais se aproxima da locação de serviços, em que a nota predominante é a subordinação desta àquela, no que tange ao plano da campanha e à sua execução, dependentes que são da aprovação e autorização da primeira.

A empresa de publicidade não só contrata a modelo que foi aprovada e escolhida pela cliente-usuária, como também a contrata para determinado plano ou campanha de publicidade, de acordo com a autorização da cliente-usuária, e, pois, por conta e risco desta.

Por aí já se vê que a ampliação da campanha publicitária, quer dizer, a utilização da imagem da autora em meios de propaganda por ela não autorizados, só pode ser imputada à apelante, a única empresa, portanto que podia ocupar o pólo passivo da relação jurídica processual; e que ela nenhum direito de regresso poderia ter contra a Junco, empresa de publicidade que, como se disse, apenas planejou e executou a campanha publicitária autorizada e ordenada pela Yakult.

Não se cuidava no caso de responsabilidade contratual, mas de culpa aquiliana, porque a ampliação do uso da imagem da autora ocorreu fora dos termos do contrato, resultado da violação de um dever fundado num princípio geral de direito.

Quanto ao mérito, era mesmo de rigor o decreto de procedência da ação, uma vez que a ora apelante, ao autorizar a utilização da imagem da autora em meios de propaganda por ela não autorizados, violou seu direito, como protegido pela lei, à preservação da própria imagem e à impossibilidade jurídica de reprodução sem sua expressa autorização, que assegura em última análise, o direito à própria personalidade.

De acordo com a Doutrina e Jurisprudência pátrias, "a imagem é emanção da própria pessoa e, pois, de elementos visíveis que integram a personalidade humana, de caracteres físicos que individualizam a pessoa", de modo que sua reprodução somente pode ser autorizada pela pessoa a quem pertence (RJ-TJ, vol. 95/74).

Destarte, basta o fato da publicação não autorizada para ensejar a indenização, não cabendo sequer indagar, a rigor, se houve dano efetivo, material ou moral, ou se a publicidade foi causa de enriquecimento ilícito.

Na espécie, esclareceram as provas que a modelo autorizara, realmente, tão-só a publicação de sua foto num número da revista "Playboy", não a sua utilização em outros meios de propagandas, em campanha publicitária que restou alargada por iniciativa da apelante.

Como se não bastasse o pormenor de que a Yakult nenhuma prova forneceu de que estava autorizada a publicar a foto da autora em cartazes, "posters" e luminárias, que foram expostos em farmácias e aeroportos, está nos autos a fatura apresentada pela própria contes-

tante, a qual dá conta de que o agenciamento da modelo fez-se só para veicular anúncio em revistas masculinas.

Como bem demonstrou o Magistrado em sua sentença, toda a importância paga à modelo (Cr\$ 53.330,00), incluídos os descontos relativos ao Imposto de Renda e ISS, referia-se àquele anúncio, daí a inferência de que sua autorização realmente se dera em termos limitados.

O próprio valor do pagamento feito, relativamente baixo, tanto que pouco superior a dois salários-mínimos então vigentes, confirma a conclusão.

Induidoso, por outro lado, que a divulgação ampla da foto da modelo, do que deu notícia segura a prova dos autos, inclusive a testemunhal, trouxe-lhe prejuízo efetivo: primeiro, é inegável que a popularização da imagem de uma modelo fotográfica pode ser negativa sob diversos aspectos, mesmo porque é compreensível que certas campanhas publicitárias exijam rostos pouco conhecidos desvinculados de outros produtos; em segundo, porque é evidente que, estando em curso uma campanha publicitária, em que atue certa modelo, nem sempre haverá interesse de outra empresa na utilização concomitante da mesma imagem.

Confira-se, a propósito, a notícia de que Thais Pucci teria ficado conhecida como a "moça da Yakult".

Como se vê, existe certeza quanto à ocorrência de prejuízos, a qual não fica elidida pela relatividade daqueles conceitos, daí resultante a obrigatoriedade da indenização a que foi condenada a ré.

Por último, a nota de que toda a questão do valor da indenização (do "quantum debeatur") ficou relegada para a execução da sentença, no que andou bem o magistrado da Primeira Instância, porque a prova dos autos, mormente a pericial, realizada apenas sob o aspecto contábil, não se orientou no sentido de fixá-lo.

Nessa fase processual, portanto, será apurado o "quantum debeatur", decidindo o Juiz então sobre as verbas que correspondem ao real prejuízo da autora.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Marco César e Márcio Bonilha, com votos vencedores.

O remédio parcial, por insatisfatório que seja, será procurar confinar o direito à imagem da pessoa retratada, nos casos comuns, entre os direitos da personalidade, e colocar, no direito de autor, na condição de "conexo", o direito à imagem de artistas, atletas, autores célebres, modelos profissionais ou pessoas notórias.

No TJSP, a 4ª Câmara, na AC 111.127, Rel. Des. Ney Almada, Rev. Jurídica 174/147, n 5.569 não admitiu a existência de responsabilidade civil por dano moral em virtude de publicação de fotografia em revista sem permissão. Tratava-se de matéria de cunho informativo, que não visa injuriar direito algum, sendo a pretensão, além do mais, incompatível com a referente do direito à imagem.

PARTE II

7. O Que É Que Se Entende Por Captação Audiovisual?

Captar é o ato de pegar, apanhar, segurar, prender.

Refere-se pois, a tudo quanto a mente humana alcança através dos dois sentidos da audição e da vista. Os que deles são providos gozam com as maravilhas que a cada instante proporcionam à nossa sensibilidade: a natureza, com suas formas e cores infinitas, as construções e maquinismos que o homem edifica incessantemente, a própria movimentação dos seres em sua constante alacridade, as harmonias, e, principalmente, sua fixação para que, como por milagre, ressuscitar a cada momento.

Ou, como sempre, melhor dito por Milton Fernandes: "os meios de captação audiovisual coletam e propagam, através da percepção sensorial acústica e óptica, dados imagens e informações."

Não há como abordar o tema sem evocar a lição desse Mestre ao advertir que os meios de captação audiovisual coletam e propagam, através da percepção sensorial acústica e óptica, dados, imagens e informações, apontando os verdadeiros milagres que a eletrônica vem obtendo nos dois campos: as paredes têm olhos e ouvidos eletrônicos.

Com G. Moffa, conselheiro da Corte de Apelação de Roma, mostra que, em uma sociedade dominada por um desenvolvimento prodigioso da técnica, é necessário o reforço das normas que garantem os direitos fundamentais da dignidade da pessoa.

Realça a dificuldade da preservação da intimidade diante dos prodígios da ciência, esbarrando em fatos de complicada catalogação e seleção, dos mandamentos apontados por Pierre Juvigny, durante o II Colóquio Internacional sobre a Convenção européia dos Direitos do Homem:

- interdição ou disciplina da industrialização do comércio interno e externo de certos objetos;
- enumeração legal das autoridades e pessoas que podem utilizá-los;
- adaptação ou reforço dos poderes de Cortes e Tribunais, com a possibilidade de ordenarem a apreensão do objeto, à destruição dos registros;
- afirmação peremptória do direito à reparação do dano causado às vítimas;
- endurecimento das leis penais em matéria de difamação;
- extensão ao rádio e à TV do direito de retificação.

Duas notícias publicadas na Folha de S. Paulo dão idéia da dimensão que atinge hoje a captação audiovisual.

De Nova York informa Daniela Falcão ter a Walt Disney Company anunciado no dia 31 de julho de 1995 a compra da Capital Cities Incorporation, proprietária da rede de televisão ABC, por US\$ 19 bilhões, na maior fusão de empresas de comunicação nos EUA.

A Capital Cities tem dez estações de TV (a ABC é a maior) que detêm 25% do mercado norte-americano, além de 225 afiliadas em todos os EUA.

Também é proprietária de 21 estações de rádio, vários jornais de circulação estadual e guias de compras. Tem participações em quatro canais nos EUA (ESPN, ESPN 2, A&E TV e Lifetime TV) e outros no Japão, Alemanha, França, Inglaterra e Escandinávia.

E a Reportagem local dá conta, na edição de 01-8-1995, Especial, p. 3, existirem no Brasil cerca de 32 milhões de aparelhos de TV (um para

cada cinco habitante), mas só 600 mil residências, em todo o país, têm acesso à programações exclusivas das TVs por assinatura.

É um dos maiores mercados a serem explorados em todo o mundo. Sozinho, equivale à metade do da América Latina.

O número de assinantes cresce 10% ao mês e, segundo os empresários, o mercado tem potencial para 6 milhões de usuários. Prevê-se um faturamento de US\$ 2,9 bilhões por ano só em pagamento de mensalidade, sem contar receita publicitária e de outros serviços.

A TV por assinatura, com exceção das transmissões diretas por satélites, depende de concessão do governo, que até agora só deu 101 permissões para Tvs a cabo e 12 para transmissão por microondas, também chamado MMDS.

Só existem concessões para TV a cabo em dez Estados, enquanto as de MMDS estão restritas a nove capitais. Cidades grandes como Salvador e Vitória ainda não dispõem de nenhum tipo de TV paga.

8. Definição de Obra "Multimídia" ou Eletrônica

Eis aí uma operação estimulante, mas delicada, envolvendo freqüentemente não apenas o direito à imagem, como também problemas relativos ao direito intelectual.

É, para Pierre-Yves Gautier, Professor da Universidade de Caen Baixa-Normandia, "a criação complexa que reúne, depois de colocada em forma informática, um conjunto de textos, de imagens fixas e/ou animadas ou de música, acessível em um "disco compacto" (CD-ROM para simples leitura, CDI para o diálogo), que necessita a utilização de um aparelho (leitor separado ou inserido num computador, uma televisão, etc.) para que os usuários possam dela tomar conhecimento."

Na análise a que procede dos direitos implícitos na realização, distingue os principais dos derivados.

"O processo utilizado para a realização, a duplicação e a comunicação da obra "multimídia" consiste indubitavelmente numa reprodução no sentido do art. 122-3 (da lei francesa): "fixação material da obra mediante qualquer procedimento que permita comu-

nicá-la ao público *de um modo indireto...* ou magnético (isto é impressão em suporte visual ou sonoro)."

Está em jogo, pois, acrescenta em nota, triplamente, o direito de reprodução: em primeiro lugar, a fixação da obra "multimídia" em um suporte eletrônico, em seguida, duplicação mediante tiragem, para os exemplares postos em comércio e finalmente comunicação ao público mediante o recurso de um aparelho.

9. O Audiovisual Como Sistema

Sob esse título comenta e compendia a Prof^a Paula Monteiro, livre-docente do Departamento de Antropologia da USP, no Jornal de Resenhas da Folha de S. Paulo, 07-8-1995, Especial-8, o livro *Televisão, Publicidade e Cultura de Massas* de José Mário Ortiz Ramos, Vozes, 293p.

Começa evocando aquilo que Guy Debord denominou de "sociedade do espetáculo": emerge quando a produção da cultura se faz em escala industrial, visando a um mercado de massa. "O espetáculo não pode ser visto apenas como o excesso de um mundo da visão, o simples produto de técnicas de difusão de imagens em massa. Para Debord, a sociedade do espetáculo é uma maneira de ver o mundo que se materializa. Este talvez seja o pano de fundo, o não dito que dá a verdadeira força da argumentação que José Mário Ortiz Ramos desenvolve em seu livro sobre o sistema audiovisual no Brasil. Ao colocar a produção da imagem no centro de sua reflexão, o autor desloca inteiramente a linha de argumentação — centrada nos intelectuais e na cultura erudita —, que até muito recentemente alimentou o debate em torno da cultura brasileira, e enfrenta o desafio de demonstrar como e por que essa 'parte maldita' da produção cultural que é a cultura de massa se torna progressivamente um dos setores mais importantes na produção de nosso imaginário."

Em primeiro lugar põe em evidência o fato de que o campo de produção de imagens opera como um sistema no qual cinema, televisão e publicidade mantêm entre si um movimento contínuo de competição e associação. Em segundo lugar, porque ela torna evidente que nessa relação o setor mais forte, e aquele que se tornará referência para o campo, será o setor que mais

rapidamente for capaz de definir um padrão eficiente de produção audiovisual.

10. O Vídeo on Demand (VoD)

Nesse desenvolvimento da Cabo TV temos a possibilidade dos usuários de TV ligarem, mediante pagamento, seus televisores por cabo telefônico a um banco de dados a cujo acervo acedem escolhendo filmes, vídeos, programas, etc., com a ulterior vantagem de controlarem o desempenho mediante pausas, retornos e desenvolvimento mais ou menos veloz das cenas.

É, pois, como define Alfonso Contaldo, *Video on Demand: Problematiche giuridiche della TV Interativa*, "II Diritto di Autore, Janeiro-Março 1995, pp. 105-127, "um novo e articulado medium, porquanto representa a primeira tentativa de convergência entre a tecnologia própria das telecomunicações e a da televisão.

Tornará a veiculação desses serviços, que podem ser assimilados de algum modo aos da TV, o VoD um sistema de TV ou se desvincula da tecnologia de transmissão a sua natureza de serviço telemático?

Realça a enorme importância da resposta à pergunta, pois, no primeiro caso encontrariam aplicação analógica as regras previstas para a TV Cabo, compatíveis também com as para a TV por meio de ponte-rádio, não passando então o VoD de uma forma particular de transmissão de dados cujo terminal é constituído por um aparelho de televisão, — ao passo que no segundo caso só poderiam ser serviços de televisão, com exceção das televendas, cujo programa seria visto em horários e dias diferentes por um público diversificado, parecem aproximar-se mais às vendas telemáticas, embora enriquecidas por um vídeo animado, no conceito de Cardarelli, Zeno-Zencovich, *Profili Giuridici della televisione via cavo interattivo (video-on-demand)* in *Dir. Inform.*, 1994, 709.

A se levarem em conta, finalmente, as modalidades de fruição dos serviços, estes não poderiam ser, a rigor, considerados de TV, tendo em vista o fato que esta seria exclusiva e não diferenciada pelo uso coligado, pois os serviços VoD são comunicados a cada um dos usuários, depois de obtido acesso a uma especial data-base, individualmente, nunca de modo massificado.

Por entre uma série de considerações relativas à legislação italiana apresenta dois problemas: o da possibilidade de se distribuírem de um lado filmes que não tenham sido autorizados a serem apresentados ao público ou mesmo proibidos, e, de outro lado, quanto tempo deva decorrer desde o momento da distribuição nos salões do cinema a o por meio do VoD.

Existe ainda o problema da censura, que embora abolida em nosso país, é exercida por via da pressão de pessoas e entidades mais conservadoras.

Valem também para o nosso país as incertezas postas em realce por Alfonso Contaldo, à espera de uma oportuna regulamentação legislativa, conjuntamente com a da TV Cabo.

Enquanto que na Itália pode ser invocado, por analogia, o Código Postal, objeto do Decreto Legislativo nº 73, de 1991, exigindo a distribuição dos programas de cabo-TV mediante autorização do Ministério dos Correios, nem pensar, pelo obsoleto, de recorrer à nossa Lei nº 6.538, de 22-6-1978, que Dispõe sobre os Serviços Postais.

A Constituição Federal de 05-10-1988 atribui competência à União, art. 21, nº XI, explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União e nº XII, explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações.

Compete-lhe ainda, privativamente art. 22, IV, legislar sobre águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão.

Reserva ao Congresso Nacional, art. 48, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre, entre — 14, XII — telecomunicações e radiodifusão.

Arcaica também a legislação sobre telecomunicações: Código Brasileiro, Lei 4.117, de 27-8-1962 e Regulamento Geral aprovado para sua execução, Dec. nº 52.026, de 20-5-1963.

O Decreto nº 52.795, de 31-10-1963, que Aprova o Regulamento dos Serviços de Radiodi-

fusão cuida, no Capítulo V, das retransmissões, no VI, das estações retransmissoras e no Título IX das redes de radiodifusão.

11. Internet

Maria Ercília ocupa uma página inteira, a de nº 7, do Caderno Especial da Folha de S. Paulo de 01-8-1995 a essa rede mundial de comunicação por computador, com presença em 47 mil redes, em 159 países e número de usuários estimado em 40 milhões. Permite o uso de correio eletrônico e transferências de programas e arquivos de som, imagem e texto digitalizado.

Surgiu como um rede subsidiada de educação e pesquisas nos EUA.

No Brasil é administrada pela Rede Nacional de Pesquisas, que se prepara para fornecer acesso comercial a empresas a partir desse mês de julho, embora seu acesso comercial já existisse nos EUA há seis anos.

Estrearam então, via Embratel que fornece acesso a algumas empresas e usuários, em caráter de projeto piloto, os primeiros provedores de acesso para o cidadão comum. Até então, o acesso era limitado ao meio acadêmico e funcionários públicos.

O provedor de acesso permite a usuários conectarem-se à rede. A conexão do usuário ao provedor é feita por linha telefônica.

A Internet tem um número de usuários calculado hoje em 40 milhões, a estimativa é que chegue a 100 milhões em 96.

O preço da assinatura do BR Home Shopping é de R\$ 40 por mês, que dão direito a 20 horas de uso. A hora adicional custa R\$ 4. O Rural fornece conexões especiais para empresas, com maior capacidade, a preços que variam entre R\$ 800 e R\$ 1.500 ao mês.

A IBM se prepara para começar a fornecer acesso à Internet a partir do final deste mês, através de sua rede internacional, a GSI. A empresa está fazendo testes finais de seu *software* de acesso e serviço de suporte ao cliente.

O gerente de desenvolvimento de novos negócios da empresa, Raimundo Martins, afirma que num primeiro momento haverá pontos de conexão no Rio de Janeiro e em São Paulo.

A IBM ainda não tem previsão do custo da assinatura.

A Microsoft Network, será uma rede fechada num primeiro momento, e passa a dar acesso à Internet no ano que vem. No Brasil, deve estreiar em Janeiro.

A Abril lança em outubro o serviço de acesso Abril Online. A empresa fez um pré-cadastramento durante a Fenasoft, no qual 3 mil pessoas de inscreveram. Segundo Antônio Machado, diretor-superintendente do Projeto Online do Grupo Abril, a empresa pretende ter um serviço provedor de acesso à Internet, em que o consumidor poderá encontrar produtos da Abril, como versões eletrônicas de revistas. Machado afirma que o investimento na instalação do serviço foi de US\$ 1 milhão.

No Brasil, o número de usuário da rede acadêmica da Internet é hoje de 45 mil. O número de microcomputadores pessoais no país é de 1,7 milhões, e o número de linhas telefônicas é de 13 milhões.

O Banco Rural, de Belo Horizonte, estreou seu serviço de acesso à rede, o BR Home Shopping, no dia 13 de julho. Segundo Roberto Rigotto de Gouveia, diretor de tecnologia e métodos do Rural, o investimento do banco no serviço foi de US\$ 3 milhões.

A conexão do banco com a Internet está sendo fornecida pela Embratel. O empreendimento tem apoio da Telemig (Telecomunicações de Minas Gerais).

12. A Orientação do Governo

Informa ainda Maria Ercília, Folha de S. Paulo de 01-8-1995, E-7 que a Rede Nacional de Pesquisas (RNP) ligada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, prometia iniciar nesse mesmo mês a operação comercial de um *backbone* brasileiro da Internet.

Backbone é a espinha dorsal, ou o tronco principal, de uma rede de acesso à Internet. A ele, empresas privadas ligarão seus computadores e venderão aos interessados, por uma taxa mensal, a conexão com a Internet.

O *backbone* da RNP, que atende atualmente a comunidade acadêmica e o sistema de ciência e tecnologia brasileiro (estimado em 45 mil usuários), está sendo expandido para abrigar um tráfego misto (comercial e acadêmico). A RNP administra o acesso a Internet no Brasil desde 1990.

Faz parte do projeto de expansão da RNP uma nova conexão internacional, desta vez entre Brasília e os EUA — onde está concentrada a maior parte dos computadores da Internet.

Em abril os ministérios das Comunicações e da Ciência e Tecnologia Anunciaram que a RNP expandiria seu *backbone*, e passaria a fornecer acesso a empresas. A Embratel ficaria, segundo o governo, fora da competição no mercado de serviço a usuários finais.

13. Como Caracterizar Uma "Criação" Eletrônica

Pierre-Yves Gautier lembra que tudo começa com um projeto, formado por um empresário (que pode ser também um editor clássico, como um produtor de videogames — e logo, não há que duvidar, haverá a categoria híbrida de "editor eletrônico"), que vai se cercar de uma equipe de "criadores" cujo trabalho ele financiará e controlará.

Enumera os autores solicitados pelo empresário pertencentes aos diferentes gêneros da propriedade literária e artística, principalmente: escritores ou docentes, entenda-se redatores, para o texto: desenhistas e autores gráficos para as imagens: autores-compositores, para a música, peritos em informática, para a animação eletrônica e o "funcionamento" da obra: todos contribuirão na criação de uma obra híbrida, de um novo gênero, a "multimídia".

"Se a obra coloca em cena atores, recitando um texto ou interpretes de uma canção, aqueles a estes serão contratados para que realizem sua prestação, destinada a ser integrada no produto final".

Em numerosos casos a obra "multimídia", incorporará assim textos, imagens ou músicas *preexistentes*, das quais nem os autores nem os intérpretes terão participado à elaboração.

Isto leva à primeira qualificação de obra *composta*, subordinado sua criação e exploração ao acordo dos titulares da obra originária, exigindo pois a verificação *quais* os direitos implicados na exploração das obras "multimídia".

Separa os direitos em principais e derivados.

O procedimento usado para realizar, duplicar e comunicar a obra "multimídia" consiste, incontestavelmente numa reprodução, que melhor do que a lei pátria, "a cópia de obra literá-

ria, científica ou artística bem como de fonograma" (art. 4º, IV da Lei 5.988, de 14-12-1973) a lei francesa art. 122-3 dá como "fixação material da obra mediante qualquer procedimento que permita comunicá-la ao público *de um modo indireto...* principalmente, *gravação mecânica...* ou *magnética*" (por exemplo impressão sobre um suporte visual ou sonoro).

PARTE III

14. A Importância da Programação Cibernética

Não precisa ser ressaltada, tão lampejante se apresenta ao mais superficial dos observadores.

Lembro, em *Software brasileiro sem mistério*, Campinas, Julex, 1988, 325 páginas, em que comento a Lei nº 7646, de 18-12-1987 e seu regulamento, artigo por artigo, ter sido apenas pouco antes da década de 50 que surgiram os enormes, pesadíssimos e desajeitados computadores. O primeiro ENIAC, contava com 18 mil válvulas de 16 tipos diferentes, tinha 30m de largura por três de altura, e consumia 140kW.

Acentua Enrico Carità, *já estamos no futuro*, in *Evolução da Comunicação*, um dos ensaios coordenados por Giovanni Giovannin, trad., Rio, Nova Fronteira, 1987, p. 287, ter-se tornado a difusão dos computadores um fenômeno imponente a tal ponto que chega a transformar profundamente a sociedade industrializada só com o advento da eletrônica.

"O mercado mundial dos circuitos integrados desenvolveu-se nos anos 70 com taxas de aumento médio de 35% ao ano, até alcançar em 1980 os 6 bilhões de dólares. São 100 milhões os microprocessadores que estima tenham sido fabricados em 1980, contra pouco mais de 2 milhões em 1976. Paralelamente ao desenvolvimento do mercado ocorreu uma diminuição da mesma ordem de grandeza do custo por unidade de função."

Para calcular a contribuição dos computadores à difusão do conhecimento é bastante considerar — lembra Georges Koumantos — que as bibliotecas do mundo inteiro poderiam ser con-

tidas na memória de um computador por fio, cabo, ondas hertzianas ou satélites, e isso a velocidades miraculosas:

"Um *mass medium* inteiramente novo está por nascer. Somente os livros e as revistas tornam-se assim um lixo ultrapassado e embaraçoso: um só exemplar basta à divulgação universal de seu conteúdo, devidamente memorizado num computador. Mas qual será então a sorte dos autores e dos editores?"

Compendia a opinião geral Stephen B. Barnett, professor da Universidade da Califórnia, Berkeley, ao dizer que o direito ao respeito da fama não proporciona à pessoa celebre todos os valores econômicos que resultam de sua utilização "comercial".

Distingue a utilização entre aproveitá-los para fins comerciais e emprego com finalidades "informativas" ou de "diversão". Assim os jornais — inclusive os "diários" que se vendem nos supermercados têm liberdade de publicar fotos e artigos sobre a vida privada das celebridades: comediantes que aparecem em uma emissão de televisão (em oposição ao que ocorre nos comerciais de televisão) podem usar o nome e a aparência de pessoas célebres para divertir o público; biógrafos e cineastas podem contar "histórias da vida" das celebridades; e muitas outras utilizações consideradas como feitas com finalidade de informação ou de divertimento são permitidas, Mas as utilizações "comerciais" ficam submetidas ao controle da pessoa célebre."

15. Uso do Banco de Dados

Define Karen Hunter "retirada" (*downloading*) como o processo de transferir eletronicamente parte de um banco de dados de um computador remoto para um meio local de estocagem. Significa normalmente a captura local dos resultados de uma via de pesquisa de um arquivo de um de vendedor de banco de dados.

Embora muitos usuários criem ter liberdade de uso, uma vez que essa retirada implica em fazer uma cópia de um trabalho protegido pelo direito de autor, a maior parte dos titulares de bancos de dados acreditam ser necessária a permissão. Mas exatamente como ocorre com a

fotocópia, essa retirada não pode realmente ser detectada e é considerada ser feita amplamente sem permissão.

Proibir essa retirada é aborrecer os clientes, policiar algo que normalmente não pode ser detectado quando ocorre é, na melhor hipótese, difícil.

O que pode fazer quem tiver legalmente um banco de dados num computador local: guardá-lo para sempre? Alterá-lo, apagá-lo e acrescentar informações, enviá-lo por rede a alguém mais, imprimi-lo a pedido e distribuí-lo daí, mesmo vender esses impressos? Existem problemas em todos os cantos e curvas do caminho do uso do banco de dados.

Uma vez que o texto (ou outros tipos de informação) é facilmente estocado, alterado, reusado e remetido ao redor do mundo de um computador local, a integridade do produto original e os direitos do titular do banco de dados estão em sério perigo.

Infelizmente não existem claras respostas a estas questões de direito de autor. No presente momento, a maioria dos editores tomaram a posição que um usuário deve obter permissão para qualquer coisa além de exibir a informação numa tela terminal — e talvez até para isso, se se considerar pagamento para acesso básico a um banco de dados como "permissão". Na prática, o uso ilegal é virtualmente incontável e somente as mais ruidosas violações de direito de autor, envolvendo normalmente revenda são apanhadas. A facilidade com que bancos de dados podem ser criados, manipulados e recondicionados deverão manter estudiosos de direito de autor e advogados dos editores em atividade. É de se presumir que os litígios aumentarão nos próximos anos.

Embora tenha limitado a discussão do impacto da tecnologia na publicação no sentido tradicional conclui Karen Hunter assinalando estar sendo desenvolvida uma nova geração de bancos de dados.

Alguns são compostos de imagens digitalizadas e indexadas. Outros são textos, mas levantados por numerosas pessoas num modo interativo, alguns por meio de um boletim eletrônico especial ou outra rede eletrônica de comunicação. Outros ainda, denominados "dados de conhecimento", são criados através do uso de técnicas de inteligência artificial. Estas novas

formas de troca eletrônica de informação estão quase certamente abrigadas por inteiro ou em parte pela lei do direito de autor na maior parte dos países. O levantamento dos pormenores específicos de cobertura apresentará questões intrigantes para os especialistas em direito de autor nos anos por vir.

16. Imprensa e Informática

Em oposição à apresentação gráfica (suporte em papel), que permite tomar conhecimento da obra "a olho nu" (mesmo que tenha passado, para sua confecção por um meio mecânico, p. ex., uma impressora), encarece Pierre-Yves Gautier a p. 99 ser a reprodução mecânica um meio indireto de comunicação, uma vez que o público não pode *aceder* à obra a não ser graças a um aparelho (aqui, as diferentes classes de leitores), para que esta lhes seja "restituída": esta distinção conforme o caráter imediatamente perceptível ou não das obras, não é nova, e podemos encontrar por exemplo no art. VI da Convenção Universal, que define a publicação como "colocação à disposição do público de exemplares da obra que permitam lê-la ou dela tomar conhecimento visualmente".

Pierre-Yves Gautier invoca André Françon, *Le droit d'auteur, aspects internationaux et comparatifs* (Cours à l'Université Mac Gill, Ed. Blais, Montreal, 1993, pp. 8, 31 e 32: se se aplica o processo da apresentação gráfica às obras "multimídia" comprova-se a intervenção de vários elementos materiais: o CD e seu leitor e se a obra é utilizada recorrendo a um computador, um "logical" apropriado ao tratamento da imagem, do som e dos textos, bem como a unidade central que o acolhe.

Conseqüentemente — acentua o Professor da Universidade de Caen — quem quer que explore a obra "multimídia" deverá normalmente obter o consentimento do titular do direito de reprodução sobre cada parte do conjunto: texto, imagens, logicial, música, para obter as necessárias autorizações aos utilizadores.

Após uma série de outras considerações conclui que o fenômeno novo das obras "multimídia", como outras criações recentes propicia a ocasião de verificar a (grande) faculdade de assimilação da lei básica de direito autoral, sem que seja necessário modificá-la, como ocorreu

com relação aos computadores. Só isso — além do prazer científico ou lúdico que estas criações proporcionam ao usuário dá ocasião a um natural regozijo.

Eis aí matéria do mais alto interesse sob dois aspectos principais: o do direito à imagem, exigindo a verificação de como e quando é necessária permissão para o seu aproveitamento, e o do direito de autor, pois escritos da mais variada natureza, canções, poesias, músicas e mesmo fotos, implicam não só nessa necessidade de permissão, como também para que possam ser efetuados os pagamentos prévios acaso devidos.

Para resolver — ou pelo menos encaminhar a solução do não fácil problema está sendo desenvolvido um sistema de localização de material particular.

O programa objetiva percorrer todos os caminhos da World Wide Web — acesso a imagens e textos da Internet para impossibilitar a veiculação ilegal desses textos.

17. Direitos da Personalidade

Forma por mim versados em duas vertentes principais em meu *Tratado de Direito Civil*, vol. I, *Parte Geral*, Tomo II, ed. Rev. dos Tribunais, 1982, pp. 416-582.

O primeiro: direito à vida, ao próprio corpo, às partes separadas do mesmo é matéria que dia a dia assume maior importância, a ponto de ter passado, das 104 páginas que lhe dediquei na monografia *Direito à Vida e ao Próprio Corpo*, em 1986, na segunda edição, de 1984, para 389, com novo material a ser constantemente acrescentado.

O segundo diz respeito à personalidade moral, destacadamente à integridade psíquica, à segurança, à honra, ao nome, a imagem, à intimidade, matéria esta última versada insuperavelmente pelo nosso mestre Milton Fernandes em *Proteção civil da intimidade*.

Ambos aspectos foram abordados, com a maestria de sempre, pelo também Professor *Caió Mário da Silva Pereira* em *Direitos da Personalidade*, Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, em sua nova fase, nº 1, 1995, Belo Horizonte, Del Rey, pp. 257-275.

Voltamos ao tema numa palestra proferida no dia 23-3-1994, no Tribunal Regional do Tra-

balho da II Região sob o título *Direito da Personalidade e Dano Moral*, publicada na Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados.

Sob o prisma especial do Direito à intimidade de ninguém até hoje versou o tema, quase vinte anos decorridos, melhor do que Milton Fernandes, em seu aludido clássico *Proteção Civil da Intimidade*, que bem mereceria ser reeditado, pouco tendo a ser atualizado.

Estuda a evolução histórica do instituto, "uma conquista do nosso tempo, sua natureza jurídica, os elementos conceituais, o âmbito do sigilo, da intimidade doméstica, imagem, nome, reproduzindo a expressiva comparação de um juiz norte-americano — *haystack in a hurricane* — um monte de feno no ciclone, para entre preciosas considerações, concluir conclamando todos os juristas a prosseguir na luta pela proposta concreta que apresenta, disciplinando a coleta de informações:

"Art. Toda pessoa tem o direito de acesso aos informes a seu respeito registrados por entidades públicas ou particulares e de correção dos erros que demonstrar existirem nestes dados.

Parágrafo único. Responde pelos danos materiais e morais que causar o órgão que transmitir informações errôneas."

Mas o enfoque que a ilustrada Diretoria deste nobre Instituto projeta na tela da informática é dos mais desafiadores e não poderia ser mais atual nem mais instigante: é o da captação dos direitos da personalidade nessa moderníssima e tão mutante tecnologia.

Para dizer como é grande e variado esse exercício basta atentar a dois diferentes tópicos que se destacam por sua transcendência: do direito à imagem, que diz respeito não só a aparência física, principalmente ao rosto de uma pessoa, que tão facilmente pode sofrer alterações ao ser apresentado: rejuvenescido, envelhecido, enrugado, deturpado, engordado, emagrecido, como também em seu aspecto moral, atingindo-lhe a honra, a tranqüilidade, a segurança.

O segundo, mais sublimado, é o da personalidade revelada através do mais excelso atributo do homem: o do criador intelectual o direito ao respeito à sua produção artística, que tantas, tão fáceis e tão graves alterações e mutilações quase que fatalmente vem a sofrer ao ser processada pela informática.

As considerações que até há poucos decênios eram referidas apenas à imprensa... imprensa, passaram depois a alcançar também a TV, e hoje às manifestações audiovisuais informatizadas, que com tanta facilidade podem através de redes, alcançar dezenas de milhares de usuários.

Com um agravante: tanto a imagem de uma pessoa, como suas manifestações criativas podem, muito mais do que por efeito de espelhos deformantes, ser coloridas, viradas por todos os lados, aumentadas, diminuídas, deformadas, a ponto de nem sempre ser possível reconhecer-se a figura originária.

Daí porque multiplicam-se proporcionalmente os problemas já delicados inerentes à matéria.

Tomemos já o aludido CD-ROM, *Tutto Fellini*, no título original italiano, ou "*Fellini in CD-ROM*", na versão americana.

Até que ponto esse compêndio, em forma de narrativa cinematográfica sonorizada, substituirá a divulgação pela imprensa?

Demonstra Sérgio Augusto, da sucursal do Rio da Folha de S. Paulo de 12-7-1995, p. 6.31 enganar-se quem pensar que esse CD compendia tudo quanto se tem escrito sobre o cineasta. Por um lado, é mais apaixonante o conteúdo dos livros e mais rápido o acesso às informações nele contidas, pois dispensa ligar o computador, por outro lado, o CD oferece algo mais do que os livros, som e imagem em movimento.

Embora o CD seja definido pelo jornalista carioca como um delícia, produzido com extrema competência, crítica-o por deixar bastante a desejar em matéria de som e ação:

"Em nenhum momento temos a voz do cineasta ou de qualquer artista a ele ligado, poucos segundos duram as músicas de Rota, e os cliques dos filmes pecam pela baixa definição de suas imagens e pela exigüidade com que elas aparecem na tela.

Outra frustração: os três comerciais que Fellini dirigiu para a televisão são apenas listados. Não dá para entender por que não foram reproduzidos na íntegra.

Com material selecionado pelo crítico do "*L'Ossercatore Romano*", Sérgio Trasatti, "*Tutto Fellini*" tem portanto, muito mais textos do que imagens. São bons os textos, a maioria extraída da imprensa italiana."

Após mais algumas considerações, conclui:

"De fácil navegação, o programa, que funciona em PC com 'Windows', passa em revista toda a obra do cineasta, oferecendo sobre cada filme ficha técnica (incompleta), sinopse, balanço crítico, impressões do autor, adendos iconográficos e 30 segundos de imagens em movimento.

Um dicionário com 74 tópicos (filmes, circo, mulheres, cineastas, Rimini, neo-realismo, política, TV, psicanálise, sexo etc.) sintetiza o pensamento de Fellini, que, aliás era bem mais lúcido do que às vezes dava a entender."

18. O Embate Entre a Liberdade de Informação e os Direitos da Personalidade

Dissertando a respeito do fenômeno da "erosão" da privacidade, encarece Luís Francisco Carvalho Filho que a imprensa não incomoda apenas quando ofende, quando invade sem motivo a vida privada, quando transmite a informação de maneira truncada ou mentirosa: incomoda no dia-a-dia muito, porque fiscaliza a ação dos homens públicos e os homens públicos se consideram intangíveis. Porque exerce o direito de crítica e em relação à crítica não há tolerância. Porque, personagens da notícia, pessoas preferem não ser personagens da notícia. Porque nem sempre reflete o sentimento da maioria e a maioria quer se impor à minoria. Porque fere a moral coletiva e contraria interesses.

Para que se evidenciem os problemas que envolvem a regulamentação da matéria, basta ter em mente que o Congresso Nacional é politicamente "suspeito" para legislar sobre o conflito. A instituição como um todo e os seus membros são alvos permanentes da fiscalização e da crítica da livre imprensa no Brasil: é natural, portanto, que se desenvolva entre os parlamentares um sentimento de autodefesa em relação aos "abusos" e "irresponsabilidade" dos meios de comunicação. Mas a atribuição é sua, e é indelegável.

Encarece a necessidade de uma nova Lei de Imprensa, mediante promoção, pela Câmara dos Deputados, de uma ampla discussão sobre a matéria, revendo sem preconceito o texto aprovado pelo Senado, substitutivo do Senador José

Fogaça, Projeto de Lei nº 173/91, que tem sérias imperfeições técnicas e consagra um escândalo político sem precedentes: anistia aos autores de crimes eleitorais.

Aponta três grandes vertentes a partir das quais deve ser redigida a nova lei: a restrição dos abusos do poder econômico e do poder político; a "desprisionalização" da solução dos conflitos (os crimes contra a honra — a calúnia, a difamação e a injúria — não devem mais ser punidos com penas privativas da liberdade, adotando-se as tendências mais modernas do Direito Penal, abrindo-se espaço para o desenvolvimento da responsabilidade civil); e, finalmente, a criação de procedimentos simples e capazes de cumprir sua função institucional.

Já aos 17 de fevereiro de 1992 advertia, no entanto, editorial de "O Estado de S. Paulo" ser problemática a abolição tão festejada de pena de prisão para os jornalistas, pelo menos enquanto os cidadãos comuns estiverem submetidos a esse tipo de pena cominada pelo Código Penal para os delitos contra a honra. Imagine-se a seguinte situação: alguém injúria, difama ou calunia alguém em praça pública, é processado, condenado e preso. Se seu discurso, no entanto, estiver sendo transmitido pelo rádio e pela televisão, terá tão somente de pagar uma multa?

A propósito das penas pecuniárias, o projeto estabelece que elas levarão em conta, entre outros fatores, "o poder econômico do réu", que permitirá ao juiz multiplicar a multa por dez, se "a sanção máxima resulta insignificante". Não tem sentido aferir o grau de culpabilidade e, em consequência, o grau de punição merecida por critérios de natureza patrimonial.

19. Limites do Direito de Informação

Tal direito — escreve Bruno Jorge Hammes, p. 205 — é o mais amplo possível a ponto de interferir freqüentemente em outros direitos fundamentais assegurados pela Constituição, como, por exemplo, o Direito de Autor. Não obstante, o direito de informação tem os seus limites. Nem sempre é fácil determinar se o direito da coletividade à informação deve prevalecer ou se o indivíduo tem também uma esfera que o público, conseqüentemente a imprensa, deve respeitar. Dada a freqüência e a intensidade dos conflitos

de interesse, os dias de hoje mais e mais tendem a definir uma área de intimidade ou reserva que não deve ser liberada ao público sem o consentimento da pessoa interessada. Assim o direito de informação deve ser o mais amplo possível enquanto não conflitar com interesses considerados maiores. O interesse da coletividade em ser informada impõe a si mesma um limite, quando a divulgação de fatos venha a destruir a pessoa humana em sua dignidade e grandeza. O direito à informação existe em função do desenvolvimento da personalidade e não para a sua destruição.

Alguns exemplos demonstrarão a atualidade destas considerações.

A lei sempre admitiu o direito de crítica (art. 49, III, da lei autoral). Assim a 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, (Distrito Federal) entendeu a 21 de setembro de 1933, que não constitui "crime de crítica" dizer que um escritor é ignorante ou um pintor "borrador de telas", ou um escultor "estraga-bronzes", ou que qualquer destes é mediocre, sendo suas obras sem valor, sem gosto, sem escola, sem arte, com falsos conceitos literários, científicos ou artísticos e bem assim dizer que alguém é "cavador, desde que não lhe atribua emprego de meios desonestos ou criminosos em suas "cavações" — Revista de Jurisprudência Brasileira, vol. 21, p. 205.

"A crítica de obras de arte, de literatura e de ciência, não é uma difamação, ainda que possa prejudicar a reputação artística, literária ou científica do autor e a sua fortuna". A crítica literária, artística e científica não constitui abuso da liberdade de imprensa. Lei nº 2083, de 12-11-1953, art. 15, e Lei nº 5250, de 9.2.1967, art. 27, I.

A crítica a pessoas especialmente expostas, em razão de cargos públicos, não pode ser tida por ilícita ainda que obnubile o prestígio político.

Invoca decisão de 18.0-6.1974 do Tribunal Federal da Alemanha que "juízos de valor ofensivos à honra sobre pessoas determinadas em publicação de imprensa não são ilícitos pelo só fato de não comunicar simultaneamente ao leitor os fatos que lhe possibilitariam uma valoração crítica". O mesmo Tribunal Federal reconheceu que, em certas circunstâncias, as manifestações desairosas em processo civil não dão direi-

to à ação cominatória. Segundo o Superior Tribunal Estadual de Hamburgo, o relato sobre doença de personalidade da vida pública na imprensa só daria direito à indenização em caso de grave ofensa à personalidade.

Rainer Klaka escreveu um valioso artigo sobre as expressões desairosas em processo cíveis. Resume assim: "As alegações de caráter ofensivo são excepcionalmente são antijurídicas: se a afirmação lesiva à honra ostensivamente não tem relação com a execução ou defesa dos direitos a que servem ou se conscientemente se fizerem afirmações falsas ou ao menos levianas, que sejam evidentemente insustentáveis". De resto o próprio Tribunal Federal seria do entendimento que não se podem proibir expressões valorativas que firam o direito de personalidade ou a honra. As partes de um processo dispõem de uma certa flexibilidade para valorações negativas na formulação de suas expressões. Uma depreciação ou desprezo grave não seria admissível por não se justificar mais pelo interesse das partes na sustentação desimpedida e eficaz de seus pontos de vista.

Hermano Duval não contesta o direito de informação, mas alerta sobre a mercantilização do sofrimento alheio, quando a dramatização da notícia afeta a esfera da intimidade.

A Corte de Cassação da Itália nos fornece um caso (Clara Petacci) em que os direitos da personalidade (direito ao próprio corpo, ao nome, à própria imagem, sigilo epistolar) não induzem, por analogia a um direito, à esfera particular imperturbada (*diritto alla riservatezza*). Mas a Constituição reconhece um direito de personalidade à livre determinação no desenvolvimento da personalidade. Este direito é violado, quando se divulgam, sem autorização do interessado, notícias sobre a sua vida particular e não houver um interesse público preponderante na divulgação.

A relação informação e o direito de personalidade apresenta-se mais flagrante, quando o indivíduo contribui para denegrir o próprio nome. O Superior Tribunal Estadual de Braunschweig, em decisão de 24-10-1974, teve ocasião de analisar o problema da violação de um direito de personalidade de uma pessoa suspeita de crime sobre a qual a imprensa havia noticiado. A violação está excluída, quando o interesse do público por informação prepondera sobre o in-

teresse individual pelo anonimato. Assim o redator de jornal não age culposamente ao publicar informações policiais sobre os resultados de uma revista. A 1 de fevereiro de 1977, o Tribunal Federal da Alemanha mais uma vez se viu confrontado com um caso de afirmação valorativa. Tratava-se de crítica feita em jornal de sindicato a um empresário tido por anti-social, chamando-o de "degolador". Embora em instância inferior tivesse sido reconhecido ao jornal o direito de assim apelidar o empresário, o Tribunal Federal não acompanhou tal decisão. Ponderou, entretanto, que nem sempre se podem impedir afirmações de valor, mas que o limite do lícito está certamente ultrapassado, quando prevalece o conteúdo difamatório e injurioso.

20. Divulgação de Fatos Relativos a Personalidades Conhecidas

Eis aí outra questão controversa.

Temos, reiteradas vezes, manifestado o entendimento que, não implicando em desabono ou menosprezo, não há o que increpar à divulgação: são fatos, atos, acontecimentos, por assim dizer, pertencentes à história.

E na verdade, que trama mais envolvente do que a narrativa da vida e peripécias de tantos Ulisses dos dias de hoje? E a prova está que são cada vez mais numerosas biografias, filmes, novelas que só poderiam ser objeto de repressão ou sanções caso atentassem contra a honra ou a dignidade das pessoas, ou quando violassem seu direito ao resguardo da própria intimidade.

Contam-se às dezenas os filmes, ou a intenção de produzi-los, sobre personalidades conhecidas. Entre nós principalmente depois que a Lei nº 568 de 10-7-1993, que cria mecanismos de fomento à atividade audiovisual e dá outras providências, autorizou os contribuintes a deduzir, até o exercício fiscal de 2003, inclusive, as quantias referentes a investimentos na produção dessas obras brasileiras, três por cento do imposto devido pelas pessoas físicas e um por cento do devido pelas pessoas jurídicas.

Carmem Miranda, Vila Lobos, Senna, Lamarca, Olga Prestes, Pagu (Patrícia Galvão), Elis Regina, o filme de cuja vida foi recusado pelo ex-marido e pelos filhos que não lhe desejam ver a vida particular devassada, Xuxa, que viu

acolhida ação de perdas e danos por ter o filme *Amor Estranho Amor* de Walter Hugo Khouri, que a exhibe nua no começo de carreira sido lançado em forma de vídeo pelas locadoras, são alguns dos muitos casos recentes.

Na França levantou a polêmica de saber se os mortos têm o direito de ter a memória preservada a adaptação do livro autobiográfico *Noites Felinas* do escritor, ator e diretor de cinema Cyril Collard, descrevendo sua convivência com a Aids e morte pouco depois de concluir a obra; em Londres, *Thatcher — Os Dias Finais*, produzido por Michael Cox, foi exibido no dia 11-9-1991, pela televisão, e *Em nome do Pai*, em cartaz no Brasil em maio de 1994 foi inspirado no drama de Paul Hill, inocentado por um tribunal de Belfast do assassinato de um soldado pelo qual cumpriu pena de 13 anos de prisão.

Nos Estados Unidos, o juiz federal Manuel Real, de Los Angeles, recusou o pedido de Lyle e Erik, os irmãos Menendez, que em 1989 mataram seus pais, alegando que sofriam abuso sexual dos mesmos, de proibir a exibição do filme *Honrarás teu Pai e tua Mãe*, baseado em sua história.

Filadélfia, que concorreu a cinco Oscars, retrata a vida de Martin Caprov, um advogado que contrai o vírus da AIDS, é despedido e entra com um processo acusando a empresa de discriminação. Ganha no tribunal mas termina perdendo a vida. Isso é Hollywood. Mas a realidade é outra: o advogado, embora hospitalizado várias vezes, estava vivo e perdeu a causa: teria sido vítima da crise econômica e não de discriminação.

O ditador Manuel Noriega, no filme *Noriega* foi retratado pela Warner.

A Motion Picture Association of America e a Associação Americana dos Editores pediram a declaração da lei chamada *"Son of Sam"* que proíbe no Estado de New York aos criminosos obter compensação pela venda de suas biografias.

E finalmente na China, depois de Mao, também sua mulher, Tsé-Tung teve seus primeiros anos de vida, como atriz, antes do casamento, referidos em *Madame Mao* produzido por Chen Kaige, regista do premiadíssimo *Adeus minha concubina*.

Bem ilustrativo acórdão da 1ª Câmara Civil da Corte de Cassação Francesa de 13 de fevereiro de 1985, publicado na *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, nº 125, de julho desse ano, p. 145 confirmando aresto da Corte de Apelação contra qual se insurgiam Société G. R. Production e André Génoves, produtores do filme intitulado *"Mesrine"*, por ter determinado a supressão de cenas relativas a diversos episódios da ligação amorosa entre Mlle. Jeanjacquot e Jacques Mesrine, depois da fuga dele e até sua morte.

Sem embargo do caráter notório dos fatos a Corte de Cassação entendeu serem inoperantes as distinções entre seqüências relativas a fatos certos e exatos e outras em que houve alteração da verdadeira personalidade em causa: a medida excepcional de supressão deve ser limitada às cenas cuja divulgação seria de natureza a chocar mais profundamente a sensibilidade da interessada Silvia Jeanjacquot.

O Prof. Stephen R. Barnett, da Universidade da Califórnia, Berkely considera que a lei que governa o uso não consentido dos nomes, imagens ou "identidades" de pessoas célebres em publicidade é razoavelmente bem desenvolvida nos Estados Unidos como "right of publicity" criação das leis estaduais, não da federal, e existe em cerca da metade dos Estados, inclusive os dos mais importantes em matéria de indústria de entretenimento e publicidade: Califórnia e New York.

Define-o como o direito de uma pessoa — tipicamente uma celebridade — de não ter seu nome, imagem ou outro atributo usado para finalidades comerciais — especialmente em publicidade, sem seu consentimento.

Assinala que os Tribunais encontram dificuldade em admitir um direito de "privacidade" no caso de pessoas célebres, que por definição são pessoas públicas. O desenvolvimento de um independente direito de "publicity" admite que, tenham ou não uma reivindicação à privacidade, as pessoas célebres têm um direito a receberem pagamento pelo valor comercial de seu nome, aparência ou outros atributos.

Conclui, por entre uma série de considerações, que embora o "right of publicity" possa ser

justificado, deve ser limitado de modo a proteger o interesse público na liberdade da palavra.

21. Vão Frequentando Cada Vez Mais os Repertórios Arestos Relativos a Abusos de Imprensa

Num rápido respingar entre casos recentes:

TJDF, ac. da 2ª Turma Cível, publicado aos 08-9-1994, Ap. 32.153, Rel. Des. Getúlio Moraes, ADV. 67.543:

A lei de imprensa tem como escopo principal coibir o abuso e a irresponsabilidade dos meios de comunicação, sendo parte legítima passiva a empresa que explore jornal, periódico, rádioemissora ou agência noticiosa. O dano moral, entretanto, cingido às pessoas envolvidas, tem reparação pelo direito comum em suas múltiplas variedades. O jornal, no caso, é apenas o meio de que se utiliza para produção do dano. Em tal caso a parte legítima pode ser aquela que concedeu a entrevista. As declarações ofensivas à reputação, a honrabilidade, à segurança, à tranquilidade, aos sentimentos afetivos, bem como aquelas que importem em calúnias, rendem ensejo à reparação civil. A fixação da indenização, na ausência de padrões legais específicos para o estabelecimento do valor, pode balizar-se pelos valores expressos na lei de imprensa.

O TJMT, pela sua 2ª Câmara, rel. Des. Benedito Pereira do Nascimento, reconheceu, aos 15-9-1992., Rev. Jurídica (194): 93, nº 7538 culpa configurada, imprudência e responsabilidade de empresa jornalística na veiculação de notícias injuriosas e difamatórias através de jornal, acarretando prejuízo à imagem e à honra da vítima:

O exercício constitucional da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, conferido à Imprensa, deve ser professado, posto que de interesse público, com responsabilidade e consciência, sempre comprometido com a verdade e respeitando a dignidade alheia. Caracterizada a culpa pela veiculação leviana de notícia injuriosa e difamatória, surge a obrigação de indenizar a vítima pelos danos morais.

No Paraná, ac. un. da 4ª Câm. do TJ, reg. em 26-12-1988, Ap. 1018, ADV. 43.956 admitiu visar-se na reparação por danos morais em consequência de carta publicada em jornal im-

putando ação delituosa antes a compensação ou reparação satisfativa a ser dada por aquilo que o agente fez ao prejudicado, não como no dano patrimonial, reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente. A falta de disposição legal específica, é razoável a aplicação, por analogia, do critério estabelecido nos art. 51 e 53 da Lei 5.250, de 1967, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, para a fixação da indenização, quando o agente não jornalista utiliza a imprensa para a ofensa moral.

Invocou o Relator, Des. Wilson Rebak, a lição de Pires de Lima, da Universidade de Coimbra: "São dois os modos por que é possível obter-se a reparação civil: a restituição ao estado anterior e a reparação pecuniária, quando o direito lesado seja de natureza reintegrável. Ora, a ofensa causada por um dano moral não é suscetível de indenização no primeiro sentido, mas o é de uma reparação em dinheiro que em todo o caso se distingue da indenização exigida pelos danos patrimoniais. Com a indenização não se pretende refazer o patrimônio, porque este nem parcialmente foi diminuído, mas se tem simplesmente em vista dar à pessoa lesada uma satisfação que lhe é devida por uma sensação dolorosa que sofreu. Estamos em presença de puros danos morais e a prestação pecuniária tem neste caso, uma função simplesmente satisfatória.

Se é certo não poderem pagar-se as dores sofridas, a verdade é que o dinheiro, proporcionando à pessoa disponibilidade que até aí não tinha, lhe pode trazer diversos prazeres que até certo ponto a compensam da dor que lhe foi causado injustamente".

No TJRS, a 3ª Câmara deu provimento, em parte, à unanimidade, à apelação nº 36.665 — São Marcos, interposta por Ilair Teresinha Marcelino Ribeiro por si e representando seu filho menor A. M. R. contra aludida prefeitura, objetivando a reparação de danos morais decorrentes do uso depreciativo da imagem do mesmo, através de distribuição de sua fotografia, à revelia do consentimento materno, em jantar beneficente, Rel. Des. Marco Aurélio de Oliveira, RT 551/202:

Cabível em nossa sistemática jurídica a indenização por dano moral. Se, em tese, a inicial descreve situação que configura possível dano

moral, descabido o indeferimento liminar, pois presente a condição da ação da possibilidade jurídica do pedido (12-02-1981).

O TJRJ, pela sua 3ª Câm, em ac. un. reg. em 03-3-1989, Ap. 4.349, rel. Des. Ferreira Pinto, ADV. 45.769 considerou passível de reparação a publicação que, ao noticiar caso rumoroso e de repercussão desagradável, empresta destaque a quem teve participação ventual e acidental. Os danos morais são passíveis de reparação, não merecendo ressarcimento por não provados os danos materiais. Improcedência da ação quanto a pessoas da família não envolvidas no noticiário.

A 5ª Câmara, em ac. reg. em 26-10-1994, Ap. 4.418, Rel. Des. Narcizo Pinto, ADV. 69.480, em pedido de indenização por dano moral causado a membro do MP por reportagem ofensiva decidiu que o prazo para propositura da ação é o do art. 177 do Código Civil e não o da Lei de Imprensa, pois esta só se aplica às hipóteses de crimes contra a honra, previstas no inc. I do art. 49 daquela lei. Evidenciando que as expressões ofensivas causaram um sofrimento moral à vítima, fixa-se a indenização em quantia condizente com as circunstâncias.

Votou em divergência o Des. Marcus Faver por considerar que "a citação não se realizou nos dez dias seguintes à prolação do prazo prevista no § 3º do art. 219 do C.P.C. O juízo, na realidade, só determinou a efetivação da citação do réu em 23 de agosto (mais de um mês após o cite-se), sem contudo assinar o prazo de no máximo 90 dias para suprir a omissão. Assim, decaiu o autor de seu direito: seja pela falta do despacho determinatório da citação antes do prazo fatal; seja pela ausência de requerimento dentro dos cinco dias subsequentes ao término do prazo previsto no § 2º do art. 219 do Código de Processo Civil, objetivando a prorrogação do prazo para a realização da citação no prazo de 90 dias".

Comete ilícito de imprensa — decidiu ac. un. da 6ª Câm. Reg. em 07-3-1995, Ap. 3.060, rel. Des. Pedro Ligiéro, ADV. 695532, — quem publica notícia deturpada, adjetivando as pessoas de modo a ofendê-las na sua honra. A expressão "boêmio", quando se refere a conduta, não tem a mesma significação quando é atribuída "à alma" das pessoas. O caráter malicioso, sensacionalista, adicionado a outras distorções, com

conceituação duvidosa e sem a mínima preocupação de conhecer previamente o caráter e o juízo social das pessoas, patenteiam a assunção do risco de injuriar. Arbitramento. Sua dificuldade. Elementos de ponderação. Direito de resposta e retratação não se compensam com a indenização, totalmente.

A 8ª Câmara, também sem discrepância, reg. em 26-6-1990, Ap. 5.727, rel. Des. Carpena Amorin, ADV. 51.751:

Se o jornal deturpa a notícia verdadeira, publicando-a de forma escandalosa, deve responder pelo agravo moral que do abuso resulta. A Lei de Imprensa de 1967 disciplina os crimes perpetrados através dos meios de comunicação e dispõe, também, sobre a responsabilidade civil dos profissionais de imprensa, estabelecendo indenização tarifária para suas transgressões, mas o princípio geral do Código Civil, que fundamenta a ação, de ampla reparação, não pode ser afastado, especialmente em razão da norma constitucional superveniente do art. 5º, item X.

No STJ, ac. un. da 3ª Turma, publ. em 10-9-1990, no resp. 2.327-RS, rel. Min Gueiros Leite, ADV. 52.048:

A empresa que explora jornal periódico, rádioemissora ou agência noticiosa figura no pólo passivo da ação indenizatória por danos morais, toda vez que por qualquer desses veículos tenha sido divulgada a matéria causadora do dano — Lei 5250 de 1967, art. 49, § 2, o Recurso conhecido e provido.

Da responsabilidade, em tese, do entrevistado, é que decorre a sua legitimidade passiva para a ação penal, constituindo questão de mérito a autenticidade das declarações ofensivas constantes da entrevista. A retratação ou retificação espontânea do agente são causa de extinção da punibilidade que só operam quando satisfeitos os requisitos do art. 26, § 2º, "a", da Lei de Imprensa; não se consideram, para esse fim, eventuais correções da publicação incriminada, divulgadas por outros veículos de comunicação. Tanto no Cód. Pen., quanto na Lei de Imprensa, interpelado em juízo o autor das declarações equívocas, não cabe ao Tribunal competente antecipar-se à propositura da ação se o fez, a decisão é nula e despidida de eficácia. Nos processos por crime de imprensa, o interrogatório do acusado é meio de defesa e só se fará a seu pedido, ainda nos casos de competência origi-

nária dos tribunais (STF — Ac. unân. da 1ª T., publ. em 19-10-90 — HC 68.129-RS — Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ADV. 52.038).

22. Na Indenização dos Danos Morais Não Mais Prevalece a Tarifa dos Arts. 51 e 52 da Lei 5.250/67

Desprezando os parâmetros completamente desatualizados da Lei de Imprensa, já são numerosas as decisões que fixam a indenização por danos morais em bases mais substanciais.

Assim, o senador Ernandes Amorim vai processar a "Encyclopaedia Britannica do Brasil" por tê-lo acusado, à página 77 do "Livro do Ano — Eventos de 1990", quando prefeito de Ariquemes (RO) de participar de uma "rede de narcotráfico que estaria sendo investigada pela Polícia Federal." Nega todas as acusações, afirma ter sido vítima de perseguições de grandes empresas de mineração e de adversários políticos vai processar a *Encyclopaedia* por danos morais e exigir uma indenização de US\$ 2 milhões: "Se o Romário foi comprado por US\$ 5 milhões porque eu não posso vender meu passe por US\$ 2 milhões?" pergunta.

O ex-ministro da Justiça Bernardo Cabral, considerando-se ridicularizado e atingido moralmente em sua imagem pela publicação do livro Mil Dias de Solidão pelo porta-voz da Presidência da República no governo Collor, Cláudio Humberto Rosa entrou com um pedido e foi atendido, notícia Tribuna do Direito, S. Paulo, de maio de 1995, p. 5, pelo juiz Eduardo Almeida Prado Rocha de Siqueira, da 28ª Vara Cível: todo o valor da arrecadação obtido com a venda do livro será entregue a ele. Silva não terá direito a absolutamente nada. A Geração Editorial e a Brasilvivos Editora, responsáveis pela edição e distribuição do livro, foram excluídas da ação.

Segundo Cabral, o ex-porta-voz resolveu escrever o livro "por estar passando dificuldades financeiras" e, como não gostava pessoalmente do ex-ministro resolveu "relatar fatos de maneira distorcida, apresentando o autor (da ação) como canalha, desprovido de compostura para o exercício do cargo que ocupava". Isso depois de pleitear a concessão de liminar para impedir a impressão do livro e apreensão dos exemplares que já haviam sido distribuídos.

Ao decidir a questão, o juiz entendeu ser "inegável" que a obra publicada "teve o escopo de fazer sensacionalismo gratuito, mencionando passagens íntimas de nenhum interesse jornalístico, mas que atingiram a honra de um homem de maneira cruel e desnecessária, causando-lhe forte sentimento de vergonha e humilhação".

"Registro que face à projeção política do autor, sua imagem e conceito são bens de valor incalculável. Mas ele, por questões de foro íntimo, balizou modestamente o seu pedido, apenas no proveito econômico obtido pelo réu com a publicação do livro, sendo portanto este o valor máximo que pode ser fixado em juízo" (art. 460 do C.P.C.).

Acórdão da 4ª Câmara do TJSP, por v.u. de 20-12-1990, deu provimento à AC nº 128.589 — São Paulo da sentença do Juiz Manoel de Lima Júnior, que em 01-8-1989, que julgou procedente ação ordinária de indenização por danos morais e materiais movida pelo Delegado de Polícia Álvaro Vicente de Luca contra S. A. O Estado de São Paulo por ter publicado o Jornal da Tarde, na edição de 17-7-1985, matéria difamatória, abusando da liberdade de imprensa, lesando a honra do autor, dizendo que este praticou crime contra a administração pública, anotando que com seus vencimentos de delegado de polícia não poderia reunir seu atual patrimônio e apontando-o como contrabandista e dado à prática de tráfico de influência, fatos estes que não são verdadeiros; em 18/07/85, e contra "O Liberal", que circula na cidade de Americana por ter reproduzido a notícia.

Considerando sua posição social, sua situação de funcionário público, seu sofrimento moral, a natureza e repercussão de lesão, bem como a situação econômica das empresas réis, pediu reparação indenizatória de danos morais e materiais, que estimou em 10.000 ORTN's.

Ponderou o Relator, Des. Ney Almada, dever a Imprensa, de modo geral, cuidar diligentemente ao publicar notícias que possam agravar a honra de alguém, poupando-se sempre ao sensacionalismo e atuando com provas que respaldem sua informação. Sensacionalismo, aliás, de que prescindem os órgãos de imprensa de maior notoriedade do mundo, em cujo elenco figuram os da primeira empresa demandada.

A liberdade de informação esbarra nas fronteiras intransponíveis da esfera ético jurídica da pessoa humana, sob pena de se transformar numa incontrolável arma de vulneração da honra alheia. Não é outro o pressuposto determinante da tutela desse valor jurídico pela Lei de Imprensa e pela que regula, em nosso País, as telecomunicações, além de dispositivos do C. Civil revestidos de idêntico escopo.

O veículo pelo qual o indivíduo atingido pode concorrer para a frenagem dos impulsos injustos da Imprensa é, unicamente, a demanda judicial, ativando o Judiciário no sentido de sancionar os assédios aos mais preciosos sentimentos da personalidade do homem, notadamente a honra em seu aspecto objetivo, em cuja conotação interessa o que os outros pensam acerca do cidadão relativamente a seu modo de proceder e à utilização, nos atos profissionais ou não, de seus predicamentos físicos, intelectuais, culturais e outros.

Note-se, em seguida, que a extinção da ORTN, antecedida por sua conversão em OTN, não prejudica o atendimento do "petitum", bastando que, no cálculo da indenização, seja aproveitado o IPC de janeiro e fevereiro de 1989, e, posteriormente, o índice que então surgiu, e presentemente ainda se presta como referência (BTN). A verba advocatícia é inteiramente mantida.

Comemorando a árdua vitória, os advogados Paulo Esteves, Sérgio Toledo e Salo Kibrit publicaram em 1991 um folheto em que encarecem, em sua apresentação que o critério de indenização tarifada dos arts. 51 e 52 da Lei nº 5250/67 colide com o texto do art. 159 do C. C., excepcionando o princípio de que a indenização deve ser a mais ampla possível — foi acolhido por todas as decisões proferidas em ações de reparação de dano moral, ajuizadas com fundamento nessa legislação de regência.

A CF/88, no entanto — e em boa hora, visto que, segundo acreditamos, a limitação do valor da indenização por dano moral prevista nos arts. 51 e 52 da Lei 5.250/67 deveu-se aos longos e habilidosos trabalhos desenvolvidos pelas poderosas empresas que atuam no campo das comunicações — estabeleceu a inviolabilidade da honra, assegurando o direito de indenização do dano moral decorrente de ofensa praticada contra ela e determinou que o seu montante será

proporcional ao agravo sofrido (CF/88, art. 5º, incisos V e X).

Na demonstração de que aqueles dispositivos tornaram-se ineficazes por incompatíveis com a nova ordem jurídica, restabelecendo-se então, o critério de que a indenização por dano moral, a exemplo daquela devida por dano material, deve ser a mais ampla possível, dentro do texto do art. 159 do C. C., transcrevem a fundamentação do aludido acórdão da 4ª Câmara:

"... a composição do dano moral poderá, em termos, aproveitar-se do critério preconizado na Lei de Imprensa, mas terá por alicerce primacial o lapidar preceito do Código Civil, art. 159. O pedido de ressarcimento é, de regra, genérico, porque a indenização deve ser a mais ampla possível; na hipótese, contudo, o autor cingiu sua pretensão em 10.000 ORTNs. O Projeto 634-B, art. 186, não limita o "quantum" da indenização por dano exclusivamente moral, nem se refere à sua moderação. Deixa o problema acertadamente, a critério do Juiz."

Aditam ter agora, enfim, esse acórdão removido da ordem jurídica o desarranjo nela provocado por aquela esdrúxula limitação, demonstrando essa fundamentação sua atualidade e importância:

Afastou ela, finalmente, o dano jurídico causado pelo legislador de 1967 ao vedar a aplicação do art. 159 do C. C. no plano de abuso da liberdade de informação, dispensado a essa modalidade de ato ilícito um tratamento diferenciado e significativamente protetivo em relação aos órgãos de comunicação, tudo através do expediente de tarifar o dano moral.

Chegou-se, então, ao absurdo de uma avaliação, prévia e genérica, da honra humana, que, em hipótese alguma, poderia valer soma superior a de duzentos salários mínimos.

A E. 4ª Câmara Civil do TJSP, agora, enfim, removeu da ordem jurídica o desarranjo nela provocado pela esdrúxula limitação.

A Rede Globo foi condenada a pagar R\$ 720 mil de indenização para o radialista e deputado Afanasio Jazadji (PFL), em sentença do juiz da 20ª Vara Cível (SP), segundo notícia do dia 01-8-1995.

Jazadji alega que foi prejudicado pela associação de sua imagem com o personagem Juca

Pirama, da novela "O Salvador da Pátria", exibida em 1989.

Foram condenados ainda a retransmissão da Globo em São Paulo e o autor da novela, Lauro César Muniz. Para ambos, a quantia a ser paga é de R\$ 40 mil.

Jazadjji alegou que Juca Pirama era baseado em sua imagem. Só que era também traficante.

Os advogados da Rede Globo e de Muniz vão recorrer. Eles dizem que a perícia não apontou coincidência entre Pirama e Jazadjji.

No STF, a 1ª Turma, por v. u. de 23-3-1982, Rev. Jurídica das Comunicações, (1): 45-52, jan/jun. 1983, RHC 59.290-RS:

Crime contra a honra. Crime de imprensa. Pessoa jurídica. Legitimidade passiva ad causam. Lei nº 5.250/67. Inquestionável, pela Lei de Imprensa, ser a pessoa jurídica passível de crime contra a honra, controvertendo-se apenas sobre a compatibilidade de tal ou qual das figuras penais (calúnia, difamação, injúria) com a referida sujeição passiva. Responsabilidade penal. Queixa crime (omissão). Ofensas radiofônicas. Responsabilidade sucessiva. Diretora-Presidente da Rádio (art. 28 da Lei nº 5.250/67). Se a queixa-crime não traz as razões ou circunstâncias pelas quais incrimina o querelado, invocando abstratamente o último degrau da responsabilidade sucessiva sem exaurimento das escalas precedentes, importa omissão relevante que a torna inepta, no ponto, sendo causa de constrangimento ilegal. *Habeas-corpus* concedido para excluir a segunda Querelada. recurso de *habeas-corpus* provido, em parte.

Considerando, em primeiro lugar, a questão relativa à pessoa jurídica como sujeito passivo de crimes contra a honra, assinala o Relator, Min. Rafael Mayer, que o equacionamento deve ser afirmativo, mesmo no campo do direito penal comum, com os temperamentos que se impõem, reiterando o que teve oportunidade de asserir no RHC 57.668:

"Considero que, para que se entenda subsistir na espécie penal comum as pessoas jurídicas, nos arts. 139 e 140 do Código Penal (crime de difamação), não é necessária interpretação analógica, bastando uma interpretação compreensiva da lei penal. E justo, porque, como eu dizia:

"Cada vez mais a atividade humana se expressa, no complexo mundo moderno, em

forma de comunidades ou sociedades personificadas. Fungindo aos extremos quer da teoria organicista, quer da teoria ficcionista, importa reconhecer que as pessoas jurídicas não são simples criações artificiais do Direito, porquanto emergem de um substrato social específico complementada pela realidade técnico-jurídica, constituindo centros de imputação de direitos, interesses e deveres sob a proteção real entre a personalidade dos indivíduos e dos entes coletivos, a estes nem todos os direitos inerentes à pessoa natural se aplicam, mas por ser limitada a extensão nem por isso está excluída. Ora, não se pode recusar às pessoas jurídicas o direito à reputação, à respeitabilidade e à incolumidade moral, no plano de convívio social, bens da vida que estão sob a proteção do art. 139 do Código Penal. Nem se compreenderia, senão sob a total reputação do mínimo ético que o próprio Direito Penal visa resguardar, que tais seres sociais e jurídicos, expressões da vida humana, se vissem expulsos das normas de protetivas dos valores morais do bom nome e da respeitabilidade e expostos, sem remissão, à execração na vida social."

A *fortiori*, se há de admitir com relação aos crimes de imprensa, posto que especificamente contemplada a hipótese na Lei nº 5.250/67. Basta ver que o art. 21, que trata da difamação, admite a exceção de verdade, se o crime é praticado contra órgão ou entidade que exerça função de autoridade pública. E o art. 23, inclui dentre os sujeitos passivos, que suscitam a agraviação da pena, nos crimes dos arts. 20, 21, 22 (calúnia, difamação e injúria) o órgão que exerça função de autoridade pública.

Aliás, no tocante a crime de imprensa, a controvérsia sobre a questão da passibilidade da pessoa jurídica em crime contra a honra, não se situa no princípio, sempre admitido, mas na extensão, a saber qual das figuras penais é compatível com a sujeição passiva das pessoas morais ou jurídicas. Em face disso, excluo o fundamento.

Demonstra ser patente a omissão da queixa-crime no indicar a razão da responsabilidade penal da paciente pela divulgação da nota tida por injuriosa e acrescenta que, por outro lado, a simples e isolada invocação de sua qualidade de Diretora-Presidente da sociedade proprietária

ria da emissora não é fundamento bastante para incriminá-la.

Diz a Lei nº 5.250, de 1967:

"Art. 28

§ 1º Nas emissões de radiodifusão, se não há indicação do autor das expressões faladas ou das imagens transmitidas, é tido como seu autor:

a) o editor ou produtor do programa, se declarado na transmissão;

b) o diretor ou redator registrado de acordo com o art. 9º, inciso III, letra b, no caso de programa de notícias, reportagens, comentários, debates, ou entrevistas;

c) o diretor ou proprietário da estação emissora, em relação aos demais programas."

Ora, a invocação do último degrau da responsabilidade sucessiva, sem qualquer indicação das atribuições estatutárias ou contratuais da paciente, e sem dar a razão do exaurimento das escalas precedentes de responsabilidade, é omissão injustificável, tanto mais que se recorre a uma responsabilidade objetiva e automática, sem a irrogação de uma conduta individual.

Registre-se que, como se vê da queixa-crime, os fatos incriminados vieram em um programa noticioso, em relação ao qual a própria lei indica o responsável, de modo certo, como o diretor ou redator, obrigatoriamente registrado, nos termos do art. 9º, III, b.

Ora, a queixa-crime deve trazer as razões ou circunstâncias pelas quais incrimina o querelado, por sua presunção de responsabilidade que, por isso mesmo que é presumida, deve conter todos os elementos que a suscitem. Sem isso, há um constrangimento ilegal em responder a processo-crime, sendo inepta a denúncia por omissão dessas relevantes circunstâncias.

Assim, dou provimento, em parte, ao recurso, para excluir da querela a paciente Mathilde Salette Verceliano Mânica.

BIBLIOGRAFIA

- BARNETT S.R. At a Crossroads: the right of publicity in the United States. *Revue Internationale du Droit d'Auteur, Neuilly-S/Seine*, n. 160, pp. 5-90, abril 1994.
- . The Unconsented Use of Celebrity Names, Likeness and "Identities" in Advertising: America's "Right of Publicity", GATT TRIPS, anuário da conferência anual da International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property — ATRIP, Ljubljana, 11-13 Julho 1994, Slovenian Intellectual Property Office — SIPO, Joseph Straus (ed), pp. 40-83, 1995.
- CARVALHO FILHO L.F. Liberdade de Imprensa e Dano Moral. *Revista do Advogado*, S. Paulo, n. 38, pp. 17-21, dez. 1992.
- CHAVES A. Video-Mídia e "Outdoor" Video Eletrônico. In: *ADV Informativo*, p. 118, 1987.
- . Obra Cinematográfica e sua Reprodução por Videocassete. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, v. 129, pp. 19-31, mar., 1995.
- . Direitos da Personalidade e Dano Moral. *RJTE citada*, v. 134, pp. 19-31, mar., 1995.
- DIAS J. de A. Dano Moral e Abuso de Imprensa. *Seleções Jurídicas ADV*, Rio, p. 15-16, junho 1987.
- FERNANDES M. *Proteção Civil da Intimidade*. São Paulo, Saraiva, 1977, 315p.
- GAUTIER P.-Y. Les oeuvres "multimedia" en droit français. *Revue citada*, v. 160, pp. 91-131.
- GRUNWALD H.A. Precisa-se: Um Novo Jornalismo. *Diálogo*, Rio, n. 3, v. 27, pp. 62-67, 1994.
- HAMMES B.J. *O Jornalismo e o Direito do Autor*. São Leopoldo. Unisinos, Un. do Vale do Rio dos Sinos, pp. 195-211.
- HUNTER K. New Technologies, Publishing and Copyright: An Introduction to Database Publishing, in Rights. Copyright and Related Rights in the Service of Creativity, Genebra, verão 1987, v. I, n. 2, pp. 1 e 12-15.
- LANE S. & BRIDGE R.McD. Dramatic Formats: why we need a format right. *Opinion*, Londres, 12 laudas xerox, 1990.
- MIRANDA D.A. Comentários à Lei de Imprensa, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3.ed., 1995.
- OLIVEIRA A. A imprensa, sua missão e sua liberdade. *Rev. de Inf. Legislativa*, Brasília, pp. 97-112, abr./jun. 1972.
- PASSOS J.J.C. de. A imprensa, a proteção da intimidade e o progresso penal. *Rev. Forense*. Rio de Janeiro, v. 324, pp. 61-67, out./dez. 1993.
- PEREIRA J. A informação no Direito. *O Estado de S. Paulo*, p. 36, 17-02-1985.

Contratos-Padrão no Comércio Internacional e Incoterms*

CARLOS EDUARDO LÓPEZ
Professor da Faculdade de Direito
da Universidade da Republica Oriental do Uruguai

SUMÁRIO

Introducción; I — Contrato Padrón En El Comercio Internacional: A — Historia: 1. La London Corn Trade Association; 2. Los Euro-Mercados; B — Clasificación: 1. Los Contratos Padrón Multinacionales; 2. Los Contratos Padrón Asociativos; 3. Los Contratos Padrón Internacionales; C — La Autonomía Del Contrato Padrón: 1. La nueva "Les Mercatoria"; 2. Crítica; II — Incoterms: A — Historia: 1. Incoterms 36; 2. Incoterms 53; 3. Incoterms 90; B — Clasificación: 1. Según las Obligaciones Asumidas; 2. Según la Modalidad de Transporte; C — Precisiones: 1. Constancias que Debem Acompañar los Incoterms; 2. Terminología Paralela; Conclusiones.

INTRODUCCION

Los contratos padrón y los incoterms son instrumentos jurídicos desarrollados para enfrentar una problemática doble, que afecta al proceso de contratación mercantil internacional.

Por un lado le afecta la problemática propia de toda relación jurídica internacional: la multiplicidad de sistemas jurídicos. Existen tantos ordenamientos jurídicos, cuantos países hay en el mundo¹.

En particular, cada Estado dispone de un sistema propio de normas que regula en forma mas o menos diferente el proceso de contratación².

Sin embargo, no siempre el proceso de contratación³ se perfecciona rigurosamente dentro del marco de las fronteras nacionales⁴.

Existen contratos que, por sus características particulares, superan las fronteras de los Estados⁵. O, dicho de otra forma, existen contratos que poseen elementos relevantes que los vinculan con distintos Estados⁶.

La existencia de distintos Estados con vocación para regir un hecho o una relación jurídica cuyos elementos son relevantes para el Derecho Internacional Privado (DIP), genera lo que se denomina "conflicto de leyes". En el caso del proceso de contratación internacional, los conflictos de leyes que pueden suscitarse son tan variados como numerosos. Quedan involucrados temas tales, por ejemplo, como el tratamiento fiscal, la responsabilidad del fabricante, la protección de la propiedad industrial, la forma del contrato, la capacidad de las partes y la protección del consumidor⁷.

Por otro lado, al tema de esta exposición le afecta la problemática propia del Derecho mercantil: la dinámica constante a que está sujeto el comercio. A medida que el progreso de la ciencia y de la tecnología aceleran el desenvolvimiento económico, se produce una eclosión en el campo de las relaciones comerciales que, desde la segunda mitad de nuestro siglo hasta los días de hoy, viene siendo sentida más que nunca⁸.

*O autor gostaria de deixar seu sincero agradecimento à Dra. Martha Lucia Olivar, pelo generoso oferecimento de materiais que resultaram fundamentais na elaboração da exposição seguinte, trabalho apresentado no Congresso "Contratos Internacional e Mercosul", 22 de setembro de 1992, na Faculdade de Direito/UFRGS.

Por ejemplo, hasta el inicio de los años 60, la compraventa internacional se retringía al intercambio de materias primas y productos básicos — casi siempre provenientes de las colonias o de países subdesarrollados — a cambio de un pago en dinero o en bienes industrializados. Pero, a partir de entonces, comenzaron a surgir nuevas formas de contratación, tales como los contratos mixtos de venta de equipamientos y de prestación de servicios — asistencia técnica, supervisión de montaje o transferencia de tecnología —, las ventas "turn-key" o "product in main", entre otros⁹.

Entonces, ¿cómo se soluciona la doble problemática planteada por los contratos comerciales internacionales? ¿Cuál es la forma de superar la aspiración de los Estados para regir por sus propias leyes un contrato internacional y al mismo tiempo garantizar la eficacia de su comercio exterior?

En DIP se han propuesto algunas soluciones.

La solución tradicional del DIP ha sido recurrir a las llamadas "normas de conflicto"¹⁰.

Las normas de conflicto remiten la regulación del caso a un determinado Derecho nacional. Dicha remisión se produce en virtud de la verificación de un elemento relevante consignado en la misma norma de conflicto como "punto de conexión", por ejemplo: el domicilio o la nacionalidad de las partes, el lugar de la realización del contrato, el lugar de origen o el de destino de la mercadería, etc.¹¹.

Estas "normas de conflicto", producto de convenciones internacionales o incluidas en el Derecho interno de los Estados, pese a haber alcanzado una gran difusión en el DIP, constituyen un último recurso. Cuando se pretende aplicarlas a un caso concreto, comienzan a aparecer numerosos inconvenientes, que revelan la impracticabilidad del método. Por ejemplo, al ser distintos los puntos de conexión que indentifican los elementos relevantes para cada tema, es posible que resulten indicados distintos ordenamientos jurídicos para regular un mismo contrato. Se produce así una fragmentación, "depeçage" o "morcellement" del contrato¹² que no conviene al comercio exterior¹³.

Otra solución posible consiste en la armonización o en la unificación de las legislaciones nacionales¹⁴. Así, surimiendo las diferencias existentes en la regulación que cada Estado dispone sobre la materia, la interrogante de cuál es la ley aplicable al caso internacional pierde relevancia¹⁵.

El procedimiento clásico para eliminar las diferencias legislativas ha sido la aprobación de tratados internacionales, denominados "leyes uniformes".

Las leyes uniformes son Convenciones Internacionales a las cuales los países adhieren, con el objetivo de adoptar reglas jurídicas aplicables a un determinado instituto y que serian las mismas en todos los países signatarios. Es el caso de las convenciones de Ginebra, una referente a la letra de cambio y al vale (la nota promisorial) y, otra, referente al cheque¹⁶.

Es también el caso de las malogradas convenciones de La Haya: la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales (LUVI) y la Ley Uniforme sobre la Formación de los Contratos de Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales (LUFV)¹⁷.

La mayor parte de las disposiciones contenidas por la LUVI y la LUFV fueron repetidas en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías¹⁸.

Este tipo de solución, sin embargo, no ha tenido la repercusión esperada en razón de la dificultad para conseguir un consenso entre los distintos países, para modificar sus respectivas legislaciones. Esta resistencia decorre, a veces, de motivos ponderables de orden económico, otras veces decorre del mero apego a la tradición o a la ignorancia de las ventajas que la adopción de leyes uniformes traería¹⁹.

Frente a la relatividad del éxito obtenido por el Estado para eliminar el conflicto de leyes, los mismos que practican los negocios internacionales, se encargaron de buscar otras soluciones que permitiesen, por lo menos, una uniformización parcial que contribuyera para una mejor comprensión de lo que las partes pretenden²⁰.

Estas soluciones consisten — entre otras — en la adopción de "contratos padronizados" (I) y en la difusión de cláusulas-tipo, referentes a

determinadas modalidades de negociación, como los "incoterms" (II).

I — CONTRATOS PADRON EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Los contratos padrón "contrats-type" o "standard agreements" consisten, generalmente, en formularios en cuyo cuerpo principal constan las condiciones jurídicas generales de una contratación y en cuyos anexos constan aquellas condiciones de carácter más negocial. El uso de estos documentos simplifica el procedimiento contractual. Simplemente se requiere mencionar el número del formulario, estableciendo las condiciones de precio, plazos, descripción del material vendido y especificaciones técnicas, sea vía postal, telex, fax o video-texto²¹.

El contenido de un contrato padrón puede ser, por ejemplo, el siguiente:

- preámbulo, definiendo que las disposiciones que lo integran se aplican al contrato salvo estipulación en contrario;
- la definición del momento de formación del contrato;
- la definición de los diseños, proyectos y especificaciones técnicas;
- disposiciones referentes al embalaje;
- disposiciones referentes a la inspección del producto;
- disposiciones referentes a la transmisión de riesgos;
- disposiciones referentes a la entrega;
- disposiciones referentes al pago;
- disposiciones referentes a la garantía dada por el vendedor;
- cláusula de exoneración de la responsabilidad por hechos de terceros o fuerza mayor;
- derechos en caso de rescisión;
- arbitraje y ley aplicable²².

A — História

La padronización de los contratos comenzó a ser desenvuelta en Europa, donde las asociaciones de profesionales del comercio elaboraron fórmulas contractuales tipo para ciertos tipos de "commodities". Como sus antecedentes más lejanos se citan los contratos padrón creados

por la "Bremer Braumwllbörse", desde 1782 y la "Vereinder Getreidenhändel der Hamburger Börse", desde 1868²³. Merecen especial destaque los contratos padrón ideados por la "London Corn Trade Association".

1. La London Corn Trade Association

Los autores coinciden al recordar que ya a finales del siglo XIX, la London Corn Trade Association — asociación de comerciantes cerealeros constituida en 1877 que incluía entre sus objetivos incentivar la adopción de usos comunes y de incrementar la solución de sus litigios por la vía del arbitraje — había propuesto sendas fórmulas tipo de contrato para su uso en la venta de granos.

Los contratos padrón propuestos por la London Corn Trade Association, con el tiempo fueron sufriendo algunas adaptaciones. Hoy existen centenas de fórmulas distintas para la venta a término, para la venta por muestreo, para venta a plazo y para cada uno de los varios tipos de cereales. Sin embargo, los modelos londinenses continúan siendo en lo substancial, universalmente aceptados — pese a las ligeras modificaciones añadidas por las asociaciones locales —, en los principales centros cerealeros mundiales como Hamburgo, Chicago, Cleveland, Santos o Paranaguá²⁴.

2. Los Euro-Mercados

Asimismo, en la actualidad, las operaciones realizadas en los "euro-mercados" — depósitos y préstamos — toman exclusivamente la forma de contratos padronizados o, por lo menos, contienen una serie de cláusulas tipo destinadas a permitir a las partes resolver las situaciones más corrientes. La mayoría de estos contratos sujetan a las partes a la ley del Estado de Nueva York, a la ley inglesa o, incluso, a la francesa²⁵.

B — Clasificación

Según su fuente — esto es, según quién los elabore — y su ámbito de aplicación, se puede intentar la siguiente clasificación; contratos padrón multinacionales, asociativos e internacionales.

1. Contratos Padrón Multinacionales

Ha sido común que ciertas sociedades multinacionales que han involucrado a industrias muy poderosas, elaboren contratos padrón a través de los cuales y sólo a través de ellos, establecen condiciones generales de venta. En determinados sectores económicos — como por ejemplo en el comercio de "commodities" — la utilización de fórmulas contractuales está tan difundida que a las partes les resulta más cómodo manejarse con ellas. Pero si el comprador no quisiese acomodarse a uno de dichos contratos padrón, el vendedor difícilmente estará dispuesto a aceptar su posición. De esta forma, además de defender sus intereses frente a su co-contratante, la sociedad multinacional asegura la uniformidad en la contratación, para todas las empresas integrantes de su conglomerado económico²⁶.

2. Contratos Padrón Asociativos

Estos contratos, tienen su fuente en una asociación de profesionales comerciantes de un determinado ramo. Es el caso de la London Corn Trade Association.

Como fenómeno curioso, merece destaque la diferencia de redacción y estructura de los contratos padrón ofrecidos por las asociaciones profesionales. Así, los contratos padrón de la ORGALIME — que reúne países europeos ligados a la tradición jurídica romano-germánica —, son breves, concisos y contienen reglas que no contienen más que un mínimo de generalidades. Por el contrario, los contratos padrón FIDIC — de inspiración en el Common Law — son largos, muy detallados e incluyen especificaciones inclusive respecto a hipótesis poco frecuentes²⁷.

3. Contratos Padrón Internacionales

Visto el buen resultado de los contratos padrón elaborados por los propios agentes económicos, algunos organismos internacionales o regionales, redactaron y propusieron su utilización, por aquellos que voluntariamente quisieran adherir. Entre estos organismos la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, ideó algunos contratos que establecían condiciones generales para la venta de equipa-

mientos industriales, incluyendo su montaje. Esas condiciones llevan el No. 188, distinguiéndose diferentes tipos de contratos por las letras A, B, C, etc. Estos contratos son publicados por la ONU y sus formularios son vendidos para el uso de las partes contratantes²⁸.

Cabe resaltar, asimismo, la participación de la UNCITRAL en la elaboración de contratos padrón²⁹.

En esta clase de contratos padrón puede ser encontrado el equilibrio entre los intereses de las partes³⁰.

C — La Autonomía del Contrato Padrón

La utilización de los contratos padrón en el comercio internacional se difundió de tal forma, que algunos autores llegaron a considerarlos como usos o costumbres del DIP. Luego, por esta y por otras razones sostuvieron la existencia de una nueva "lex mercatoria"³¹.

1. La Nueva "Lex Mercatoria"

Precisamente en setiembre de 1962, la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, realizó un coloquio en Londres con el objetivo de estudiar las nuevas fuentes del Contrato Internacional. Entonces Clive M. Schmitthoff se habría referido a un "jus mercatorum", esencialmente a-nacional, que, aunque embrionario, tendría condiciones de substituir a los Derechos estatales, generalmente inadecuados para la organización del comercio exterior y para resolver sus litigios³².

Esta proposición encontró eco en Francia, donde Bertold Goldman en 1964 le dedicó un estudio denominado "Frontières du Droit et Lex Mercatoria". Este autor centraliza su estudio en el contrato de compra-venta y anuncia el renacer del "jus mercatorum" en virtud de la evidencia de las operaciones internacionales de crédito documentario, de los contratos de transporte y de los contratos padrón³³.

A partir de estos autores se desarrolla la idea de que existiría lo que se denominó un contrato internacional autónomo, esto es, desvinculado de los sistemas legales de Derecho Positivo, pero con fundamento en ciertos usos o prácticas relativamente uniformes y universalmente aceptadas o consentidas³⁴.

2. Crítica

En 1969, Yvon Loussonarn y Jean-Denis Bredin, en su obra "Droit du Commerce International", embistieron contra la viabilidad del contrato autónomo. Decían estos autores que inclusive los contratos padrón, hacen siempre referencia a un sistema de Derecho. En dicho caso, las propias partes suelen designar expresamente la ley aplicables³⁵.

En el Brasil, Olavo Baptista realizó una dura crítica a la teoría del contrato internacional autónomo. Decía Olavo Baptista que las raíces de la teoría en cuestión debían buscarse en los intereses de las sociedades multinacionales, que procuraban sustraerse a las limitaciones, contratos y hasta a las jurisdicciones estatales. Representaría, entonces, un peligroso instrumento en las manos de las empresas multinacionales, que impone una notoria desigualdad en el relacionamiento contractual, máxime cuando el co-contratante es un Estado sub-desarrollado que depende de los recursos financieros y tecnológicos de los Estados donde las multinacionales tienen su sede³⁶.

II — INCOTERMS

La variedad contractual es tan enorme que convierte en inviable la meta de padronizar todos los contratos del comercio internacional. Además, no siempre es posible alcanzar un consenso en cuanto a cuál es la fórmula más deseable o adaptable a la legislación de los distintos países que negocian entre sí. De ahí que se haya procurado una solución complementaria. Esta ha sido la de crear ciertas cláusulas tipo, que definen los usos comerciales más comunes, entre otros, los Incoterms³⁷.

Los Incoterms — "internacional comercial terms" o "términos del comercio internacional" — tienen por objetivo determinar claramente cuál es la solución acordada entre el vendedor y el comprador, para cuatro de los problemas tradicionales al comercio exterior:

- la entrega de la mercadería,
- la transferencia de la responsabilidad,
- la distribución de los gastos y
- los documentos necesarios para la tramitación aduanera³⁸.

A dicho respecto, suponen la unificación de criterios en lo referente a la teoría del riesgo, vinculándola al momento de la "puesta a disposición" de la mercadería. Su finalidad esencial es determinar claramente el punto en que una de las partes transmite el riesgo a la otra, a fin de garantizar el derecho al cobro y el derecho de libre disposición de la mercadería. Adicionalmente, se refieren a otros aspectos como el transporte, el seguro, la manipulación, el embalaje, la gestión y la entrega de la documentación³⁹.

Debe recordarse que los contratos internacionales se procesan sin la presencia física de los contrayentes y con frecuencia sin la intervención de un representante o agente, sea del comprador o del vendedor. De ahí que la posibilidad de la pérdida o el deterioro de la mercadería, ocurra en un tiempo y en un lugar donde no sea posible determinar quién fue el causante y quién sufrirá las consecuencias⁴⁰.

A — História

Si bien la solución encontrada con los Incoterms es relativamente reciente, obsérvese que la necesidad de una definición en términos claros y concisos de los problemas del comercio exterior, se remonta hasta épocas bastante lejanas. Así, por ejemplo, la Biblia registra en el Libro de Los Reyes (I, 5-6), que cuando, en el año 1012 A.C., el Rey Salomón decidió construir un templo en Jerusalén, celebró un acuerdo con Hiram, Rey de Tiro, en los siguientes términos: "Mis siervos transportarán las maderas de cedro y pino desde el Líbano hasta el mar, donde las colocaré en balsas y las haré remolcar hasta el puerto que me indicares. Allí descargaré las balsas y tú podrás recoger los troncos. Por tu parte, cumplirás mis deseos, encargándote del sustento de mi casa"⁴¹.

Si el contrato bíblico referido hubiera sido redactado hoy, su enunciado sería más sucinto aún, por ejemplo: "Maderas de cedro y pino, DEQ Jerusalem Incoterms 1990, sustento de mi casa".

Dejando de lado los precedentes remotos, el origen de los Incoterms se ubica en la tipificación abreviada de los derechos y obligaciones de las partes, que los comerciantes de ciertos ramos se habituaron a utilizar, para facilitar sus

negociaciones. Así, mediante una sigla o una expresión padronizada, delineaban las principales obligaciones que se asumían contractualmente⁴².

Espontáneamente, en tanto toda práctica exitosa tiende a ser imitada en otras localidades, el empleo de términos comerciales estandarizados sirvió también a una función de armonización⁴³.

Sin embargo, como cada puerto, cada centro comercial comenzó a desarrollar ciertas particularidades en relación con los términos comerciales, pronto surgieron dificultades para su empleo internacional. Por ejemplo, en Alemania la fórmula "FOB" era eficaz tan sólo en lo referente a los gastos. En los demás países la fórmula era más amplia y cubría no sólo los gastos, sino también los riesgos. Asimismo, en la práctica australiana, la venta "Ex works" no implicaba que el vendedor empaquetara la mercadería, pero en la práctica francesa sí⁴⁴.

1. Incoterm 36

En razón de estas diferencias, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en su primer Congreso celebrado en París, en 1920, aprobó una moción por la cual crearía una Comisión formada por especialistas que redactarían una relación completa de los términos padronizados utilizados en el comercio exterior. En 1928, la Comisión culminó con la tarea encomendada, con lo cual se dió por fin a publicación una versión de lo que se denominó como "términos comerciales"⁴⁵.

En 1936 se complementó la publicación de 1928 y se publicó y difundió bajo el nombre de "Incoterms 36" (International Commercial Terms). Se exponían en esta publicación, algunos de los términos comerciales más utilizados, explicando su significado e indicando las contradicciones existentes en su interpretación, según los casos y costumbres de los diversos lugares donde se empleaban. Se trataba, por lo tanto, de un estudio de Derecho Comparado, con cuadros sinópticos que indicaban las semejanzas y dife-

rencias entre las prácticas comerciales de las distintas localidades⁴⁴.

2. Incoterms 53

Lamentablemente, Inglaterra y los demás países anglosajones se recusaron a aceptar los "Incoterms 36", en razón del excesivo apego a la tradición romanista que la publicación había adoptado. Por ello la CCI formó una segunda Comisión bajo la presidencia de Morris Rosenthal — comerciante norteamericano — y más tarde de Gunnar Lagargren — jurista sueco —, ambos asistidos por el, abogado inglés James Mordan. Esta comisión elaboró un texto que fue presentado en el Congreso de la CCI en 1953, en Viena.

Entonces, la CCI resolvió adoptar el texto que en adelante se conocería como "Incoterms 53"⁴⁵.

Con los "Incoterms 53" cambia radicalmente el método empleado hasta el momento. Como dice su introducción oficial, se establecen una serie de reglas internacionales de carácter facultativo, precisando la interpretación de los principales términos utilizados en los contratos de compra y venta.

Los "Incoterms 53", dice la introducción referida, "están destinados a los hombres de negocios que prefieren la certeza de las reglas internacionales uniformes a la incerteza que acarrea la diversidad de interpretaciones dadas a los mismos términos en determinados países"⁴⁶.

Presentados bajo la forma de un catálogo bipartito, los "Incoterms 53" enumeraba para cada término las obligaciones recíprocas del comprador y del vendedor. La vigencia de estas obligaciones era facultativa, esto es: quedaba subordinada a la voluntad de las partes. Se deseaban atenerse a lo dispuesto por los "Incoterms 53" debían incluir en el contrato la expresión "Incoterms 53"⁴⁷.

Era también facultativo el aumento o la disminución de las obligaciones a cargo de las partes, siempre que así se estipulara expresamente en el contrato⁴⁸.

Con posterioridad fueron introducidas enmiendas y adiciones en 1967, en 1976 (se agregó el término "FOB airport") y en 1980⁴⁹.

3. Incoterms 1990

En 1990 la Comisión de Prácticas Comerciales de la CCI y, particularmente, su "Grupo de Trabajo sobre Términos de Mercado" (Trade Terms Working Party) bajo la presidencia del Dr. Hans de Vries (Países Bajos), revisó los incoterms 1980⁵⁰.

La revisión pretendió, en primer lugar, acompañar los incoterms a las exigencias del intercambio electrónico del procesamiento de datos (Electronic Data Interchange). En segundo lugar, la revisión pretendió atender a los cambios en las modalidades más frecuentes de transporte, particularmente la unificación de cargas en "containers", al transporte multi-modal y al tráfico "rol on-roll off", valiéndose del transporte carretero y del ferroviario⁵¹.

Para ello, ciertos términos fueron consolidados y reorganizados. La sigla FCA "Free Carrier" o "Transportador Libre" fue adaptada para atender a todas las modalidades de transporte e incluso a sus distintas combinaciones. Consecuentemente, los términos que en la versión anterior de los incoterms se identificaban con algunas modalidades específicas de transporte como "FOR/FOT" y "FOB Airport", fueron suprimidos⁵².

Además, en cada uno de los incoterms las respectivas obligaciones de las partes fueron agrupadas bajo diez títulos. Cada título, contiene dos columnas. En la primera figuran las obligaciones del vendedor. En la segunda, lado a lado, si correspondiere, fueron las obligaciones del comprador. En caso de que para alguno de los títulos no corresponda ninguna obligación con respecto al vendedor o el comprador, en la columna apropiada se encuentra la expresión "No obligation"⁵³.

B – Clasificación

Los Incoterms admiten dos formas de ser clasificados, según se atiende a las obligaciones que comprador y vendedor contraen con cada incoterm o según la modalidad de transporte a que les sean aplicables. Ambas formas de clasi-

ficación se han visto alteradas significativamente por los Interms 90.

1. Según las Obligaciones Asumidas

En función de las obligaciones que asume el vendedor y el comprador, los incoterms 90 han sido agrupados en cuatro categorías, identificadas por la inicial que se repite en las siglas de cada grupo.

a) Grupo E

La primera categoría, está constituida por un único incoterm: EXW (Ex Works). Este incoterm representa la modalidad contractual que impone menos obligaciones al vendedor. Las obligaciones del vendedor se limitan a colocar las mercaderías en su propio establecimiento (fábrica, almacén, usina, plantación, etc.) a disposición del comprador. Particularmente, el vendedor no es responsable por el cargamento de las mercaderías a bordo del vehículo propuesto por el comprador, ni por la liberación de las mercaderías para su exportación, a menos que haya acuerdo en contrario. Como contrapartida el comprador asume todos los costos y riesgos que involucra retirar las mercaderías de las instalaciones del vendedor y conducir las a destino⁵⁴.

b) Grupo F

La segunda categoría, denominada grupo "F", está constituida por tres incoterms: FCA (Free Carrier o Transportador Libre), FAS (Free Alongside Ship o Libre en el Costado del Navío) y FOB (Free on Board o Libre a bordo). Estas tres tienen en común que la obligación de contratar el transporte principal está a cargo del comprador. Por la parte del vendedor las obligaciones acaban cuando entregan la mercadería a un transportador designado por el comprador (FCA); cuando la coloca al costado del navío, en el muelle o en barcasas (FAS); o cuando la coloca a bordo del navío (FOB)⁵⁵.

c) Grupo C

La tercer categoría, denominada grupo "C", está constituida por cuatro incoterms: CFR (Cost and Freight o Costo y Flete), CIF (Cost, Insu-

rance and Freight o Costo, Seguro y Flete), CPT (Carriage Paid to... o Transporte hasta...) y CIP (Carriage and Insurance Paid to... o Transporte y Seguro Pago hasta...). Estas cuatro incoterms tienen en común que el vendedor deberá contratar el transporte, aunque sin asumir los riesgos por la pérdida o el daño de la mercadería en su viaje hacia el país importador.

Debe resaltarse, a propósito, que los términos "C" son de la misma naturaleza que los términos "F", en cuanto que el vendedor cumple el contrato en el país de embarque o despacho. De ahí que los contratos de compra-venta celebrados al amparo de los términos "C" o "F" posean la característica de "contrato de partida" o "contrato de embarque"⁵⁶.

Los dos primeros incoterms — CFR y CIF — se distinguen por transferir el riesgo por la pérdida o el daño de la mercadería al embarcarla. La modalidad CIF supone, además, que el vendedor se hace cargo del seguro del comprador y paga el premio⁵⁷.

Los dos segundos incoterms — CPT y CIP — se distinguen por transferir el riesgo por la pérdida o el daño de la mercadería, recién al entregarla a la custodia del transportador. La modalidad CIP supone, además, que el vendedor contrata el seguro para el comprador y paga el premio⁵⁸.

d) Grupo D

La cuarta categoría, denominada grupo "D", está constituida por cinco incoterms: DAF (Delivered At Frontier o Entregado en la Frontera), DES (Delivered Ex Ship o Entregado a Partir del Navío), DEQ (Delivered Ex Quay o Entregado a Partir del Muelle), DDU (Delivered Duty Unpaid o Entregado Derechos no Pagados) y DDP (Delivered Duty Paid o Entregado Derechos Pagados). Estos cinco incoterms tienen en común que el vendedor asume todos los costos y los riesgos que implique llevar la mercadería hasta el lugar pactado en el país importador. De ahí que se les llame "contratos de llegada"⁵⁹.

Las tres primeras incoterms — DAF, DES y DEQ — se caracterizan por acabar las obligaciones del vendedor antes de llegar a la aduana del comprador. En la modalidad DES, basta que el vendedor coloque la mercadería a disposición

del comprador a bordo del navío. En la modalidad DAF, basta para el vendedor entregar la mercadería en el lugar de la frontera designado por el comprador. En la modalidad DEQ, el vendedor debe desembarcar la mercadería⁶⁰.

Las dos últimas incoterms — DDU y DDP — se caracterizan por extender las obligaciones del vendedor hasta el lugar designado por el comprador en el país de importación.

En la modalidad DDU, al vendedor le corresponde cumplir con las formalidades aduaneras, pero previamente liberada la importación por el comprador y, en su caso, éste corre con los riesgos y gastos adicionales. Esta modalidad fue incorporada por la versión 1990 de los Incoterms. El término desempeña una importante función cuando la liberación para la importación no presenta problemas (como sucede dentro del Mercado Común Europeo)⁶¹.

La modalidad DDP es la más gravosa para el vendedor. Implica que éste asuma inclusive la obligación de liberar la mercadería para su importación⁶².

2. Según la Modalidad de Transporte Que Le Sea Afín

En función de la modalidad de transporte para el que cada incoterm es apropiado, la versión 1990 de los Incoterms propició una reclasificación en dos categorías: la de aquellos que sólo son apropiados para el transporte marítimo y de cabotaje y la de aquellos que son afines a cualquier modalidad de transporte, inclusive el "multi-modal".

Sirven exclusivamente al transporte marítimo y de cabotaje seis incoterms: FAS, FOB, CFR, CIF, DES y DEQ. Sirven a todos los medios de transporte, inclusive el multi-modal siete incoterms 1990: EXW, FCA, CPT, CIP, DAF, DDU y DDP⁶³.

Debe aclararse que, esta referencia a la modalidad de transporte a los efectos de clasificar los incoterms, tiene por finalidad facilitar su visualización. Corresponde evitar la confusión entre el contrato de compra-venta y el de transporte, así como la que podría producirse con el contrato de seguro o con los acuerdos de financiamiento. Los incoterms establecen obligaciones apenas respecto al comprador y al vende-

dor: no tienen ninguna eficacia respecto de los contratos ligados directa o indirectamente a la compra-venta ni a las demás partes⁶⁴.

Sucede que los contratos internacionales, como casi todos los contratos modernos, no se celebran aisladamente. Forman parte de un grupo de contratos interpenetrados o de un contrato complejo que abarca diversos objetos en un único instrumento. Especialmente el contrato de compra-venta y el de transporte son como hermanos siameses en el comercio exterior⁶⁵.

Contribuye, asimismo, a la confusión, el hecho de que términos similares sean empleados en la redacción de los contratos de transporte internacional⁶⁶.

C — Precisiones

Para finalizar esta exposición sintética acerca de los Incoterms, es mi intención realizar todavía dos precisiones. La primera de ellas referida a las constancias básicas que deben acompañar un incoterm. La segunda precisión se refiere a la coexistencia de una terminología paralela a la de los incoterms en el comercio exterior.

1. Constancias que Debem Acompañar los Incoterms

El uso de los incoterms permite a los comerciantes — una vez acordado sobre el objeto del contrato, el precio y la fecha de entrega — expresar un contrato de gran extensión y contenido detallado, en pocas palabras, por ejemplo: "600 sacos de soja, FOB Santos Incoterms 1990, 30 de setiembre, U\$A 1.200"⁶⁷.

Como contrapartida de la brevedad en la expresión del contrato, se impone un especial cuidado en ciertas constancias que deben o pueden acompañar a los incoterms, para evitar futuros desentendidos.

En primer lugar, debe hacerse expresa mención a los Incoterms 1990 para evitar que interfieran los usos locales en la interpretación de la sigla empleada. Por ejemplo, son distintos los usos y costumbres de Santos y Hamburgo en lo que se refiere a la cláusula FOB⁶⁸.

En su caso, es preciso hacer referencia a la costumbre local de un determinado mercado o a las prácticas que las partes puedan haber es-

tablecido en sus acuerdos anteriores, conforme lo dispuesto por el art. 9º de la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercadería⁶⁹.

En tercer lugar, las partes que pretendan recurrir al arbitraje de la CCI, deberán estipularlo claramente en el contrato. En el caso de que el contrato no se instrumente, el acuerdo en cuanto al arbitraje deberá surgir del intercambio de correspondencia. La CCI recomienda el empleo de la siguiente cláusula en inglés: "All disputes arising in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules"⁷⁰.

En cuarto lugar, en general, todo acrecimiento o disminución de las obligaciones del vendedor o del comprador, respecto de lo incluido en los incoterms, debe ser estipulado expresamente.

2. Terminología Paralela

Si bien los incoterms son los términos comerciales más utilizados en América Latina, se debe tener presente cuando se opera con otros continentes, que hay otros términos comerciales que el asesor legal debe conocer, si el pedido de compra viene de esos países, entre ellos recordaré los siguientes: las "Reglas de Varsovia y de Oxford" — elaborada por la Asociación de Derecho Internacional en 1932 —, las "Condiciones Generales del Consejo de Ayuda Económica Mutua" — actualizadas en 1976 para la regulación de la compraventa internacional entre los países socialistas — los "Combiterms 1969" y las "Definiciones Corregidas del Comercio Exterior" — Revised Foreign Trade Definitions⁷¹.

Las "American Foreign Trade Definitions", fueron publicadas en 1919, con idéntico propósito que los Incoterms⁷².

Posteriormente, en el año 1940 se celebra en los Estados Unidos el XXVII Congreso Nacional de Comercio Exterior. De este Congreso provienen las "Revised Foreign Trade Definitions" o "Definiciones Corregidas del Comercio Exterior" de 1941, que todavía se observan en los Estados Unidos⁷³.

Esta coexistencia determina que el comercio exterior con Europa y Japón se rija por los Incoterms, en tanto que con los Estados Unidos se suelen usar las "Revised Foreign Trade Definitions 1941"⁷⁴.

Debe advertirse que aun cuando las Definiciones Corregidas usan con frecuencia las mismas siglas, el significado de las mismas presenta alguna diferencia con respecto a los incoterms, siendo, entonces, un factor de confusiones bastante común para el exportador latinoamericano. La sigla que lleva a un mayor número de confusiones es FOB⁷⁵.

CONCLUSIONES

Habiendo expuesto sumariamente en qué consisten los contratos padrón y los incoterms, es la hora de efectuar algunas reflexiones finales.

Como es notorio, nuestros países — me refiero a los que integran el Mercosur — se han encontrado sistemáticamente marginalizados de los procesos de discusión y de elaboración de los contratos padrón y de los incoterms.

Unos y otros nos son impuestos por las multinacionales y los países desarrollados como condición "sine qua non" para actuar en el mercado internacional.

Los contratos padrón funcionan, generalmente, como verdaderos contratos de adhesión en donde una de las partes se somete a los términos previamente estipulados por la otra. Por su parte, las llamadas "condiciones generales de venta", no son más que documentos impresos en los que una de las partes coloca su nombre, sus "generales de la ley" y luego firma en señal de aceptación y de conformidad⁷⁶.

La nueva versión de los incoterms fue armada entre representantes de diez países del primer mundo: Países Bajos, Suecia, Reino Unido, Alemania, Italia, Finlandia, Austria, Japón y España. Nosotros simplemente acusamos recibo.

Este problema ya fue planteado en un Seminario sobre los aspectos legales de la ALALC, que tuvo lugar en Montevideo en 1963. entonces se manifestó la necesidad de que en el ámbito latinoamericano nos ocupáramos del tema de la compraventa internacional, su documen-

tación y la unificación de la terminología empleada. Fue enfatizado que deberíamos aprovechar la experiencia realizada por los países europeos en su mercado común, así como los factores que favorecerían la armonización de las prácticas comerciales en Latinoamérica: la prevalencia de sólo dos idiomas — el español y el portugués —, pro lo demás muy similares; un estadio similar de desenvolvimiento económico; y, en general, la inexistencia de diferencias básicas de naturaleza hostórica o política⁷⁷.

¿Cuál será la actitud que debemos adoptar en el futuro, en tanto logramos constituir un mercado común regional?

No siendo aconsejable — por el momento al menos — abandonar un método tan dinámico y práctico, como los contratos padronizados o los términos comerciales, en principio se me ocurre las siguientes alternativas.

Puede pensarse en la elaboración de contratos padrón que se ajusten a las conveniencias de los países de nuestra región, al menos para las operaciones comerciales intrarregionales. Así lo hicieron los países europeos a través de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa o de asociaciones profesionales como la ORGALIME.

Puede pensarse también en adoptar una posición de bloque, como la de los Estados Unidos al elaborar un reglamento particular, al que deberán ajustarse los que con ellos quieran comerciar: Revised Foreign Trade Definitions 1941.

Sin embargo, no parece ser éste el ánimo con que nuestros países pretenden constituirse en un mercado común, ni tampoco se ajusta esta alternativa a nuestra posición real en el comercio exterior. El Mercosur no ha sido pensado para aislarnos del resto del mundo para integrarnos a él en condiciones más ventajosas o, por lo menos, más equitativas.

El Tratado de Asunción nos indica dos criterios que, si a primera vista pueden parecer como contradictorias, deben ser interpretadas en forma complementaria. En el artículo 1º establece que el Mercado Común implica "la adopción de una política comercial común en relación con terceros Estados o grupos de Estados y la coordinación de posiciones en foros económicos-comerciales regionales e internacionales". A la vez, en sus considerandos el Tratado expresa que

ha de tenerse en cuenta "la importancia de lograr una adecuada inserción internacional" para nuestros países.

La interpretación armónica del Tratado, en mi concepto, parece señalar que la alternativa correcta sea la de encausar una actuación en forma conjunta — en tanto bloque de países que poseen un proyecto de desenvolvimiento común — para la participación en la discusión y elaboración de las nuevas formas de contratación internacional que vayan surgiendo, así como para la modificación de los contratos padrón o términos comerciales que acostumbra sernos impuestos unilateralmente. Si, como algunos afirman, realmente existe una nueva fuente de DIP en la "lex mercatoria", es el deber de nuestros países y de nuestras asociaciones de profesionales de comercio, participar activamente en su conformación.

Esto sin desdeñar la formación espontánea o dirigida de costumbres y usos de nuestro comercio regional, que deberán cristalizarse en instrumentos que den la dinámica que requerirá nuestro futuro mercado común del sur.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 Cf. Carlos Arellano García apud Luiz Olavo Baptista, *Contratos internacionais*, *Revista Forense*, v. 270, p. 87, 1980.
- 2 Ver Quintín Alfonsín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, p. 11-14.
- 3 Parafraseando al Profesor Clóvis Verissimo do Couto e Silva, la expresión "proceso de contratación" — o "contratación como proceso" —, tiene por finalidad resaltar los aspectos dinámicos que el concepto de deber revela, examinándose la relación contractual como algo que se encadena y se desdobra en dirección al cumplimiento, a la satisfacción de los intereses del acreedor (*A Obrigação Como Processo*, p. 5).
- 4 Caso absolutamente nacional cf. Werner Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado — Derecho de la Tolerancia*, p. 9.
- 5 Ver Luiz Olavo Baptista, *op. cit.*, p. 87.
- 6 Caso relativamente internacional cf. Werner Goldschmidt, *op. cit.*, p. 9.
- 7 Cf. L. Olavo Baptista, *op. cit.*, p. 87 y 88.
- 8 Cf. Maria Luiza Machado, *Os incoterms*, in: *Contratos internacionais*, coordinado por J. Grandino Rodas, p. 143.
- 9 En el contrato "turno-key el vendedor se obliga por un lado a abastecer de máquinas y equipamientos y por otro lado a prestar servicios, como, por ejemplo, montaje, tests, regulación de los equipos y has-

ta el entrenamiento del personal del comprador. En el contrato "produit en main" el vendedor se obliga — además de formar y entrenar al personal del comprador — a garantizar el desempeño y la producción de la unidad industrial a un nivel prefijado por las partes. Cf. Eugenia Christina de Jesus Zerbini, *A Convenção de Viena de 1980 y a venda internacional de mercaderías*, in *Contratos Internacionais*, coordinado por Joao Grandino Rodas, p. 78 y 79.

- 10 "Il existe aujourd'hui plusieurs corps de règles pour régir les contrats internationaux — plusieurs méthodes. La règle de conflit est la plus traditionnelle — elle est, surtout, pour l'appeler du nom que lui a donné M. Batiffol, la loi d'autonomie". (Philippe Malaurie, *Lois de police et méthodes de conflicts de lois en matière de commerce extérieur*, *Revue Internationale de Droit Comparé*, año 1986, v. 8, p. 543).
- 11 Ver Joao Grandino Rodas, *Elementos da conexão do DIP brasileiro relativamente às obrigações contratuais*, in: *Contratos Internacionais*, coordinado por Joao Grandino Rodas, p. 1.
- 12 Cf. L. Olavo Baptista, *op. cit.*, p. 97.
- 13 Todo ello sin contar otros problemas comunes a las "normas de conflicto", como cuando la jurisdicción indicada diverge de la legislación aplicable, debiendo el Juez resolver atendiendo a un Derecho que le es extraño; o cuando se impone un reenvío que puede acabar en lo que se denomina una "raquette" internacional, en que ningún Derecho asume, en definitiva, competencia para regular el caso internacional. Ver Quintín Alfonsín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, p. 440 y siguientes.
- 14 La unificación supone la existencia de diferentes sistemas jurídicos poseyendo un mismo Derecho o, si se quiere, diferentes Derechos con un contenido sustancial idéntico o muy semejante. La armonización, por su parte, aspira simplemente a la unificación de los principios sobre los que se asienta el régimen jurídico de los contratos, sin pretender la existencia de normas uniformes. Cf. Manuel A. Vieira, *Aproximación de las legislaciones: aspectos doctrinarios*, in: *Doctrina General — Cuadernos de Derecho Internacional Privado*, n.º 2, p. 124 y siguientes.
- 15 Ver Antonio Boggiano, *Derecho Internacional Privado*, tomo I, p. 96 y siguientes.
- 16 Cf. L. Olavo Baptista, *op. cit.*, p. 97.
- 17 Entraron en vigor en 1972 y llegaron a regir entre siete países: Bélgica, Holanda San Marino, Italia, República Federal de Alemania, Reino Unido (con una reserva que transforma a las leyes en simples modelos de contratos) e Israel (sólo la LUVI). Cf. Eugenia Christina de Jesus Zerbini, *A Convenção de Viena de 1980 sobre a Venda Internacional de Mercaderías*, in *Contratos Internacionais* coordinado por Joao Grandino Rodas, p. 77.
- 18 Cf. Eugenia Christina de Jesus Zerbini, *op. cit.*, p. 78.
- 19 *Idem ibidem*.
- 20 Maria Luiza Machado, *op. cit.*, p. 144.
- 21 Cf. L. Olavo Baptista, *op. cit.*, p. 98.

- 22 Este ejemplo está tomado del contrato padrón No. 188 elaborado por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, para la venta de equipos industriales y maquinarias por exportación. Cf. L. Olavo Baptista, *op. cit.*, p. 98.
- 23 Cf. Jorge Barrera Graf, *Legal trend of international sales in Latin America*, in: John Honnold, *Unification of the Law Governing International Sales of Goods*, p. 237.
- 24 Cf. L. Olavo Baptista, *op. cit.*, p. 98 y Suzan Lee Zaragoza de Rovira, *Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos*, *Contratos Internacionais*, p. 61.
- 25 Cf. Dominique Carreau, Thiébaud Flory & Patrick Juillard, *Droit International Economique*, § 500.
- 26 Cf. Pando borba Casella, *Negociação e formação de contrato internacional*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 84/85, p. 134.
- 27 *Idem ibidem*.
- 28 Cf. Olavo Baptista, *op. cit.*, p. 97.
- 29 *Idem ibidem*.
- 30 Cf. Paulo Borba Casella, *op. cit.*, p. 135.
- 31 Cf. Olavo Baptista, *op. cit.*, p. 98.
- 32 Cf. Suzan Lee Zaragoza de Rovira, *op. cit.*, p. 53.
- 33 *Idem ibidem*, p. 54-57.
- 34 "Indépendamment de les sources nationales et de les sources internationales, il existerait des sources que ne se rattacheraient ni aux ordres juridiques nationaux, ni à l'ordre juridique international et que, pour cette raison, faute d'une meilleure dénomination, on désigne génériquement sous l'appellation de source de tiers ordre. Les sources naitraient de l'effort concerté des opérateurs — et, plus précisément, des sociétés multinationales ou transnationales". (Dominique Carreau, Thiébaud Flory, & Patrick Juillard, *Droit International Economique*, § 21).
- 35 Apud Suzan Lee Zaragoza de Rovira, *op. cit.*, p. 57.
- 36 Apud Suzan Lee Zaragoza de Rovira, *op. cit.*, p. 58.
- 37 Cf. Olavo Baptista, *op. cit.*, p. 98.
- 38 Cf. Maria Luiza Machado, *op. cit.*, p. 146.
- 39 Cf. Anibal Sierralta Ríos, *Contrato de Comercio Internacional*, p. 108.
- 40 *Ibid.*, p. 104.
- 41 Cf. *Informação Semanal Cacex, A venda em bons termos*, n.º 1016, p. 2.
- 42 Cf. Olavo Baptista, *op. cit.*, p. 98 y Suzan Lee Zaragoza de Rovira, *op. cit.*, p. 62.
- 43 *Idem ibidem*.
- 44 *Idem ibidem*.
- 45 *Idem ibidem*.
- 46 Apud Maria Luiza Machado, *op. cit.*, p. 145.
- 47 Cf. M. Luiza Machado, *op. cit.*, p. 146.
- 48 *Idem ibidem*.
- 49 Cf. *Publicación N° 460 de Iña CCI, Incoterms 1990*, p. 15.
- 50 Detalles de los proyectos fueron confiados al Prof. Jam Ramberg (Suecia), al Sr. Ray Battersky (Reino Unido), Sr. Jeus Bredoro y Sr. Bodo Saffert (Alemania), Sr. Mauro Ferrante (Italia), Sr. Asko Rätty y Sr. Kairm Mikkola (Finlandia) y a la Sra. Carol Xueref

(IHO). Los otros participantes del Grupo de Trabajo son los siguientes: Sr. Ladislaus Blascheck (Austria), Sra. Carine Gelens, Sr. Jan Timo Vierikko (Finlandia), Sr. Klaus B. Winkler (Alemania), Dr. Vladimiro Sabbadini (Italia), Prof. Ryohei Asaoka (Japón), Sr. Santiago Hernández Izal (España), Srta. Lyn Murray, Srta. Brigitte Faubert y Sr. Pat J. Moore (Reino Unido).

Cf. Câmara de Comercio Internacional, *Incoterms 1990, Publicación No. 460 da CCI*.

- 51 *Ibidem*, p. 14-16.
- 52 *Ibidem*, p. 16.
- 53 *Ibidem*, p. 17.
- 54 Cf. *Publicación No. 460 da CCI, Incoterms 1990*, p. 36-43.
- 55 *Ibidem*, p. 44-71.
- 56 *Ibidem*, p. 23.
- 57 *Ibidem*, p. 72-87.
- 58 *Ibidem*, p. 88-103.
- 59 *Ibidem*, p. 17.
- 60 *Ibidem*, p. 104-127.
- 61 *Ibidem*, p. 28.
- 62 *Ibidem*, p. 128-143.
- 63 *Ibidem*, p. 31 y 32.
- 64 Cf. Cacex, *Información Semanal. A venda em bons termos*, p. 3.
- 65 Cf. Baptista, *op. cit.*, p. 100.
- 66 Cf. *Publicación N° 460 da CCI, Incoterm 1990*, p. 26.
- 67 Cf. Baptista, *op. cit.*, p. 98.
- 68 *Ibidem*, p. 98 y 99.
- 69 Cf. *Publicación No 460 da CCI, Incoterms 1990*, p. 18.
- 70 Todas las disputas que surjan en conexión con el presente contrato deberán ser finalmente decididas por las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o más árbitros escogidos de acuerdo con las mencionadas reglas. *Ibidem*, p. 163.
- 71 Cf. Anibal Sierralta Ríos, *Contratos de Comercio Internacional*, p. 114 y siguientes.
- 72 Cf. Baptista, *op. cit.*, p. 99.
- 73 Cf. Suzan Lee Zaragoza de Rovira, *op. cit.*, p. 62 y Maria Luiza Machado, *op. cit.*, p. 144 y 145.
- 74 Cf. Maria Luiza Machado, *op. cit.*, p. 187.
- 75 Ver A. Sierralta Ríos, *op. cit.*, p. 116 y 117.
- 76 Cf. A. Sierralta Ríos, *op. cit.*, p. 126.
- 77 Cf. Jorge Barrera Graf, *op. cit.*, p. 239.

BIBLIOGRAFIA

- ALFONSÍN Q. *Teoría del Derecho Privado Internacional*. In: *Curso de Derecho Privado Internacional con Especial Referencia al Derecho Uruguayo y a los Tratados de Montevideo de 1889*. Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1953, 690p.
- BANCO DO BRASIL, *Carteira de comércio exterior (CACEX)*. *Informação Semanal CACEX*. año 21, n° 1016, 29 de diciembre de 1986. Rio de Janeiro. p. 2-7.

- BAPTISTA L.O. *Contratos internacionais*. Revista Forense, año 76, vol. 270, fascículos 922, 923 y 924, abril-mayo-junio de 1980, p. 87-100.
- BOGGIANO A. *Derecho Internacional Privado*. Tomo I. Buenos Aires, Depalma, 1983, 2.ed. 692p.
- CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. *Incoterms 1990*. Publicación nº 460 de la Cámara de Comércio Internacional. São Paulo, Aduanerias, 1991. Traducción: Roberto de Oliveira Murta. Publicación autorizada por la ICC Publishing S.A.
- CARREAU D., FLORY T., JUILLARD P. *Droit International Economique*. 3a ed. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990, 725p.
- GOLDSCHMIDT W. *Derecho Internacional Privado — Derecho de la tolerancia*. Buenos Aires, Depalma, 1985, 5a ed. 760p.
- GRAF J.B. *Legal trend of international sales in Latin America*. In: John Honnold, *Unification of the Law of Governing International Sales of Goods*.
- MACHADO M.L. *Os incoterms*. In: *Contratos Internacionais*. Coordenador João Grandino Rodas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 143-188.
- MALAUÉ P. *Lois de Police et méthodes de conflits de lois en matière de commerce extérieur*. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Nº especial, vol. 8, p. 541-550.
- Journées de la société de législation comparée. Año 1986. 10es Journées franco-latino-americanas (Bogotá, 30 de noviembre — 3 de diciembre).
- RODAS J.G. *Elementos de conexão do Direito Internacional Privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais*. In: *Contratos internacionais*, coordenador J. Grandino Rodas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 1-36.
- ROVIRA S.L.Z. de. *Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos*. In: *Contratos Internacionais*, coordenador J. Grandino Rodas. p. 37-75.
- SIERRALTA RÍOS A. *Contratos de comercio internacional*. Prólogo de Carlos Rodriguez Pastor. Lima, fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990. XVIII, 224p.
- SILVA C.V. do C. e. *A obrigação como processo*. São Paulo, José Bushtsky, 1976, 226p.
- VIEIRA, M.A. *Aproximación de las legislaciones, aspectos doctrinarios*. In: *Doctrina general — Cuadernos de Derecho Internacional Privado*. Nº 2. p. 121-157. Montevideo, fondo de cultura Universitaria, 1982.
- ZERBINI, E.C. de J. *A Convenção de Viena de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias*. In: *Contratos internacionais*. p. 76-93.

Breves Considerações Sobre a Substituição Tributária. A Tributação na Fonte*

CARLOS KLEIN ZANINI

Graduado em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da UFRGS.

Mestrando em Direito Comercial

pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado — S.P.

Professor de Direito Comercial na UNISINOS.

Professor da Faculdade de Direito da PUC/RS.

Advogado em Porto Alegre, RS

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema da substituição tributária, enfocando, especificamente, a técnica da tributação na fonte. Importante ressaltar, desde já, a complexidade da matéria, que se reflete na diversidade de opiniões existentes em doutrina, e que, sem dúvida alguma, torna árdua a tarefa daqueles que se propõem a versá-la.

Dessarte, cientes da polêmica reinante entre os autores, partiremos da análise das diversas teorias existentes, para esboçar, ao fim de cada item, nossa posição pessoal.

A importância do tema é incontestável. Como veremos ao longo da exposição o emprego da tributação na fonte tem se propagado com incrível rapidez, sendo, portanto, interessante e necessária a reflexão sobre as dificuldades que podem advir de sua utilização.

O presente estudo vai, pois, seccionado em dois pontos. No primeiro deles — de caráter introdutório — examinaremos a classificação dos sujeitos passivos, o enquadramento do substituto na obrigação tributária, além do seu conceito e dos traços que o distinguem do contribuinte.

A seguir, passaremos à análise da tributação na fonte, expondo suas vantagens e desvantagens, sua conexão estreita com o princípio da legalidade e sua natureza jurídica. Assentadas tais noções preliminares, adentraremos no exame do direito de regresso, procurando responder a duas interessantes indagações que têm lugar quando do recolhimento pelo substituto de tributo indevido.

Por último, discorreremos sobre a responsabilidade do substituído quando do não recolhimento do tributo pelo substituto, apontando qual a solução que deve ser aplicada a tal situação.

2. OS SUJEITOS PASSIVOS TRIBUTÁRIOS

2.1. A Classificação dos Sujeitos Passivos

Para que possamos avançar no propósito deste trabalho, faz-se necessário, *ab initio*, examinar, brevemente, as diversas posições doutrinárias existentes a respeito da sujeição passiva tributária. Muitos são os autores que versaram o tema¹, porém, a copiosa bibliografia disponível, ao invés de estancar dúvidas, as suscita, porquanto reine entre os doutrinadores séria divergência de opiniões.

Dentre tais questões deve ser enfrentada de início a referente à classificação dos sujeitos passivos. Para tanto, utilizaremos a sistematização elaborada por Héctor Villegas em seu

*Trabalho desenvolvido no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da U.S.P., disciplina de Impostos Federais, ministrada pelos Professores Doutores Alcides Jorge Costa e Gerd Willi Rothmann.

Curso de Direito Tributário.² O jurista argentino agrupa as diferentes teses em quatro correntes principais³, que analisaremos separadamente: 1) primeira corrente — divide os sujeitos passivos em contribuintes (sujeitos por dívida própria) e responsáveis (sujeitos por dívida alheia); 2) segunda corrente — somente considera sujeito passivo o contribuinte ou devedor, negando caráter de sujeito passivo aos demais; 3) terceira corrente — seriam sujeitos passivos somente o contribuinte e o substituto, excluindo-se o responsável; 4) quarta corrente — sujeito passivo é quem concretamente paga o tributo ao fisco.

2.1.1. Primeira Corrente. Classificação de Rubens Gomes de Sousa

A primeira corrente referida por Villegas — daqueles que consideram como sujeitos passivos tanto os contribuintes quanto os responsáveis — tem seu maior corifeu, dentre os autores pátrios⁴, em Rubens Gomes de Sousa, que classifica as pessoas compelidas a cumprir a prestação objeto da obrigação tributária em sujeitos passivos diretos e indiretos, consoante estejam ou não “em relação econômica com o ato, fato ou negócio que dá origem à tributação”⁵. Na hipótese de sujeição passiva indireta, o autor a subdivide em transferência e substituição: transferência quando a obrigação tributária nasce contra determinada pessoa e, posteriormente, é transferida à outrem (sujeito passivo indireto); substituição quando a obrigação tributária surge já contra pessoa diversa (sujeito passivo indireto) daquela vinculada economicamente ao ato, fato ou negócio tributado⁶.

2.1.1.1. A Terminologia Adotada Pelo C.T.N.

O artigo 121 do Código Tributário Nacional, por sua vez, englobou todas as hipóteses de sujeição passiva indireta sob a figura do *responsável*. Tal o que se entende da leitura desse dispositivo assim vazado: “art. 121 — Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo Único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I — contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situa-

ção que constitua o respectivo fato gerador; II — responsável quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”. O Código filia-se, portanto, como não poderia deixar de ser, à corrente defendida por Rubens Gomes de Sousa, que considera o substituto como sujeito passivo integrante da obrigação tributária.

2.1.2. Segunda Corrente Doutrinária. Negadora do Substituto Como Sujeito Passivo. A Posição de Giannini

Existem, contudo, outros autores que negam o caráter de sujeito passivo da obrigação tributária ao substituto. Para os defensores desta corrente somente seriam considerados como sujeitos passivos os contribuintes ou devedores. Essa a posição que ressaí da leitura atenta de trecho da obra de A.D. Giannini, que ao abordar a substituição e responsabilidade tributárias, assim manifesta-se, respectivamente, sobre o tema: “La legge tributaria, nell'estendere le obbligazioni d'imposta a persone diverse dal soggetto passivo, può fare ancora un passo innanzi, sostituendo completamente al soggetto medesimo, nei rapporti con l'amministrazione finanziaria...”.⁷ e “Oltre al soggetto passivo dell'imposta, la legge tributaria molte volte dichiara obbligata al pagamento del tributo,...., una diversa persona che può denominarsi responsabile d'imposta”.⁸

2.1.3. Terceira Posição

Os partidários dessa terceira corrente sustentam que apenas o contribuinte e o substituto figurariam no pólo passivo da obrigação tributária. Dentre eles, Villegas destaca Blanco Ramos, Cardoso da Costa e Pérez de Ayala. Quanto a esse último, podemos observar em seu clássico *Curso de derecho tributario* as razões que o levaram a restringir o caráter de sujeito passivo ao contribuinte e substituto. Com efeito, sustenta Pérez de Ayala que “es sujeto passivo de la obligación tributaria material aquel que resulta obligado al pago de la deuda tributaria”.⁹ Evidentemente, o autor refere-se aqui aos obrigados diretos — ou seja, àqueles para os quais nasce a obrigação de recolher o tributo. É o que

se depreende da seguinte frase: “Como ya hemos apuntado, se puede ser sujeto pasivo de las prestaciones tributarias (tanto materiales como formales), ya en concepto de contribuyente, ya de sustituto del contribuyente”¹⁰.

2.1.4. Quarta e Última Posição

Para os autores classificados nesta corrente somente podem ser considerados como sujeitos passivos aqueles que pagam, concretamente, o tributo ao fisco. Assim, todas as demais pessoas obrigadas a ressarcir não seriam consideradas como sujeitos passivos. Trata-se da corrente na qual podem ser enquadrados A. Berliri e Cléber Giardino, segundo a classificação de H. Villegas.

2.1.5. Posicionamento Pessoal

Se levarmos em consideração as peculiaridades apresentadas pela obrigação tributária veremos que é extremamente difícil negar o *status* de sujeito passivo tributário ao substituto legal. É que a obrigação tributária exsurge única e exclusivamente da lei, no exato instante em que se verifica sua incidência. Desta forma, a norma jurídica que atribui a uma terceira pessoa — não vinculada diretamente ao fato gerador — o dever de recolher tributo, encerra, inevitavelmente, uma previsão legal que quando realizada em concreto determina o nascimento da obrigação imposta ao substituto de recolher o imposto. Parece-nos, pois, assistir plena razão àqueles autores agrupados sob a primeira corrente. De fato, o substituto tributário situa-se no pólo passivo da relação jurídica tributária, estando sujeito aos efeitos da prescrição legal tão logo verificada a ocorrência do pressuposto de fato.

2.2. O Conceito de Substituto Tributário. Elementos Distintivos

Partindo-se da premissa de que o substituto integra, efetivamente, o pólo passivo da obrigação tributária¹¹, cabe-nos agora conceituá-lo, para depois assinalar seus elementos distintivos, o que faremos à luz das mais abalizadas lições encontradas em doutrina.

Alfredo A. Becker, por exemplo, assinala o momento em que se verifica a substituição: “Existe substituto legal tributário, toda a vez em que o legislador escolher para sujeito passivo da relação jurídica tributária um outro qualquer indivíduo, em substituição daquele determinado indivíduo de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato-signo presuntivo”¹². Das palavras de Becker depreende-se que para o autor o elemento que distingue o substituto reside na eleição de pessoa diversa daquela vinculada, diretamente, ao fato-signo presuntivo.

Já Rubens Gomes de Sousa, ao definir o substituto tributário, faz repousar seu caráter distintivo na ausência de relação econômica com o ato, fato ou negócio que dá origem à tributação, ou seja, na substituição o tributo é cobrado de determinada pessoa que não tira vantagem econômica desse ato, fato ou negócio.¹³

Por sua vez, Alcides Jorge Costa em tese de doutoramento defendida perante a U. S. P., utiliza como elemento distintivo do substituto a ausência de relação direta deste com o fato gerador, ao contrário do que se passa com o contribuinte¹⁴.

Na doutrina alienígena merece ser destacada a posição de Dino Jarach a respeito da matéria. Com efeito, parte o jurista argentino da causa jurídica do imposto — que considera como sendo a existência da capacidade contributiva — para demonstrar que o substituto diferencia-se do contribuinte, justamente, em função dessa capacidade econômica. Em outros termos, o contribuinte estaria obrigado *por natureza, por título próprio*, ao pagamento do imposto, pois é em relação a ele que se verificaria a *causa impositivis*¹⁵.

Deixamos, por último, a análise de posição de Pérez de Ayala que, com maestria, procura traçar a distinção entre contribuinte e substituto tributário¹⁶. Para o autor os elementos distintivos residem nos seguintes pontos: 1) a obrigação do contribuinte nasce da lei, tal qual a do substituto, porém, no caso do contribuinte este há de ser titular do fato impositivo, o que não se verifica com o substituto; 2) a determinação legal do contribuinte pode ser efetuada de modo implícito, ao passo que a eleição do substituto depende, necessariamente, de lei que disponha expressamente a respeito; 3) o contribuinte deve

suportar a carga tributária, tal não ocorrendo com o substituto, que tem sempre o direito ao ressarcimento da quantia por ele paga¹⁷.

3. TRIBUTAÇÃO NA FONTE

A tributação da renda na fonte apresenta-se como clássico exemplo de substituição tributária¹⁸, no qual o recolhimento do imposto fica a cargo daquele que credita os rendimentos aos beneficiários.

De início, cumpre referir que a substituição tributária empregada na retenção na fonte do imposto de renda coaduna-se, inteiramente, com o direito tributário, não apresentando qualquer anormalidade¹⁹. Pelo contrário. Como veremos a seguir, a utilização da substituição tributária revela-se, muitas vezes, como a única maneira capaz de viabilizar, pragmaticamente, a tributação dos rendimentos auferidos, porquanto estejam esses de tal modo dispersos que a tributação na pessoa do titular resultaria absolutamente impraticável.

Há, por conseguinte, que se compreender a utilização da figura do substituto tributário pelo legislador dentro do contexto histórico em que nos encontramos inseridos²⁰. Sem dúvida, temos assistido a uma multiplicação constante das relações econômicas havidas entre os indivíduos, as quais estão a demandar do direito regulação compatível. Assim, o desenvolvimento das macroempresas, a celeridade do tráfico mercantil, a diversidade das modalidades contratuais, dentre outros fatores, não só justificariam como também exigiriam a utilização da substituição tributária, da qual é espécie a retenção na fonte.

Examinemos, portanto, quais as vantagens que a utilização da substituição tributária proporciona, justificando, dessarte, a larga aplicação que dela fazem a quase totalidade dos sistemas jurídicos contemporâneos.

3.1. Vantagens da Tributação na Fonte

A técnica da tributação dos rendimentos na fonte foi elaborada pelo direito tributário tendo por escopo, básica e fundamentalmente, assegurar o efetivo recolhimento dos tributos devidos ao Estado²¹. Apresenta, portanto, uma série de vantagens²² que não só justificam, mas

antes recomendam, veementemente, sua utilização.

3.1.1. Fatores Psicológicos da Retenção na Fonte

Dentre as primeiras vantagens apresentadas pela tributação na fonte podemos citar sua maior aceitabilidade no plano psicológico. Evidentemente, tal aspecto não contribui para assegurar a eficácia do recolhimento — fim último do instituto da substituição tributária — todavia, não deixa de ser interessante comentar, brevemente, o fenômeno.

Referem alguns autores, a nosso ver com razão, que a retenção do imposto na fonte produz menor grau de impacto sobre o contribuinte. De fato, a retenção do tributo na fonte pagadora faz com que o beneficiário habitue-se a ver seu rendimento diminuído pelo imposto, considerando-o, já quando do seu recebimento, em valor líquido. O montante devido a título de imposto não é, portanto, sequer computado pelo contribuinte. Este, por não ter de verter parcela de recursos disponíveis de seu patrimônio para o Estado, tende a aceitar de forma mais resignada a retenção do imposto devido na fonte²³.

Ainda procurando examinar os aspectos psicológicos atuantes na tributação na fonte, não poderíamos deixar de referir importante colocação de Pietro Bodda. Aduz o autor que por não ser o substituto aquele que suporta de fato o peso do imposto, esse não se empenharia na ocultação do fato gerador do tributo²⁴. Ademais, poder-se-ia acrescentar ainda que a responsabilização do substituto pelo recolhimento do imposto quando da ocorrência do fato gerador, independentemente de ter ele efetuado a retenção na fonte, faria — como em realidade o faz — com que a ocultação do fato gerador fosse reduzida a níveis mínimos.

3.1.2. Fatores Econômicos da Retenção na Fonte

Mas não é só no plano psicológico que se situam as vantagens que estão a justificar o emprego da tributação na fonte. Ao lado dessas encontram-se razões econômicas que, ao contrário das psicológicas, contribuem efetivamente para assegurar a arrecadação dos tributos

devidos. Dentre essas, talvez a mais importante resida na *concentração da sujeição passiva tributária*, assim denominada por Ernst Blumens-tein ao escrever: "Ancora egli (o legislador), mediante il prelievo dell'imposta alla sorgente può limitare il numero dei soggetti di imposta per una pluralità di casi (c.d. concentrazione del soggetto di imposta)".²⁵

Evidentemente, a concentração da sujeição passiva em poucas pessoas facilita, enormemente, o recolhimento dos impostos devidos ao Estado. Imaginemos, para que se demonstre a vantagem apresentada pela tributação na fonte nesse particular, a distribuição de dividendos de uma grande companhia a milhares de acionistas. Nessa situação, caso não fosse adotada a retenção na fonte da parcela devida por cada um dos acionistas a título de imposto de renda, tornar-se-ia difícil — senão impossível — recolher, individualmente, o tributo devido. E mais, existindo ações ao portador²⁶ — cujo titular, por ser o detentor, nem sempre se conhece (sua transferência opera-se pela mera tradição) — a tributação na fonte apresentar-se-ia não só vantajosa do ponto de vista econômico, mas sim como única forma de viabilizar a tributação dos rendimentos percebidos pelos acionistas.

No caso específico do imposto de renda a tributação na fonte representa, sem dúvida alguma, importantíssimo mecanismo à disposição da administração fazendária. Dentre os aspectos econômicos a destacar vale referir ainda, além da comodidade²⁷ que advém de sua utilização (concentração da sujeição passiva), a importância que a tributação na fonte representa para o equilíbrio das contas públicas. Essa deve-se às entradas periódicas e sucessivas de divisas para o Estado, que lhe permitem fazer frente às despesas à medida em que estas vão ocorrendo.

Mas há ainda outro importante aspecto econômico que motiva o emprego da tributação na fonte pelo direito tributário. Trata-se do fato de encontrar-se o substituto em contato direto com a prestação pecuniária que deverá ser vertida aos cofres públicos. Ou seja, tributa-se o fato ou situação jurídica objeto da obrigação tributária na primeira oportunidade em que isto se faz possível, isto é, antes que o imposto seja disperso, assegurando-se, assim, o seu recolhimento²⁸.

3.2. Críticas à Tributação na Fonte

Não obstante sejam evidentes as vantagens que a tributação na fonte apresenta, alguns autores têm formulado críticas ao emprego dessa modalidade de substituição tributária, as quais podem ser encontradas na introdução que faz o Prof. Furio Bosello à sua monografia sobre o tema da retenção na fonte²⁹. Assinala o autor que a primeira crítica oferecida à tributação na fonte residiria na alegada "ilusão financeira" imposta ao beneficiário dos rendimentos, eis que esse não se aperceberia do efetivo ônus do imposto.

Com efeito, tal crítica nos parece absolutamente infundada, porquanto aquele que suporta economicamente o pagamento do imposto tem o conhecimento do *quantum* retido para essa finalidade. Ademais, se contrapormos esta "crítica" às inúmeras vantagens que a retenção na fonte encerra, veremos, com maior clareza ainda, seu absoluto despropósito.

A segunda crítica relatada por Furio Bosello apresenta-se mais consistente. Haveria, em sua opinião, uma incompatibilidade entre a tributação na fonte e o respeito às condições pessoais do contribuinte. Assim, para os adeptos desta posição, a tributação na fonte não levaria em consideração a capacidade contributiva do beneficiário³⁰, posto que seriam os rendimentos tributados sem atendimento ao critério da progressividade.

No entanto, apesar de existir boa dose de razão nesses argumentos, pode-se afastar, facilmente, esse aparente "desrespeito" às condições pessoais do contribuinte. No que diz respeito à progressividade é perfeitamente possível aplicá-la na tributação na fonte, tal qual aliás é hoje feito no Brasil. Já no que concerne à observância das condições pessoais do titular dos rendimentos, basta que a legislação preveja uma maneira de realizar, em períodos de tempo determinados, um acerto das quantias recolhidas na fonte, estipulando, quando for o caso, a restituição do imposto recolhido. Desta forma, atender-se-iam as peculiaridades de cada contribuinte, não subsistindo razão para que se deixasse de aplicar a tributação na fonte.

A última crítica transcrita na obra de F. Bosello³¹ apresenta argumentos tão débeis quanto

aqueles constantes da primeira. Fundamenta-se na capacidade da administração de efetuar um rigoroso controle da percepção dos rendimentos das pessoas, sendo, pois, desnecessária a adoção da tributação na fonte. Quanto à essa crítica parece que a oposição mais certa não advém dos livros de doutrina, mas da observação do curso natural da história, que tem demonstrado a constante ampliação da tributação na fonte³² mesmos naqueles países que atingiram alto grau de mecanização, como refere Bosello.

3.3. Legalidade e Tributação na Fonte

3.3.1. Necessidade de Lei Expressa Estabelecendo a Substituição

Consoante já referimos ao examinar o conceito de substituto (ponto 2.2), a sujeição passiva tributária somente se estabelece por lei³³. Dessarte, na eleição do substituto faz-se imprescindível a existência de disposição legal expressa que a determine, ao contrário do que se passa na definição do contribuinte, que, muitas vezes, vem estabelecida implicitamente na lei, decorrente da realização do fato previsto na hipótese legal (v.g. a obrigação do proprietário de pagar o imposto sobre seu bem imóvel, muito embora a lei não precise definir quem seja proprietário).

Dino Jarach, a propósito, ao desenvolver esse tema, assinala que a atribuição do fato impositivo ao contribuinte pode ser feita com fundamento em critério exclusivamente econômico, ao passo que, nas demais hipóteses de sujeição passiva indireta, seria sempre necessária a existência de lei estabelecendo esta atribuição³⁴.

Aliás, nesse particular — exigência de lei expressa no estabelecimento da substituição — parece inexistir divergência doutrinária, tal qual refere Henry Tilbery ao longo de seu já citado artigo³⁵.

Em assim sendo, restaria por enfatizar, unicamente, que a substituição tributária não decorre da realização do fato previsto abstratamente na hipótese legal da norma impositiva, mas sim da incidência da norma tributária que determina a substituição tributária quando verificada em concreto dada situação. Tal exposição

pode ser encontrada com maior riqueza de detalhes na obra de Pérez de Ayala, intitulada *Las ficciones en el derecho tributario*, quando o autor examina a definição legal do sujeito passivo tributário³⁶.

3.3.2. Ineficácia da Substituição Estabelecida por Particulares Perante o Estado

Como já explanado anteriormente, a determinação da substituição tributária depende, necessariamente, de lei expressa disposta a respeito. Desta forma, fácil deduzir que a estipulação por particulares de pretensa "substituição tributária" — no caso do imposto de renda, de alguém obrigado à tributação na fonte — não produzirá qualquer efeito perante a administração.

Se partirmos da exata compreensão do nascimento da obrigação tributária — que opera-se sempre *ex vi legis* — perceberemos, com meridiana clareza, que os particulares não têm o condão de eleger os substitutos tributários. Assim, qualquer disposição contratual neste sentido apresentar-se-á absolutamente ineficaz perante a administração, e a ela inoponível. Este, aliás, o conteúdo do artigo 123 do C.T.N.³⁷

Todavia impende ressaltar tratar-se aqui de *ineficácia perante o fisco, e não de nulidade*. No plano privado terá surgido a obrigação daquele que se quis eleger "substituto" ao pagamento do imposto, embora, conforme visto acima, seja a mesma inoponível à administração. A obrigação, portanto, não obstante seja incapaz de produzir efeitos no plano da relação tributária, será válida e eficaz entre os particulares³⁸.

3.4. Natureza Jurídica da Substituição — Tributação na Fonte

A importância de se precisar a natureza jurídica da substituição tributária justifica-se pois permite identificar qual o regime jurídico que lhe é aplicável. Assim, analisaremos, nos limites que o trabalho impõe, quais as teorias formuladas pelos doutrinadores, expondo, concomitantemente, as críticas que lhes foram endereçadas.

3.4.1. Teoria da Execução Contra Terceiro

Os arautos desta teoria — dentre os quais destacam-se Pugliese, Blumenstein e Tesoro — entendem que a substituição pode ser considerada como forma de execução contra terceiros estabelecida pela lei. Essa seria análoga, como escreve Pietro Bodda, à execução que o Fisco poderia empreender contra o terceiro, com base em normas processuais de direito comum, após ter notificado o título executivo ao devedor efetivo³⁹.

As críticas opostas a essa teoria podem ser assim resumidas: a) inexistiria título executivo a legitimar a pretensão executiva do Estado; b) haveria uma execução contra terceiro (substituto) sem que a obrigação houvesse deixado de ser adimplida pelo sujeito passivo originário — tal qual ocorreria na retenção na fonte; c) teríamos que considerar a existência de duas relações: uma entre a administração (credor) e o contribuinte (devedor) e outra entre esse último (na posição de credor) e o substituto (como devedor), o que, todavia, não pode ser admitido genericamente⁴⁰. Por seu turno, Pietro Bodda assinala que os defensores dessa teoria parecem ter considerado unicamente a relação existente entre o substituto e substituído, olvidando-se, contudo da relação entre Estado e substituto, que, segundo esse autor, seria a mais importante para a determinação da natureza jurídica da substituição tributária⁴¹.

3.4.2. Teorias do Substituto Como Intermediário e Como Órgão de Arrecadação

Defendidas, respectivamente, por Bühler e Myrbach-Rheinfeld, ambas negam ao substituto a qualidade de devedor do imposto, reduzindo-o, no primeiro caso, à figura do intermediário, e, no outro, considerando-o como órgão de arrecadação.

Os argumentos dirigidos contra essa teoria centram-se, justamente, na negativa do caráter de devedor do imposto por ela propugnada. A propósito, anota A. D. Giannini que tais teorias não podem ser aceitas pois o substituto não possui apenas a função econômica de reter e recolher o tributo por conta do ente público, mas é, juridicamente, o *único devedor do tributo*⁴².

Ademais, conforme faz notar P. Bodda, a consideração do substituto como intermediário teria de pressupor, necessariamente, a existência de obrigação entre o substituído e o Estado, quando verifica-se justamente o inverso⁴³.

3.4.3. Teoria da Representação "Ex Lege"

Esta terceira teoria, que tem seu expoente em Uckmar, define a substituição tributária como modalidade de representação *ex lege*, servindo-se, para tanto, como exemplo, da associação profissional legalmente reconhecida. Consoante sustentam seus autores, a substituição poderia ser considerada como representação de direito público, diversa, todavia, daquela de direito privado⁴⁴.

As críticas formuladas a essa teoria encontram-se bem detalhadas no já citado artigo de P. Bodda, dentre as quais destaca-se a dúvida manifestada pelo autor sobre a possibilidade de surgirem obrigações para o representante (no caso o substituto) quando do exercício normal da representação, o que, à toda evidência, seria incompatível com os fundamentos basilares desse instituto.

3.4.4. Teoria de Pietro Bodda

Segundo entendemos do artigo de Bodda, o autor, após criticar as teorias até então existentes em doutrina, propõe a seguinte solução para tão intrincado tema. Parte ele da observação de que o natural é que a obrigação tributária surja, originariamente, entre o Estado e o titular do fato econômico (e cita o exemplo do acionista), podendo, no entanto, ser este "sujeito passivo por excelência" substituído — no interesse da arrecadação — por um terceiro.

Observa o mestre italiano que essa substituição realizada pelo legislador apresenta-se de forma bastante peculiar, porquanto trate-se de uma figura autônoma compreendendo o agir em nome próprio, porém com eficácia sobre a esfera jurídica de outrem. Verifica-se, por conseguinte, tal como fora ressaltado por Pérez de Ayala⁴⁵, que Bodda procura estruturar a substituição tributária com base na substituição de direito público.

Quanto às críticas, impende referir a de Pérez de Ayala, que considerou pouco elaborada

tal teoria, além, é claro, da manifestada por Giannini, segundo o qual o substituto, ao pagar o imposto, não estaria agindo com eficácia sobre a esfera de direitos de outrem (substituído), mas, pelo contrário, em função de obrigação que lhe é própria, pessoal.

3.4.5. Teoria de Giannini

Após expor e refutar todas as teorias supra referidas, Giannini propõe sua solução para o problema que vai no sentido de considerar a substituição tributária como “figura típica del diritto tributario, cui ben poco lume può venire dal riavvicinamento con altri istituti del diritto pubblico o privato, sostanziale o processuale”⁴⁶.

3.4.6. Teoria da Ordenação de Crédito

Tal teoria, defendida por Nicola d’Amati⁴⁷, sustenta que a substituição caracterizar-se-ia por uma cessão do débito do contribuinte perante a Fazenda ao substituto. Assim, a obrigação originária, havida entre o Estado e o contribuinte (sujeito passivo direto), transformar-se-ia em obrigação entre o Estado e o substituto.

O defeito apresentado por essa teoria pode ser vislumbrado com facilidade se tomarmos como exemplo a substituição tributária nos impostos diretos, *v. g.* imposto de renda na fonte sobre dividendos. *Na hipótese, inexistente obrigação passível de cessão, pois esta surgiria já de início contra o substituto.*

3.5. O Direito de Regresso do Substituto

3.5.1. Considerações Preliminares

Se considerarmos os motivos que levam o legislador a determinar a sujeição passiva indireta observaremos que o direito de regresso que daí exsurge, em benefício do substituto, resulta de uma necessidade de assegurar-se o suporte da carga fiscal por aquele que encontra-se diretamente vinculado ao fato econômico que se pretende gravar.

Nesse sentido a lição de Ezio Vanoni: “Il responsabile ed il sostituto che hanno eseguito l’obbligazione in base ad un vincolo stabilito unicamente nell’interesse della imposizione hanno diritto di farsi rimborsare integralmente da

colui sul quale, secondo il sistema della legge, il tributo deve in definitiva gravare”⁴⁸.

Resolve-se, portanto, pelo direito de regresso, aquela aparente “anomalia” mencionada por Pérez de Ayala ao tratar da substituição tributária.⁴⁹

Restaria assinalar, ainda, que o direito de regresso pode operar-se no plano interno ou externo, classificação essa encontrada nas obras de Ernst Blumenstein e Ezio Vanoni, dentre outras. Na hipótese *sub examine* — substituição (tributação na fonte) — tratar-se-ia de regresso externo⁵⁰, já que esse seria exercido contra alguém não integrante da relação tributária originária.

3.5.2. Direito de Regresso e Recolhimento de Quantia Indevida

Interessantes questões se apresentam quando analisamos as conseqüências jurídicas que o recolhimento de “tributo indevido”⁵¹ produziria, tanto em nível do substituto quanto do substituído. Poderia o substituto exercer seu direito de regresso contra o substituído exigindo-lhe o ressarcimento de “tributo” por ele recolhido de forma indevida? Quem estaria legitimado a repetir indébito recolhido: substituto, substituído, ou ambos? São essas as indagações que procuraremos responder, separadamente, nas linhas seguintes.

Para que possamos resolver a primeira questão, imperioso responder, preliminarmente, a outra pergunta: tem o substituto o dever de zelar pela estrita legalidade da obrigação tributária, isto é, está ele obrigado a verificar se a norma impositiva foi corretamente aplicada pela informação?

Ao discorrer sobre o tema ressalta P. Bodda que se considerássemos o substituto como sendo obrigado a zelar pelo recolhimento do tributo, nos moldes fixados pela lei, teríamos de reconhecer seu *status* de representante do substituído, pois esse teria de agir dentro dos limites do mandato que lhe fora outorgado⁵². Despiciendo seria repetir aqui as consistentes críticas já exaradas anteriormente, e que levaram P. Bodda a responder negativamente a essa questão⁵³.

Sustenta, assim, que o substituto poderia voltar-se contra o substituído ainda que hou-

vesse recolhido “tributo indevido”, fundamentando sua opinião na presunção absoluta de legitimidade que entende acompanhar o lançamento, enquanto ato administrativo.⁵⁴

Por outro lado, Clementini, Bertelli e Scandale, citados por P. Bodda, adotam posicionamento diverso, entendendo não assistir direito de regresso ao substituto que houvesse recolhido “tributo indevido”⁵⁵.

Particularmente, parece-nos que assiste razão àqueles que respondem negativamente à primeira questão suscitada, pelos seguintes fundamentos: a) mesmo que se fale em presunção de legitimidade do lançamento — decorrente de sua natureza de ato administrativo — como argumenta Bodda, essa *praesumptio* (como o próprio termo indica) comportaria prova em contrário, a qual poderia ser produzida na via do processo administrativo. Logo, tal presunção de legitimidade — que não se pretende aqui negar — poderia ter sido desfeita caso houvesse o substituto observado a mínima diligência quando do recolhimento da exação; b) também o chamado auto-lançamento — no qual o contribuinte desenvolve toda atividade sem qualquer participação da administração — estaria a justificar a impossibilidade do substituto voltar-se regressivamente contra o substituído. Tomemos, como exemplo, a retenção do imposto de renda na fonte sobre salários. Neste caso, o pagador dos salários limita-se a calcular o montante do imposto de renda devido, retê-lo e repassá-lo aos cofres públicos. Perguntar-se-ia aonde estaria a “presunção de legitimidade do lançamento” a que Bodda se refere; c) além disso, parece-nos existir outra razão ainda mais contundente para justificar a impossibilidade do substituto de reembolsar-se do substituído quando do recolhimento de “tributo indevido”. Se tivermos presente que a obrigação tributária somente surge da lei, ou seja, tem seu nascimento condicionado à previsão legal do fato que irá desencadeá-la, veremos que esta quantia recolhida a mais pelo substituto não é tributo, pois não teve origem na lei tributária. Dessa forma, não se trataria de pagamento de “tributo indevido” pelo substituto, mas de quantia recolhida indevidamente e que pode revestir-se de qualquer outra natureza, exceto, justamente, a de tributo. Assim, o recolhimento dessa quantia indébita refluiria ao âmbito da relação tributária, não de-

vendo aplicar-se, por conseguinte, a técnica da substituição que fora criada, frise-se bem, para permitir o ressarcimento do tributo, o que, à toda evidência, não ocorreria *in concreto*.

Passemos, agora, para concluir este ponto, ao exame da legitimidade ativa na repetição deste indébito. A questão posta indaga quem teria legitimidade para requerer a restituição da quantia indevidamente recolhida: o substituto ou o substituído? Alfredo A. Becker analisou magnificamente o tema, sustentando variar a solução do problema em função da existência ou não de repercussão jurídica prevista em lei. Estando presente a repercussão jurídica, por reembolso ou retenção, não poderia o substituto solicitar a restituição⁵⁶. E exemplifica com a distribuição de dividendos de uma sociedade anônima, na qual fora retido indevidamente o Imposto de Renda na Fonte. A legitimidade da sociedade (que tem repercussão jurídica — da espécie retenção) para requerer a restituição dependerá da comprovação de que essa suportou o encargo fiscal, não tendo descontado o valor retido dos acionistas ou provando tê-lo devolvido. Já os substituídos poderão pleitear a repetição desde que comprovem ter arcado com o ônus do “imposto” indevido. Trata-se, em síntese, de verificar quem foi economicamente prejudicado pelo recolhimento indevido, ou, como diz H. Villegas, de procurarmos aquele que, efetivamente, empobreceu⁵⁷.

3.6. Responsabilização do Substituído

Por derradeiro, analisemos agora outra interessante questão que o estudo da substituição tributária suscita: poderia o Estado voltar-se contra o substituído quando o tributo não fosse recolhido pelo substituto?

Também nesse ponto divergem os autores. A. D. Giannini entende pela negativa, sustentando: “a me pare che il carattere cogente delle disposizioni tributarie si affermi anche in questo caso e induca, quindi, ad adottare la soluzione negativa”⁵⁸. A seu turno, Bodda refere que, não obstante não possa a Fazenda voltar-se diretamente contra o substituído (pois este não integraria o pólo passivo da relação tributária), há que se observar a finalidade última desse instituto — consistente em agilizar e garantir o recolhimento dos tributos. Assim, Bodda pare-

ce propor uma espécie de responsabilização do substituído quando do não recolhimento do tributo pelo substituto, condicionada, todavia, à inexistência de retenção anterior.

Em posição extremada, Dino Jarach defende a faculdade do Estado de demandar do substituído o pagamento do tributo, ainda que já houvesse sido feita a retenção na fonte. Em suas palavras: "O contribuinte em caso de substituição não é indiferente para o direito tributário, não é somente uma figura teórica, abstrata, de ordem ético jurídica, melhor que jurídico-positiva, como erroneamente foi afirmado, senão que se manifesta seja no direito de exigir o pagamento do contribuinte, direito que existe sempre para substituto mesmo que a lei não o disponha expressamente, seja no fato de que, se a lei não dispõe o contrário, a administração poderá sempre fazer valer o crédito tributário contra o contribuinte, quando o substituto resulte insolvente, mesmo que este se encontre insolvente depois de haver exigido o pagamento do contribuinte".

A nosso ver, tal posição apresenta-se profundamente incompatível com o mínimo senso de justiça. Ora, se o Estado — procurando assegurar a maior eficácia possível na arrecadação dos impostos — utiliza-se da substituição tributária (inserindo como sujeito passivo da obrigação pessoa diversa daquela que normalmente deveria ser considerada), não faria sentido que o substituído fosse prejudicado tão injustamente, sendo obrigado a pagar duas vezes o mesmo imposto. A situação seria diversa, evidentemente, no caso de ter incorrido a repercussão do tributo sobre o substituído, quando, então, a sua responsabilização não atentaria contra a razoabilidade (Recasenc Siches) mínima que se espera do direito.

6. CONCLUSÕES

Nosso entendimento pessoal sobre cada um dos aspectos e questões suscitadas encontra-se disperso ao longo do texto. Destarte, restaria aqui apresentá-los, sistematicamente, tal qual fazemos a seguir:

6.1. A classificação proposta por Rubens Gomes de Sousa dos sujeitos passivos da obrigação tributária foi incorporada pelo C.T.N. no art. 123, situando-se tanto o contribuinte quanto

o substituto (que o Código engloba na figura do responsável) no pólo passivo da obrigação tributária.

6.2. A compreensão da dinâmica de atuação da norma tributária — fundada na realização concreta da hipótese legal — leva-nos, indubitavelmente, a considerar o substituto tributário como sujeito passivo da obrigação, já que esta surge, diretamente, contra ele.

6.3. O substituto tributário distingue-se do contribuinte pois este último é o titular do fato imponible, estando diretamente vinculado ao fato-signo presuntivo de riqueza (terminologia de Alfredo A. Becker), ao passo que o substituto encontra-se ligado ao fato gerador não por sua natureza, mas por força de disposição legal expressa.

6.4. A tributação na fonte não só pode como deve ser empregada pela administração, não apresentando nenhuma anormalidade, desde que respeitada a repartição de competências impositivas erigidas à nível constitucional.

6.5. A técnica da tributação na fonte apresenta inúmeras vantagens para a administração, dentre as quais destacam-se uma maior comodidade, segurança e agilidade no recolhimento dos tributos.

6.6. As críticas opostas à tributação do imposto de renda na fonte não são bastantes para justificar sua não utilização. A principal delas — de que a tributação na fonte não relevaria as condições pessoais do contribuinte — pode ser superada desde que efetuado, periodicamente, um acerto das quantias recolhidas na fonte com os valores devidos a título de imposto, após terem sido consideradas as peculiaridades do substituído.

6.7. A substituição tributária somente pode ser estabelecida por expressa disposição de lei, sendo ineficazes perante a administração as convenções dos particulares, que dão lugar, unicamente, a obrigações no plano das relações privadas.

6.8. O direito de regresso do substituto apresenta-se absolutamente indispensável para que se possa sanar a aparente "anomalia" que a substituição tributária encerra, porquanto faz repercutir, juridicamente, sobre o substituído, o ônus do tributo.

6.9. O substituto tem o dever de zelar pela estrita legalidade do tributo recolhido, fazendo-

o na quantia estipulada em lei, sob pena de não poder exercer o regresso contra o substituído.

6.10. A administração somente poderá voltar-se diretamente contra o substituído se esse não houver sofrido a retenção na fonte e se o substituto não houver recolhido o tributo devido. Na hipótese do substituto efetuar a retenção na fonte e não repassar o tributo retido ao Fisco esse não poderá coactar o substituído a um duplo recolhimento.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 Evidentemente, o estudo da sujeição passiva tributária é imprescindível para que se possa estudar a substituição tributária.
- 2 São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, pp. 107, 1980.
- 3 O autor elenca ainda os autores que não se amoldam a nenhuma destas quatro correntes.
- 4 Dentre os autores estrangeiros Villegas elenca como adeptos da primeira corrente Pugliese, Giuliani Fonrouge, Flórez Zavala, Saccone, Ingrosso e De La Garza.
- 5 *Compêndio de Legislação Tributária*, ed. póstuma, São Paulo, ed. Resenha Tributária, 1975, pp. 92.
- 6 Rubens Gomes de Sousa subdivide ainda a transferência em sucessão, responsabilidade e solidariedade, *op. cit.*, p. 93.
- 7 *Instituzioni di Diritto Tributario*, 5.ed., Milano, Dott. A. Giuffrè — Editore, pp. 107, 1951.
- 8 *Op. cit.*, p. 105.
- 9 *Curso de derecho tributario*, tomo I, 2.ed., Madrid, Editoriales de Derecho Reunida S/A, pp. 255, 1978.
- 10 *Op. cit.*, p. 255.
- 11 Dessarte, deixaremos de referir conceituações elaboradas por autores que não atribuam ao substituto o status de sujeito passivo da obrigação.
- 12 *Teoria Geral do Direito Tributário*, 2.ed., ed. São Paulo, Saraiva, pp. 503, 1972.
- 13 *Op. cit.*, p. 93.
- 14 *Contribuição ao Estudo da Obrigação Tributária*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1972, São Paulo, pp. 65. Sem dúvida, merece ser também destacada a utilização da teoria obrigacional dualista no âmbito da obrigação tributária. Com efeito, consoante relata o Prof. Alcides Costa em sua tese, a distinção formulada pela doutrina alemã entre *debitum* (schuld) e *obligatum* (haftung) revela-se extremamente importante para a compreensão do fenômeno da responsabilidade e substituição tributárias. No mesmo sentido Ricardo Lobo Torres em *Curso de direito financeiro e tributário*, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 1993, pp. 207 e ss.
- 15 *O Fato Imponível*, São Paulo, ed. R. T., pp. 156/163, 1989.
- 16 *Op. cit.*, pp. 251-6.
- 17 A nosso ver a opinião de Pérez de Ayala não está correta neste particular — quando utiliza como elemento de distinção o suporte efetivo da carga tributária. E pelo seguinte motivo: também o contribuinte pode transferir o encargo fiscal a outras pessoas, sem deixar, contudo, de ser considerado como contribuinte. É o que se dá, efetivamente, com a quase totalidade dos tributos que comportam a translação do ônus fiscal para os consumidores finais. Assim, parece que a distinção entre substituto e contribuinte não deve repousar, a nosso ver, no fato do contribuinte suportar — economicamente — a carga fiscal, porquanto isto geralmente não ocorre, em realidade. Caberia distinguir aqui, tal qual faz A.A. Becker, a repercussão econômica da jurídica.
- 18 Preleciona Ernst Blumenstein: "Per la sua natura giuridica, l'imposizione alla sorgente ha la massima somiglianza con la sostituzione nell'imposta". *Sistema di Diritto Delle Imposte*, Milano, Dott. A. Giuffrè, pp. 66, 1954.
- 19 A propósito leciona Alfredo A. Becker: "... os fatores que acabaram de ser apontados estão induzindo o legislador a escolher um outro indivíduo para a posição de sujeito passivo da relação jurídica tributária. E este outro indivíduo consiste precisamente no substituto legal tributário cuja utilização, na época atual, já é frequentíssima, de tal modo que, dentro de alguns anos, o uso do substituto legal pelo legislador será a regra geral". *Teoria geral do direito tributário*, 2.ed., São Paulo, ed. Saraiva, pp. 502, 1972.
- 20 Pietro Bodda refere em seu artigo *Il sostituto d'imposta*, que a primeira menção à substituição tributária na Itália deu-se em 1877 com a lei do imposto de renda que estabelecia às pessoas jurídicas e outros órgãos a obrigatoriedade de recolher aos cofres públicos o imposto correspondente aos rendimentos que por elas fossem creditados. in: *JUS — Rivista di Scienze Giuridiche*, ano II — fascicolo II, Milano, pp. 192 e ss, 1941.
- 21 Indicando a principal razão que levou o legislador a adotar a substituição tributária manifesta-se Pietro Bodda: "Ed è evidente la ragione che ha spinto il legislatore a così comportarsi: assicurare il più possibile l'adempimento dell'obbligazione per cui l'ente pubblico trae il tributo dai singoli soggetti passivi". *Op. cit.*, p. 196.
- 22 Henry Tilbery em artigo intitulado *Os pressupostos da substituição legal tributária*, in: *Direito Tributário* 2, São Paulo, ed. José Bushatsky, 1972, esboça uma classificação dos motivos que justificariam o emprego da substituição tributária, o qual, entretanto, não será aqui seguido. Procuraremos agrupar as vantagens decorrentes da imposição na fonte em psicológicas e econômicas, sem deixar de ressaltar que tal divisão atende à finalidades meramente expositivas e que não retiram deles a relevância para o direito.

- 23 Nesse sentido pronunciou-se Héctor Villegas em conferência publicada na Revista de Direito Tributário, vol. 6, ed. R. T., 1986, São Paulo, pp. 68, *Retenção de tributos — agentes de retenção e agentes de percepção*: "Aos olhos de muitos contribuintes, mediante a retenção, o tributo passa a ser completamente dissimulado; e o trabalhador que recebe um salário diminuído pelo valor retido acostuma-se a considerar seu salário em valores líquidos; o que paga, o patrão — que paga e dever reter — acostuma-se a fazer um cálculo global, em que inclui seus próprios impostos, aos quais acrescenta os impostos de seus subordinados, que retêm, e os montantes da previdência social que também retêm".
- 24 *Op. cit.*, pp. cit.
- 25 *Op. cit.*, p. 58. Nesse diapasão também A. D. Giannini, *op. cit.* pp. cit.: "... il vantaggio che deriva all'amministrazione finanziaria dalla possibilità di compiere gli atti di accertamento e di riscossione del tributo in confronto ad una persona sola, anziché ad una pluralità di contribuenti".
- 26 Não desconhecemos que atualmente inexistem ações ao portador por força da Lei nº 8.021 de 12-4-90, contudo, cremos ser válida a referência.
- 27 Pietro Bodda salienta em seu artigo a comodidade que a substituição tributária proporciona à administração: "Innanzitutto è evidente che risulta molto più comodo tassare un reddito su di una sola persona...". *Op. cit.*, p. 199.
- 28 Também essa razão é mencionada por P. Bodda: "Inoltre è opportuno quando sia possibile colpire il reddito alla sua stessa fonte per evitare che con l'ulteriore suo impiego, esso possa disperdersi e non sia più percepibile l'ammontare dell'imposta". *Op. cit.*, pp. cit.
- 29 *Il Prelievo Alla Fonte Nel Sistema Della Imposizione Diretta*. Padova, ed. CEDAM, pp. 5 e ss, 1972.
- 30 A propósito escreve Pérez de Ayala: "... si nosotros consideramos que, dentro de una correcta técnica tributaria, el tributo debe gravar siempre al titular de la capacidad contributiva, es decir, al titular del hecho imponible tal y como lo hemos definido, entonces parece lógico entender que la figura de la sustitución tributaria es, en cierto modo, una anomalía que supone siempre una lateración de los principios lógicos que disciplinam la aplicación del tributo". *Op. cit.*, p. 256.
- 31 Importante frisar que F. Bosello rebate todas as críticas formuladas à tributação na fonte e que sua obra foi utilizada por referir, justamente, o teor dessas críticas.
- 32 Furio Bosello. *Op. cit.*, p. 10.
- 33 Dai falarmos em legalidade e substituição tributária. Sem dúvida o princípio da legalidade apresenta-se como fundamento da própria atividade tributante estatal, tendo, como demonstrou o Prof. Gerd Willi Rothmann, estreita vinculação com o Estado de Direito. Em assim sendo, também no âmbito da responsabilidade tributária faz-se sentir a presença imprescindível da legalidade tributária. in: *O Princípio da Legalidade Tributária*, Direito Tributário, 5ª coletânea, São Paulo, ed. José Bushatsky, 1973.
- 34 *O Fato Imponível*. São Paulo, ed. R. T., p. 164, 1989.
- 35 A título exemplificativo transcrevemos a lição de Ernst Blumenstein a respeito da imprescindibilidade de lei expressa prevendo a substituição tributária: "Tutti questi obblighi di terze persone no sorgono, a differenza di quelli del soggetto di imposta, da una diretta relazione con l'oggetto d'imposta e dalla appartenenza tributaria all'ente pubblico. Di conseguenza essi possono essere considerati solo allorquando siano previsti espressamente dalla legge". *Op. cit.*, p. 59.
- 36 Editorial de Derecho Financiero, Madrid, pp. 86-7, 1970.
- 37 "Art. 123 — Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes".
- 38 Nesse sentido preleciona Blumenstein: "La assunzione di obblighi di diritto delle imposte da parte di un terzo attraverso accordi contrattuali, come avviene spesso in certi negozi giuridici di diritto privato, no costituisce sostituzione di imposta e non può in particolare comportare gli effetti di diritto pubblico di questa. Essa dà origine piuttosto unicamente ad un obbligo di diritto privato del terzo a rimborsare al contribuente una imposta che egli deve pagare".
- 39 *Op. cit.*, p. 205.
- 40 Pérez de Ayala. *Op. cit.*, p. 258. Giannini também critica tal teoria. *Op. cit.*, p. 109.
- 41 *Op. cit.*, p. 205.
- 42 *Op. cit.*, p. 109.
- 43 *Op. cit.*, p. 207.
- 44 Assevera Uckmar que a representação de direito privado pressupõe incapacidade do representado, ao contrário da de direito público. E que, além disso, da representação de direito privado não exsurgiriam obrigações ao representante que se ativesse aos limites do mandato, diversamente do que ocorreria na representação de direito público.
- 45 *Op. cit.*, p. 259.
- 46 *Op. cit.*, p. 110.
- 47 *Apud* Pérez de Ayala. *Curso*, pp. cit..
- 48 *Opere Giuridiche*, v. II, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, pp. 208-9, 1962.
- 49 *Op. cit.*, p. 256. v. nota rodapé nº 30
- 50 *Op. cit.*, pp. 68-69 e *op. cit.*, pp. 209-10, respectivamente. Interessante notar que Blumenstein coloca o direito de regresso advindo da substituição como sendo interno, ao contrário de Vanoni, que o classifica como externo. Essa posição do mestre suíço deve-se ao fato dele tomar como elemento característico do regresso interno a possibilidade daquele sob o qual o direito de regresso vem exercido de integrar pessoalmente a obrigação tributária originária, ao contrário do que sustenta Vanoni, que utiliza como elemento distintivo do regresso interno o

- fato de operar-se entre aqueles co-obrigados ao pagamento do imposto, v.g. devedores solidários.
- 51 Adiante veremos porque não se pode falar em tributo indevido.
- 52 *Op. cit.*, p. 217.
- 53 Todavia, P. Bodda não deixa de apresentar a problemática que a adoção dessa posição encerra, principalmente devido ao fato do substituído encontrar-se à margem da relação obrigacional estabelecida entre o substituto e a administração, não recebendo quaisquer avisos, notificações, etc.
- 54 Em suas palavras: "... occorre tenere presente che nel caso, poichè il reddituario non è più in termini per ricorrere, sussiste un atto amministrativo di accertamento che ha, per esso almeno, oramai una presunzione assoluta di legittimità, onde non si vede come si possa ancora parlare di comportamento negligente del sostituto che dà luogo ad un atto illegittimo pregiudicante al reddituario". *Op. cit.*, p. 220.
- 55 *Apud* Il sostituto..., p. 220.
- 56 Os argumentos empregados por Becker para atingir tal conclusão encontram-se colacionados às páginas 524-28 de sua obra já citada.
- 57 In: RDT. 6/78, p. 72.
- 58 *Op. cit.*, p. 110.

BIBLIOGRAFIA

- AYALA J.L.P. de. *Curso de Derecho Tributario*, tomo I, Editorial de Derecho Financiero — Editoriales de Derecho Reunidas, 2.ed.
- . *Las Ficciones En El Derecho Tributario*. Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1970.
- BECKER A.A. *Teoria Geral do Direito Tributário*, 2.ed. São Paulo, Saraiva, 1972.
- BLUMENSTEIN E. *Sistema Di Diritto Delle Imposte*. Milano. Dott. A. Giuffrè — Editore, 1954.
- BODDA P. *Il Sostituto d'Imposta*. In: JUS — Rivista di Scienze Giuridiche, anno II — fascicolo II, Milano, 1941.
- BOSELLO F. *Il Prelievo Alla Fonte Nel Sistema Della Imposizione Diretta*. Padova, CEDAM, 1972.
- COSTA A.J. *Contribuição ao Estudo da Obrigação Tributária*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1972.
- . *Obrigação Tributária*. In: Curso de direito tributário — coord. de Ives Gandra S. Martins. São Paulo, Saraiva, 1982.
- FANUCCHI F. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, v. I, 11ª tiragem da 4ª ed. São Paulo, Resenha Tributária, 1986.
- GIANNINI. *Instituzioni Di Diritto Tributario*, 5.ed., Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1953.
- JARACH D. *O Fato Imponível*, 1.ed. São Paulo, R. T., 1989.
- ROTHMANN G.W. *O Princípio da Legalidade Tributária*. In: Direito Tributário, 5ª coletânea. São Paulo, José Bushatsky, 1973.
- SOUSA R.G. *Compêndio de Legislação Tributária*. ed. póstuma. São Paulo. Resenha Tributária, 1975.
- TILBERY H. *Os Pressupostos da Substituição Legal Tributária*. In: Direito Tributário 2. São Paulo, José Bushatsky, 1972.
- TORRES R.L. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro, Renovar, 1993.
- VANONI E. *Opere Giuridiche*, v. II, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1962.
- VILLEGAS H. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.
- . *Retenção de Tributos — Agentes de Retenção e Agentes de Percepção*. In: *Revista de Direito Tributário*, v. 6. São Paulo, R.T., 1986.

A Responsabilidade de Indenizar nas Situações de Perigo

CARLOS SILVEIRA NORONHA

Professor de Direito Civil e de Direito Processual Civil
na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1. Uma Idéia de Responsabilidade em Sentido Lato; 2. Prolegômenos e Evolução da Teoria Clássica; 3. A Teoria Objetiva em Tema de Responsabilidade Civil; 4. A Reparação do Dano nas Atividades Não Perigosas; 5. A Responsabilidade de Indenizar nas Atividades Perigosas; 6. A Relatividade da Reparação nas Atividades Nucleares; Bibliografia.

1. Uma Idéia de Responsabilidade em Sentido Lato

A faculdade ampla de liberdade do homem sem dúvida deita raízes nos mais recônditos estágios da anterioridade histórica. Mas se nos primitivos tempos desenhara-se limitadíssima, com inaptidão nem sequer para assegurar o fundamental direito à vida, não pode haver dúvidas de que com o evoluir das épocas e principalmente com o despertar de certos sentimentos místicos, religiosos, e de consciência filosófica, os direitos humanos passaram a experimentar uma lenta evolução que durante séculos se manifestou quase imperceptível, mas que, a partir de épocas mais próximas, tem apresentado crescente desenvolvimento. Testemunho deste passado próximo, quase contemporâneo, é a Declaração das Liberdades Públicas, que embora tenha seus primeiros raios de luz na idade Média com a Magna Carta de 1215 e em outras manifestações do direito inglês, só veio a efetivamente formalizar-se na França, com a então chamada "Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen", promulgada aos 27 de agosto de 1789. Deste marco histórico-formal, expandiu-se universalmente, passando para as Constituições modernas e culminando com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela ONU, em 10-12-1948.

É certo que a faculdade ampla de liberdade do homem oportuniza-lhe os mais variados com-

portamentos no ambiente social em que vive, nos quais se refletem os resultados de sua racionalidade, de sua formação moral, intelectual, e até mesmo, de suas crenças ou descrenças quanto à vida espiritual. E como a responsabilidade, em sentido lato, tem fonte remota, primordialmente, em uma conduta contraveniente à ordem ética, à ordem social e à ordem jurídica, o comportamento defeituoso da pessoa acarretalhe, como reprimenda, um desconforto de natureza moral, uma desconsideração na escala social, ou um ônus no complexo da ordem jurídica.

Nesse amplo universo indimensionado que a lei natural oferece à liberdade humana, há que refletir acerca dos caminhos e descaminhos trilhados pelo homem, desde o nascimento até a morte, valorando a inumerável coorte de situações que o podem conduzir à felicidade ou ao infortúnio, para o bem ou para o mal, para o reto ou para o torto. Daí, a tese consagrada e sempre proclamada por antropólogos, sociólogos e filósofos de que a conduta retilínea do ser humano constitui venturosamente a regra na convivência terrena, ensejando-lhe uma situação de conforto e satisfação para si, de harmonia com o "alter" e de conformidade com os valores transcendentais que cultua e que compõem o leme direcional de uma existência digna.

Mas, por outro lado, o descaminho do indivíduo por caminhos tortuosos que a mesma liberdade ampla pode-lhe oferecer, abrindo-lhe as

portas mais largas e acessivas do erro, é capaz de lhe conduzir ao campo movediço da perplexidade, ao desajustamento comunitário e à reprovação em todas as ordens do convívio humano, como salienta Ripert em uma de suas obras tradicionais¹.

2. Prolegômenos e Evolução da Teoria Clássica

Faculdade de escolha do comportamento humano em face das contingências do viver gregário em uma determinada comunidade de indivíduos, a responsabilidade civil é corolário dessa convivência, naquilo que a espontaneidade da iniciativa pessoal de cada um venha a causar resultados danosos na esfera jurídica de outrem. E isso se opera mediante um proceder desatencioso ao dever geral de conduta traçado pelo ordenamento jurídico, quando se está diante da responsabilidade aquiliana ou extracontratual; ou se materializa pelo descumprimento do mandamento geral do "pacta sunt servanda", em desrespeito à convenção celebrada, quando se está diante da responsabilidade contratual. Há que se referir, nestes passos preambulares, que a responsabilidade civil é o resultado de um movimento pendular entre duas condutas: uma conduta obediente e uma conduta contraveniente à ordem jurídica², ou, ainda, representa ao mesmo tempo uma obrigação e uma garantia³.

A origem primeira da responsabilidade civil deve situar-se no mesmo patamar histórico da origem da Humanidade, nas suas primeiras manifestações de convivência social, respondendo naquele primevo estágio a um instinto de reação ao "tortum", sob a forma de repulsa animica, conatural a qualquer ser vivente agredido em sua integridade corporal, moral ou patrimonial, que nem sempre obedecia os mesmos limites da ofensa, mas os excedia. Aquele que causava um dano a outrem restava exposto à *vindicta* do ofendido, que era *vindicta* autorizada incondicionalmente pelo costume ou pelas regras de convivência do grupo, quando se caracterizava a justiça pelas próprias mãos⁴.

A fonte normativa histórica mais remota da responsabilidade civil parece estar no Código de Hammurabi, promulgado pelo rei da Babilônia do mesmo nome, aproximadamente 2.300 anos antes de Cristo, que prescrevia "olho por olho"

(§ 196), "osso por osso" (§ 197) e "dente por dente" (§ 200)⁵. Implantava-se o sistema de Talião. Mas ai já se desenhava uma limitação da reparação do dano, pois à pena privada aplicada ao ofensor pelo ofendido não mais era permitido exceder a ofensa.

Após o precedente babilônico, e com distanciamento de quase vinte séculos, surge em Roma, aproximadamente no ano 303 da fundação da cidade ou 450 a.C., a Lei das XII Tabuas⁶. A lei decenviral, como freqüentemente é chamada, que vigeu cerca de um milhar de anos, desde a República até Justiniano, prescrevia formas de reparação do dano semelhantes às que se continham no edito de Hammurabi.

Mas o direito romano, em razão mesmo de uma consciência jurídica mais inspirada para a época, já reduzia a repressão cruel do Talião em número e intensidade, segundo Girard (Manuel, p. 392), com base na Lei das XII Tabuas, antes mesmo do advento da Lei Aquilia, passando a punir com maior timidez ou benevolência apenas alguns casos de ofensas físicas à pessoa da vítima. Dentre tais, a ruptura de um membro "membrum ruptum", a fratura de osso "fractum ossum", bem como a "iniuria", ou ofensas comuns, que eram punidas como violências leves, bofetadas, golpes, etc. (Girard, p. 419). Não se encontra, destarte, na lei decenviral, um princípio geral determinante da responsabilidade, senão a cogitação de casos concretos⁷.

Em data pouco precisa, mas aproximadamente no ano 285 a.C., surge em Roma a "Lex Aquilia", atribuída a um tribuno da plebe chamado Aquilius⁸. Essa lei operou transformações no terreno da responsabilidade civil, pois a partir do seu advento, passa a esboçar-se em Roma a idéia de *culpa*, como elemento componente no processo de aferição da indenizabilidade do evento danoso, dando-se, em consequência, os primeiros passos em prol da construção da teoria subjetiva, quando a pena privada perde o caráter de *punição* e toma corpo a idéia de *reparação*. E mais, começa-se a delinear o discrimine entre responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual e, de igual modo, inicia-se o destaque entre responsabilidade civil e penal, que no âmbito da lei decenviral situavam-se no mesmo plano⁹.

Conquanto se levantem certas vozes de autoridade contra a presença do elemento subjetivo

vo na "Lex Aquilia"¹⁰, a tese afirmativa, que conta também com tratadistas de tomo, é a que tem melhor acolhida.

Destarte, a idéia de *culpa aquiliana*, trazida com a lei que leva o nome do tribuno da plebe chamado Aquilius, em aproximadamente 285 a.C., só surgiu no sistema romano entre meados e fins da República, podendo-se identificá-la no vocábulo "iniuria" contido em texto de Gaio, inscrito no Comentário III de suas Institutas, com a seguinte redação original. "Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit; nec ulla allia lege damnum quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque in punitus est qui sine culpa et dolo malo, casu quodam damnum committit"¹¹. A expressão "iniuria" inserta no texto do juriconsulto romano clássico, é interpretada por Mazeaud como *sinônima de culpa*¹². No mesmo sentido a manifestação de Ulpiano: "In lege Aquilia levissima culpa venit".

A teoria da responsabilidade subjetiva, como se referiu acima, passou a ser adotada no sistema romano com o advento da Lei Aquilia, de maneira casuística, sem uma regra geral que a definisse satisfatoriamente, sistema que se prolongou por toda a Idade Média, modernamente, na doutrina francesa, com as obras de Domat e Pothier, na segunda metade do século XVIII¹³. E em França, essa doutrina consolidou-se com seu ingresso no Código Napoleão de 1803, que contém normas gerais sobre o tema nos artigos 1382 a 1384 e regras particulares sobre casos específicos, com extensa enumeração casuística, nos artigos 1385 e 1386¹⁴. Do estatuto napoleônico, a *teoria da culpa* espalhou-se pelas legislações ligadas à chamada família "Civil law", influenciando sobretudo o direito europeu-continental.

O nosso Código Civil, editado em 1916, a par de sofrer o influxo da doutrina positivista que dominava o mundo das idéias filosóficas, notadamente nas Escolas do Recife e de São Paulo e ainda influenciado pelos ideais liberais que na época estavam presentes na consciência de homens de ciência e políticos, adota como regra geral para a reparação de danos, a teoria da culpa, como deflui da própria redação do artigo 159. Esta é a *culpa aquiliana* a que Limongi França prefere chamar *responsabilidade aquiliana*, que é definida por Coelho da Rocha como "a omissão indeliberada da diligência devida", ou, como ensina Savatier: "culpa é a violação

(intensional ou não) de um dever que o agente tinha possibilidade de conhecer e observar"¹⁵.

3. A Teoria Objetiva em Tema de Responsabilidade Civil

Com os estudos aprofundados de Binding, na doutrina alemã, em fins do século que passou, a respeito da projeção dos influxos da responsabilidade penal sobre a responsabilidade civil, com referência ao Código prussiano de 1794 e ao Código Austríaco de 1811, são aludidos casos de reparação civil incidente sobre atos não caracterizados como delitos criminais, por ausência de culpa, qualificando-se o dano deles decorrente como uma *realidade objetiva*.

A doutrina alemã enriqueceu-se com outros adeptos, dentre os quais Larenz e Enneccerus, surgindo também, no mesmo sentido, o acolhimento da doutrina italiana.

Tal pensamento doutrinário, todavia, só veio tomar corpo no início deste século com as obras de Saleilles e Jossierand, partindo mesmo da interpretação do artigo 1382 do Código Napoleão, no qual esses autores tomam o vocábulo "culpa" com o significado de "causa", para concluir que o ressarcimento independe de culpa¹⁶. E assim começaram a desempenhar-se os Tribunais franceses, interpretando a regra codificada em consonância com a nova realidade que se desenhara. É nesse sentido a observação de Carbonnier de que o prodigioso desenvolvimento da jurisprudência faz nascer nesse campo um gênero literário novo, expresso nos diferentes tratados especializados sobre responsabilidade civil¹⁷.

Essas transformações do enfoque doutrinário e jurisprudencial acerca da responsabilidade civil tem suas causas atuais e ganharam corpo na evolução social, econômica e tecnológica que começou em fins do século passado e se acelerou no segundo quartel deste, especialmente a partir do término do último conflito mundial. É que as descobertas científicas, o crescente desenvolvimento tecnológico e os novos inventos industriais, aliados a uma elevada densidade demográfica nos pólos de concentração urbana, aumentaram o número de acidentes ocorridos. A diminuição dos espaços destinados ao ir e vir de cada um, determinado pelo surto demográfico, não raro desordenado, a substituição do tra-

balho artesanal pelo trabalho maquinizado, o contato cotidiano do indivíduo com artefatos sofisticados e de manuseio de alto risco, todos esses elementos e fatores tornaram a vida do homem cercada de situações perigosas, das quais nem sempre consegue esquivar-se por suas próprias forças ou com sua inteligência, seu preparo e suas cautelas.

Por isso, para uma grande cópia de atos danosos tornou-se insuficiente o sistema da responsabilidade civil clássica, calcada na culpa, segundo a qual, para a caracterização do dano ressarcível são exigidos os elementos da ação ou omissão do agente, da antijurisdicção do evento, da culpabilidade do autor, do nexa causal entre o fato e o resultado e, ainda, em alguns casos, a não concorrência de culpa da vítima.

A teoria objetiva despreza o individualismo e o liberalismo da teoria clássica. A primeira é uma teoria que se posta mais próxima e que convive com a realidade vivida pela pessoa humana, eis que "a teoria objetiva é uma teoria social que considera o homem como fazendo parte de uma coletividade e que o trata como uma atividade em confronto com as individualidades que o cercam"¹⁸. Em suma, enquanto a responsabilidade subjetiva se esteia na culpa do agente, a responsabilidade objetiva se baseia no risco. E nesta, o pólo divisor encontra-se na própria natureza da atividade executada pelo agente, cuja distinção se opera no sentido de ser ou não de caráter perigoso o obrar do agente, o que se verifica em face da sua natureza ou pelos meios empregados para obter o resultado¹⁹.

4. A Reparação do Dano nas Atividades Não Perigosas

Em primeiro plano, para melhor abordagem do assunto, há que se convir que o problema do perigo ou a sua ausência na atividade humana comporta dois ângulos de visão distintos: a responsabilidade civil nas atividades não perigosas e naquelas que oferecem perigo. Há que se observar ainda um terceiro plano na aferição das situações de perigo, representado pelas atividades nucleares, de grande risco ou de perigo exacerbado²⁰.

É preciso notar-se, também, que o vocábulo "perigo" sugere desde logo a probabilidade de

ocorrência de um evento temido, pelo dano que possa a vítima do evento perigoso vir a sofrer.

As atividades não perigosas, já por princípio de lógica pura, devem constituir o grande universo do obrar humano, indimensionado e também indimensionável, pois são a regra, devido ao sentido residual que apresentam, em contraste com as atividades perigosas, que são ou deveriam ser a exceção. E o primeiro exemplo de daquelas se pode indicar, é a situação do bom pai de família e da zelosa dona de casa, que exercitam as melhores de suas aptidões pessoais para trazer a segurança, a tranquilidade, a união e a boa educação da prole.

Mas, não obstante o imenso universo que se possa lobrigar em termos de atividades não perigosas ou atividades comuns do homem normal, sabe-se que a evolução quase meteórica da sociedade moderna vem impondo muitos obstáculos à vida normal e, conseqüentemente, reduzindo o grande contingente de normalidade que desfrutava a sociedade em tempos não distantes. E ainda que o analista se abstivesse de considerar as altas situações de perigo criadas pela introdução na sociedade de eventos científicos e tecnológicos sofisticados e de operatividade perigosa, há que se levar em conta que a densificação dos módulos populacionais urbanos, a diminuição dos espaços físicos para o indivíduo atuar e exercitar o seu ir e vir habitual, vêm, todos, naturalmente e, às vezes, imperceptivelmente, criando situações de perigo, de que anteriormente não se oferecia campo próprio, nem se tinha oportunidade para cogitar.

Criam-se novas fontes de perigo para o homem, aumentando em disparada quase loquaz os riscos à sua existência e exigindo cada vez mais requintados ou sofisticados esquemas de segurança pessoal ou grupal. São as vicissitudes da vida moderna de que nos fala Savatier em suas "Métamorphoses"²¹.

A distinção entre os três campos não é fácil e nem se pode alimentar a pretensão de fazê-la extreme de rotoques. O discrimine, para que se efetue com maior precisão, há que se situar no elemento "perigo", o qual pode estar presente em razão da própria natureza da atividade ou pode surgir através dos meios empregados pelo agente. Destarte, a atividade seria perigosa ou não, oferecendo, na primeira hipótese, riscos acentuados à integridade ou à vida da vítima,

consoante contenha perigo em sua própria substância ou o ofereça através dos meios materiais utilizados.

De igual modo penosa é identificação material das atividades não perigosas e das portadoras de perigo ou "carregadas de perigo" na expressão da doutrina (Savatier). As últimas podem assim ser definidas pela própria lei especial que as cria, se assim não for, pela análise técnica realizada por especialistas, ou, ainda, pelo senso comum do contingente social que com elas tenha convívio mais próximo. As não perigosas, porque formam o grande universo da convivência normal e cotidiana, podem ser identificadas por critério residual ou de exclusão, mas desde logo, não se pode negar estar ausente o perigo, ou ser menos provável nas atividades que têm por objeto a prestação de serviços técnicos de assessoria, de consultoria, de auditoria, de agenciamento, de turismo e outras do mesmo gênero.

Por compreenderem a mais substancial parcela do universo das atividades humanas, reunindo desde os labores domésticos até as mais variadas formas de lazer, de serviços e de produção, os instrumentos para a aferição da responsabilidade civil nas atividades não perigosas não de estribar-se nos modelos jurídicos de natureza romano-continental, de que é paradigma o Código Civil francês de 1803.

Em razão disso, para que a vítima de um evento qualquer tenha em seu favor o dever de reparar do ofensor, deve haver a conjugação de, no mínimo três elementos, tais como: a) uma ação, b) um dano; e c) um vínculo ou nexo causal entre os dois primeiros. Mas, em determinadas hipóteses, torna-se necessária ainda a presença de um quarto elemento: a culpa do agente²².

Por fim, como excludentes da responsabilidade de indenizar nas atividades não perigosas, no direito pátrio, situam-se a) o caso fortuito ou força maior (C. Civil, art. 1058 e parágrafo); a legítima defesa (C. Civil, arts. 160 e 1540; Cód. Penal, art. 21); c) estado de necessidade para remover perigo iminente (C. Civil, arts. 160, II, 1519 e 1520); d) exercício regular de um direito reconhecido, com a limitação do abuso de direito (C. Civil, art. 160, I e Projeto art. 187); e) desforço pessoal ou possessório (C. Civil, art. 502);

e f) concorrência de culpa ou culpa exclusiva da vítima.

5. A Responsabilidade de Indenizar nas Atividades Perigosas

Passa-se a cuidar agora especificamente da responsabilidade civil nas atividades perigosas. Como se viu acima, no estudo das atividades não perigosas, o perigo está presente, senão na maioria, mas em grande contingente das atividades humanas, em virtude da complexidade da vida que se agrava à medida em que novos engenhos, utilidades e instrumentos operativos são oferecidos à chamada "sociedade de consumo".

Atividades perigosas, são as "carregadas de perigo", como as define Savatier, usando o consagrado autor a expressão tautológica, como figura de reforço semântico, com o objetivo de sensibilizar o leitor para o amplo espectro que se abre para a Humanidade por esse tipo de atividade. São elas contemporâneas, e mais que isso, têm o seu desenvolvimento ligado ao surto de progresso que a partir do fim do século passado e início deste vem experimentando a sociedade moderna, podendo-se identificar o seu surgimento com o advento da Revolução Industrial.

É sabido que dentre as atividades exercidas pelo homem, há as que oferecem acentuado grau de perigo à saúde, à integridade física e à vida, enquanto outras não apresentam esses riscos, como as que tem por objeto a prestação de serviços técnicos ou administrativos de assessoria, de consultoria, de auditoria, de agenciamento, de turismo e outros. Como se viu acima, a identificação das atividades portadoras de perigo podem ser definidas em lei, mas se não o forem, poderão sê-las por meio de análise técnica de especialistas, ou pelo senso prático comum do conglomerado humano que com elas tenha estreito e cotidiano convívio. De qualquer maneira, são evidentemente perigosas as atividades das indústrias de explosivos, as de substâncias tóxicas, as de fabrico de armamentos, as de produção de energia elétrica, as que se dedicam ao transporte aéreo, marítimo, ferroviário e rodoviário, etc.

Tais atividades perigosas têm despertado o interesse do Direito, devido à sucessão de aci-

dentes com morte, lesões graves e danos de toda sorte, de modo que a doutrina e a jurisprudência passaram a engendrar novas bases de sustentação da responsabilidade civil, já que o dogma da culpa vinha ensejando dificuldades quanto à prova dos fatos, não oferecendo garantia de reparação dos danos causados e deixando ao desamparo dolorosas situações concretas. Reclamava-se nova construção teórica em que se prescindisse do elemento culposo que devia ser absorvido pela relação causal, assumindo a responsabilidade civil caracteres práticos e objetivos sob o fundamento de que aquele que auferir lucro com a atividade ou dela tira proveito, assume o risco que da mesma decorre, devendo, por questão de equidade e de justiça distributiva, suportar os ônus correspondentes²³.

Passou-se, deste modo, de uma visão individualista para uma ótica social da responsabilidade civil, superando-se a teoria da culpa presumida, válida para o fato de outrem, e desaguando-se na teoria do risco, mediante o entendimento de que quem "empreende atividade permitida que pode criar ou manter uma fonte de perigo para outros, fica sujeito a uma responsabilidade especial e responde pelo risco"²⁴. Com a construção da teoria do risco, passou-se, no estudo da responsabilidade, de um ato ilícito para um ato lícito, mas gerador de perigo.

No dizer de Ennecerus, verificou-se que um certo número de "atividades particularmente perigosas", embora legítimas, traziam em si riscos próprios, ocasionando danos com frequência, daí porque se deveria sujeitar os seus titulares à responsabilidade "pela simples criação e pela introdução de coisas perigosas na sociedade"²⁵.

A legislação, seguindo a doutrina particularmente e repetidas manifestações dos Tribunais, quanto ao aspecto patrimonial, a partir desse marco temporal, passou a acolher a nova teoria. Assim o Código italiano (art. 2050), o mexicano (art. 1913), o português (art. 493º, nº 2), dentre outros na legislação estrangeira. No Brasil, o nosso Código Civil trata assistematicamente da matéria, cuidando da responsabilidade extracontratual no art. 159. No Livro relativo ao "Direito das obrigações", trata das "Obrigações por atos ilícitos" nos artigos 1518 a 1532, cuida da "Liquidação das obrigações" nos artigos 1533 a 1553. Em termos de legislação especial, a pri-

meira lei pátria a ocupar-se da responsabilidade objetiva foi a Lei das Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681), de 07-12-1912. Após surgiram as Leis de Acidentes do Trabalho (Decreto-lei nº 7.036, de 10-11-1944), e posteriormente a atual Lei nº 6.367, de 19-10-1976; o Código Brasileiro do Ar (Decreto-lei nº 32, de 18-11-1966); Lei da Intervenção e Liquidação Extrajudicial de Instituições Financeiras (Lei nº 6.024, de 13-3-1974); Lei da Intervenção e Liquidação Extrajudicial das Seguradoras (Decreto-lei nº 73/66); bem, como os artigos 1519 e 1520, parágrafo único, e artigo 1529 do Código Civil; e muitas outras. Da Lei sobre a Responsabilidade Civil e Criminal por danos nucleares (Lei nº 6.453, de 17-10-1977) nos ocuparemos adiante.

Os Tribunais brasileiros registram muitos casos de acolhimento da teoria objetiva ou do risco, sendo os mais freqüentes os pertinentes ao transporte ferroviário, cuja lei acima referida admite a culpa presumida das Estradas de Ferro, com base nos artigos 1º e 17. Na já dura-doura aplicação desse diploma legal, o Supremo Tribunal Federal tem repetidas vezes se pronunciado a respeito da responsabilidade objetiva das Estradas de Ferro, determinando a indenização da vítima independentemente de aferição de culpa. Em Acórdão da lavra do eminente Ministro Thompson Flores, o STF assim se manifestou: "Quando se enfrenta acidente de que é vítima passageiro de trem, reconhece-se, indistintamente, a culpa presumida da empresa responsável, ainda que esta tenha admitido o passageiro como "pingente", circunstância que não a subtrai de qualquer parcela de responsabilidade, porque prepondera "aquela presunção que inteiramente absorve, ainda que provada, a culpa concorrente da vítima, pois despe-se esta de mínima influência na relação obrigacional construída pelo contrato de adesão, em face do responsável..." Não se verifica concorrência de culpa em acidente verificado em ferrovia, porque a lei estabelece presunção de culpa da estrada de ferro" (Recurso Extraordinário nº 59.966-GB, julgado em 11-4-1969, Relator Ministro Thompson Flores, in RTJ 55/429).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 105, III), o julgamento dessa matéria passou para a competência do Superior Tribunal de Justiça. E este sobre o assunto também já se manifestou, confirmando a anterior juris-

prudência do STF, como se pode ver pelo seguinte Acórdão: "Ementa: Recurso Especial. Responsabilidade do Transportador. Dissídio. Recurso Parcialmente Conhecido Mas Improvido".

"A culpa do transportador é presumida, a ele cabendo o ônus de provar sua isenção da responsabilidade por força de vício da mercadoria, caso fortuito ou força maior" (Recurso Especial nº 19.092-o-PR, julgamento em 30-6-92, Relator Ministro Carlos Santos, in Revista do Superior Tribunal de Justiça, nº 45, pp. 296-297).

Há, ainda, razoável casuística da jurisprudência nacional sobre o assunto. Em acórdão de 03-5-83, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 2ª Câmara, tendo por Relator o Des. João del Nero, condenou o dono de cão "Doberman" a indenizar a vítima do animal, sob o fundamento da "responsabilidade pelo risco assumido" porque o mesmo "é reconhecidamente perigoso" (Acórdão da 2ª Câmara, no julgamento da Apelação nº 31.161.1, em data de 03-5-83, in RT 589/109).

O Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por sua 6ª Câmara, condenou ao pagamento de indenização por morte de "pingente" que se pendurara no trem em movimento, sob o fundamento de que "Tratando-se de responsabilidade civil por transporte de passageiro, sequer é necessária a indagação sobre culpa, dado o caráter objetivo instituído pela Lei nº 2.681/12, não revogada pelo Código Civil" (Acórdão da 6ª Câmara, Apelação nº 309.665, Relator Juiz Jorge Almeida, em julgamento de 12-4-83, in RT 579/138).

Por fim, ainda o Tribunal de Justiça de São Paulo, julgando apelação que tinha por objeto incêndio na Vila Socó, em Cubatão, desencadeado por rompimento de dutos de combustíveis, condenou a apelante ao pagamento da indenização pleiteada pela vítima, sob os fundamentos de que "quem exerce atividade perigosa e coloca terceiros em risco, tem obrigação de tomar as providências necessárias à manutenção da margem de segurança necessária para que a incolumidade alheia não seja atingida" (in Revista dos Tribunais, vol. 604, pp. 50-51).

6. A Relatividade da Reparação nas Atividades Nucleares

A história das atividades nucleares no Brasil é bem recente, pois só a partir de meados do século que ora está por findar-se, é que a preocupação com esse novo engenho da tecnologia contemporânea tomou corpo, fixando-se sua fonte normativa com a edição da Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977. Porém, há na evolução dos estudos filosóficos, científicos e tecnológicos da humanidade algumas preocupações concretas a respeito de fenômenos que dizem respeito à radioatividade.

Com efeito, já na antiga Grécia, com Demócrito (460-370 a.C.), tem-se a enunciação do princípio de que as coisas da natureza são compostas de partículas diminutas, a que o filósofo da antiguidade clássica chamou "átomos", significando aquelas "que se não podem dividir". Culminaram os estudos, modernamente, com a pesquisa de Lise Meitner, que veio à luz em 1939 e a partir daí, tornou-se realidade a utilização do átomo para diferentes objetivos, entre os quais se incluem os pacíficos, hoje tão decantados por alguns políticos, cientistas e sociólogos, quanto temidos por expressivos contingentes da população leiga, que ainda não tem convicção dos seus resultados.

O Direito nuclear, ou Direito atômico, como também costuma ser chamado, é direito novo, cujas características obedecem a determinados princípios e regras que destoam das pertinentes ao direito comum, operando-se a sua recepção no campo da ciência jurídica sob o pálio de um aproveitamento pacífico, porém cercado de muitas cautelas, diante do imensurável espectro que a atividade que lhe constitui o objeto, pelas suas emanações radioativas, pode causar ao homem, à fauna e à natureza em geral.

Regulam-no, de modo geral, as convenções e tratados internacionais, liderados e firmados pelos países com maior potencial nesse formidável campo de aparato tecnológico, eis que seus efeitos podem projetar-se a espaços "desmesuradamente aumentados e a tempo extremamente distendido", transcendendo com incontrolá-

vel campo de ação às fronteiras territoriais. Na órbita transnacional as atividades nucleares encontram-se reguladas primordialmente pela Convenção de Paris, de 12-7-1960 que expendeu extensa regulamentação da matéria, e pela Convenção de Viena, de 19-5-1963, que é mais concisa.

Esse novo ramo da ciência jurídica é definido pela doutrina como "o conjunto de princípios e normas que regem as atividades relacionadas à utilização da energia nuclear com fins pacíficos"²⁷.

Em tema de responsabilidade civil, as convenções e legislações alienígenas vêm abandonando o dogma da culpa, devido a alta periculosidade, que a atividade apresenta em todas as suas nuances. Por isso, procuram propugnar por uma evolução da teoria objetiva ou da teoria do risco, construindo um regime especial de responsabilidade civil que tem como vector o "risco nuclear". Cuida-se de sistema nascido e desenvolvido a partir dos anos 50, sob a ótica de uma utilização pacífica do átomo, com a denominação de "teoria do risco nuclear". Está concebida com base na idéia de socialização dos riscos, onde se desenha uma intensa participação do Estado na reparação do dano e colocando-se a vítima como centro de tais preocupações²⁸.

A regulamentação jurídica do setor, no âmbito interno, está na lei nacional (Lei nº 6.453/77) que define uma "responsabilidade civil por danos nucleares" (artigos 4º a 18), bem como uma "responsabilidade criminal" (artigos 19 a 27), procurando adaptar-se às idéias dominantes sobre responsabilidade civil no setor, fundada, a primeira, na já mencionada "teoria da socialização dos riscos", em que se destaca a participação do Estado. A parte administrativa encontra-se vinculada ao Ministério das Minas e Energia, que distribui as atividades do setor entre três entidades: a) a Comissão Nacional de Energia Nuclear; b) a NUCLEBRÁS — Empresas Nucleares Brasileiras SA; e c) a ELETROBRÁS — Centrais Elétricas Brasileiras SA.²⁹

Começa a lei brasileira por definir o que seja "operador" (artigo 1º, I); "combustível nuclear" (artigo 1º, II); "produtos ou rejeitos radioativos" (artigo 1º, III); "material nuclear" (artigo 1º, IV); "reator nuclear" (artigo 1º, V); "instalação nuclear" (artigo 1º, VI); "dano nuclear" (artigo 1º,

VII); "acidente nuclear" (artigo 1º, VIII); e, finalmente, "radiação ionizante" (artigo 1º, IX).

Quanto à legitimação passiva para a formação do processo indenizatório na responsabilidade civil nuclear, dispõe a lei (artigo 4º) que a obrigação de indenizar compete exclusivamente ao operador da instalação nuclear, razão porque figura este como réu no processo.

Tendo em vista que a responsabilidade civil nuclear encarna uma categoria especial de responsabilidade civil, que se distingue não só da responsabilidade civil comum, como também da responsabilidade civil objetiva ou pelo risco, são também distintos os seus pressupostos. E diante de tais peculiaridades, apresenta-se esse tipo de responsabilidade civil, como "responsabilidade agravada", com o escopo confessado e manifestado em todas as sedes doutrinárias de oferecer maior proteção à vítima, razão porque os seus pressupostos ficam reduzidos a apenas dois: a) o exercício de atividade em que se produz acidente nuclear; b) a existência efetiva de dano nuclear.

O nexa causal, elemento indispensável para aferir a pertinência do resultado com a ação ou omissão em todos os outros tipos de responsabilidade civil, inclusive na objetiva ou pelo risco, na responsabilidade por dano nuclear torna-se tênue, perde muito de sua essencialidade, sendo relegado à categoria de elemento contingente, nem sempre necessário, diante da evidência, do estrépido, da imediatez e do imensurável espectro do resultado. É que nesse campo específico da atividade nuclear, a ação do homem, ou o puro e simples fato do acidente involuntário, projeta tão maléficos e desconcertantes efeitos para a saúde e vida humana, para a fauna e para todos os setores do ambiente natural, de tal modo a tornar improvável tenha desde já a ordem jurídica a sedimentação de uma consciência maturada, em tema de eleição de pressupostos definitivos para a aferição de resultados tão surpreendentes. Aliás, há que se convir que no campo da investigação jurídica, nem sempre satisfaz plenamente o caminho pelo método lógico-dedutivo, mas é preciso conjugá-lo com o experimental, pois neste estão presentes as circunstâncias de tempo e espaço.

Diante do amplo espectro de que se reveste a atividade atômica e da qual já tanto se falou,

tendem a militar em sentido inverso as causas excludentes de tal tipo de responsabilidade. Colimam as convenções internacionais e a lei interna (Lei nº 6.453/77) estabelecer certo equilíbrio entre a amplitude indimensionada do evento danoso e a obrigação de indenizar do ofensor. Esta encontra-se tarifada na lei pátria (artigo 9º), pelo teto máximo de 1.500.000 ORTNs, ou pelo índice monetário equivalente atual.

Dessa equação, poderá resultar residuo a ser rateado entre os credores ou vítimas do evento (art. 10), não se podendo descartar, ao nosso ver, a obrigação residual e direta do poder público, em termos de responsabilidade civil do Estado, de ressarcir a parcela de danos não satisfeita no rateio, bem como, indiretamente, a responsabilidade política da entidade estatal, da prestação de seus serviços assistenciais. Aliás, essa responsabilidade, que é subsidiária, desponta clara no artigo 14 da lei especial. Saliente-se que o seguro instituído pela lei nacional (artigo 13) poderá também não cobrir todo o valor da reparação econômica, pois seu teto deve obedecer aos limites estabelecidos no artigo 9º do mesmo diploma legal. Constata-se aí, em sua plenitude, o "princípio da socialização do risco", de que nos fala a doutrina, bem como em sentido inverso, a negação do princípio da responsabilidade civil ilimitada da teoria clássica, inscrito no art. 159 do nosso Código Civil.

Como se vê, as escusas à reparação do dano nuclear apresentam-se sobremodo limitadas, devido à natureza desse tipo especialíssimo da responsabilidade civil, que se qualifica pelo grau máximo de exacerbação do perigo das teorias objetivas. Nessa perspectiva, as escusas se restringem aos eventos extremados e expressos na legislação especial, de modo que a responsabilidade por danos nucleares se reveste de verdadeira obrigação legal de ressarcimento.

Destarte, figuram como escusas objetivamente a não ocorrência de dano nuclear, o que parece afirmar o óbvio, e subjetivamente, a exoneração parcial do "operador", se o evento ocorrer por culpa exclusiva da vítima (art. 6º).

As outras excludentes pertinentes à responsabilidade civil clássica embasada na culpa e à responsabilidade objetiva ou pelo risco, não são admitidas, salvo a força maior. Esta, porém, não tem a configuração ampla, comum às outras espécies de responsabilidade civil, mas está res-

trita aos casos de conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza (art. 8º). O caso fortuito não figura como excludente³⁰.

A responsabilidade civil por dano nuclear, como se viu, projeta-se no vasto universo da responsabilidade civil em geral com muitos destaques especiais. Com efeito, se quanto às situações objetivas consideradas para a projeção do dano verifica-se uma ampla extrapolação dos critérios clássicos, contraditoriamente essa espécie de responsabilidade sofre limitação de ordem temporal (prazo limitado para a sua exigibilidade), limitação de ordem substancial (excludentes por guerras, hostilidades, etc.) e limitação de ordem valorativa (tarifamento do dano, art. 9º). Em razão disso, há que se concluir que o restabelecimento do "status quo ante" que preside toda a teoria geral da responsabilidade civil, na responsabilidade por dano nuclear não é absoluto, mas relativo, ou dizendo-se de outro modo, não é plena, mas tende a limitar-se. Deste modo, pode aqui não ser alcançada a satisfação plena dos direitos violados, como se ser a regra na responsabilidade comum, na qual, em tese, pode-se chegar até à exaustão do patrimônio do ofensor, para a satisfação do ofendido, dada a inexistência de limites para a reparação.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 É nessa ordem de idéias em que está centrado o pensamento de Georges Ripert, in: *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*, trad. portuguesa por Osório de Oliveira, "passim", Ed. Livraria Acadêmica — Saraiva & Cia., São Paulo, 1937.; Ver tb. Henri Lalou — *traité Pratique de la Responsabilité Civile*, pp. 1-3, 4.ed., Paris, Dalloz, 1955.
- 2 Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, v. 1, n. 113, p. 384, Ed. Forense, 1966.
- 3 Lalou. *Traité cit.*, p. 1.
- 4 Guido Gentile. *La Responsabilità Civile Extracontrattuale automobilistica. Estratto da Responsabilità Civile e Previdenza*. Milano, Ed. Giuffrè, v. XVIII, n. 2, pp. 97-98, 1952.
- 5 *O Código de Hammurabi*. trad. portuguesa de E. Bouzon. Petrópolis, Editora Vozes, p. 87, 1980.
- 6 Silvio Meira. *A Lei das XII Tabuas*. Rio, Edição Forense, p. 38, 1972.
- 7 Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade Civil*. Rio, Forense, n. 2, pp. 6-7, 1991; Guido Gentile. *La Responsabilità Civile Extracontrattuale Automobilistica. Estratto da Responsabilità Civile e Previdenza*. Ed. Giuffrè, v. XVIII, n. 2, p. 98 e nota 2, 1952.

- 8 Sobre a aprovação da "Lex Aquilia" no século V ou VI de Roma, v. Blas E. Rossi Masella. *La Lex Aquilia*. Publicação da Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, n. 16, pp. 64-68, 1951.
- 9 Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade Civil*. Ed. Forense, n. 4, pp. 6-9, 1991.
- 10 Arangio-Ruiz. *Responsabilité Contractuelle*, p. 266; Pietro de Francisci. *Sintesis Histórica del Derecho Romano*, trad. espanhola, Editorial de Derecho Privado, Madrid, p. 501, 1954.
- 11 Gaio. *Instituciones*. Edição bilingüe latin-espanhol, III, n. 211, cuja tradução em língua vernácula é a seguinte: "Entende-se matar injustamente quando tal sucede por dolo ou culpa; nenhuma outra lei pune o dano causado sem injustiça; resta impune, pois, aquele que sem culpa ou dolo mau, comete dano por acidente" (Editorial Civitas, Madrid, 1985).
- 12 Mazeaud & Mazeaud. *Responsabilité Civile*, v. 1, n. 27; Marcel Planiol. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, v. 2, n. 863.
- 13 Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade Civil cit.*, n. 5, pp. 9-11.
- 14 Publicações Dalloz. *Code Civil*, pp. 872-932, Edição Dalloz, Paris, 1989-1990.
- 15 Limongi França. *Responsabilidade Aquiliana e suas raízes*. In: *Responsabilidade Civil*. Coordenação de Yussef Said Cahali. Edição Saraiva, S. Paulo, pp. 241-261, 1984.
- 16 Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade Civil cit.*, n. 15, p. 22.
- 17 Jean Carbonnier. *Droit Civil*. Ed. Presses Universitaires de France, Paris, v. 4, p. 319, 1979.
- 18 Caio Mário. *Responsabilidade Civil cit.*, n. 15, p. 22.
- 19 Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares*. Edição RT, São Paulo, n. 5, pp. 30-31, 1985.
- 20 O pioneirismo no Brasil, acerca dessa triplíce classificação das situações de perigo, cabe a Carlos Alberto Bittar (ver *Responsabilidade Civil*. Edição Forense Universitária, São Paulo, n. 17 a 22, pp. 23-28, 1989).
- 21 Vide Savatier. *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui*. Dalloz, Paris, 3.ed., p. 322, 1964.
- 22 Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares*. Edição RT, São Paulo, n. 6, pp. 36-40; n. 7, pp. 40-41 e n. 9, p. 59, 1985.
- 23 Savatier. *Traité de la Responsabilité Civile em Droit Français*. Ed. Librairie Générale, Paris, tomo I, p. 355, 1951.
- 24 Karl Larenz. *Derecho de Obligaciones*. Trad. esp. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, tomo II, p. 664, 1959; ver tb. Harm Peter Westermann. *Código Civil Alemão — Direito das Obrigações. Partil Geral*. Trad. portuguesa por Armando Edgar Laux. Edição Sérgio Fabris, Porto Alegre, pp. 133 e 144, 1983.
- 25 Ennecerus L., Kipp T., Wolff, M. *Tratado de Derecho Civil — Derecho de Obligaciones*. Trad. esp. Ed. BOSCH, Barcelona, Tomo II, 2º, v. 2, p. 1024, 1966.
- 27 Guido Fernando Silva Soares. *Direito Nuclear*. In verbete na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 27, p. 382.
- 28 Figura como principal organizador desse sistema, Enrico Jacchia, *Il Rischio da Radiazioni nell'Era Nucleare*. Ed. Giuffrè, Milano, p. 53 e ss., 1963.

- 29 Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares cit.*, n. 20, pp. 141-145.
- 30 ———. *cit.*, n. 28, pp. 207-211.

BIBLIOGRAFIA

- BITTAR C.A. *Responsabilidade Civil*. Forense Universitária, São Paulo, 1989.
- . *Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares*. RT, São Paulo, 1985.
- . *Responsabilidade civil na atividades perigosas*. In: *Responsabilidade Civil*. Coordenação de Yussef Said Cahali, RT, pp. 85-103.
- CAHALI Y.S. *Responsabilidade Aquiliana e suas raízes*. In: *Responsabilidade Civil*. Ed. Saraiva, pp. 241-261, 1984.
- CARBONNIER J. *Droit Civil — Les Obligations*. Presses Universitaires de France, Paris, v. 4, 10.ed. 1979.
- DIAS J. de A. *Da Responsabilidade Civil*, 2.ed. Forense, Rio, 1950.
- DI MARTINO V. *La Responsabilità Civile nelle Attività Periculose e Nucleari*. Giuffrè, Milano, 1979.
- ENNECERUS K.Y.W. *Tratado de Derecho Civil — Derecho de Obligaciones*. Trad. esp., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1966.
- FRANÇA R.L. *Jurisprudência de Responsabilidade Civil*. RT, São Paulo, 1981.
- FRANCISCI P. de. *Sintesis histórica del Derecho Romano*. Trad. espanhola, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- GAIO. *Institutas*. Edição bilingüe latin-espanhol, Editorial Civitas SA., Madrid, 1985.
- JACCHIA E. *Il Rischio da Radiazioni nell'Era Nucleare*. Giuffrè, Milano, 1963.
- LALOU H. *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*. Dalloz, Paris, 1955.
- LARENZ K. *Derecho de obligaciones*. Trad. espanhola. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1959.
- MASELLA B.E.R. *La Lex Aquilia*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1951.
- MAZEAUD H.L.J. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle*, 4.ed. Sirey, Paris, 1947.
- MEIRA S.A.B. *A Lei das XII Tabuas*. Forense, Rio, 1972.
- MELO DA SILVA W. *Responsabilidade Sem Culpa*, 2.ed. Saraiva, São Paulo, 1974.
- PEREIRA C.M. da S. *Instituições de Direito Civil*. Forense, Rio, v. 1, 1966.
- . *Responsabilidade Civil*. Forense, Rio, 1991.
- PLANIOL M. & RIPERT G. *Traité Pratique de Droit Civil Français*. Librairie Générale, Paris, v. 6, 1952.
- RIPERT G. *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*. Librairie Générale, Paris, 1949.
- SAVATIER R. *Traité de la Responsabilité Civile em Droit Français*. Tomo I, Librairie Générale, Paris, 1951.
- SOARES G.F.S. *As Salvaguardas e os Acordos Nucleares*. José Buskeltos, S. Paulo, 1977.
- WESTERMANN H.P. *Código Civil Alemão — Direitos das Obrigações — Parte Geral*. Trad. portuguesa de Armando Edgar Laux. Sérgio Antonio Fabris, P. Alegre, 1983.

Expectativas Legítimas dos Consumidores nos Planos e Seguros Privados de Saúde e os Atuais Projetos de Lei¹

CLAUDIA LIMA MARQUES

Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Mestre em Direito pela Universidade de Tübingen, Alemanha e
Doutora pela Universidade de Heidelberg

INTRODUÇÃO

Três valores são cada vez mais raros e, por isso, valiosos no mundo atual: segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros. Estes três valores são oferecidos no mercado através dos planos e seguros privados de saúde, os quais possibilitam a transferência legal de riscos futuros envolvendo a saúde do consumidor e de seus dependentes a serem suportados por empresas de assistência médica, cooperativas ou seguradoras, prometendo a seu turno segurança e previsibilidade, face ao pagamento constante e reiterado das mensalidades ou prêmios. A relação entre paciente e médico sempre foi caracterizada como uma relação de confiança.² No mundo de hoje, parte desta confiança (*fides*) vai ser transferida para o organizador destes planos e seguros,³ confiança que o consumidor deposita na adequação e qualidade dos serviços médicos intermediados ou conveniados, na previsibilidade do financiamento leal dos eventos futuros relacionados com saúde.

Na prática, porém, multiplicam-se os problemas envolvendo os serviços prestados por seguradoras ou empresas de assistência médica face a abusividade dos contratos de medicina pré-paga ou dos contratos de seguro-saúde; face ao desrespeito dos patamares de boa-fé na execução destas relações de consumo, face a criatividade quase sem limites dos elaboradores das regras contratuais, que abusando de sua posição de poder (*Machtposition*), contam com a passividade da maioria dos consumidores e com eventuais dissidências nos Tribunais principais.

Expectativas de prestação de um serviço seguro, previsível e de adequada qualidade no tratamento dos problemas de saúde do consumidor e sua família são despertadas no mercado através das atuais vendas agressivas de porta em porta ou através do massivo uso da publicidade comercial, sem que estas expectativas (agora) legítimas sejam cumpridas na prática e sem que direitos correspondentes sejam assegurados nos contratos destes planos de saúde e nos contratos de prestação de assistência médica. Ao contrário, tais textos contratuais massificados procuram exonerar o fornecedor de ter que assumir seu risco próprio profissional, qual seja ter que realizar com adequação e qualidade o objeto do próprio contrato, isto é, cobrir os riscos de saúde de seus associados, conveniados e clientes.

Sem um efetivo controle social, sem a formação de uma jurisprudência majoritária ou pacífica, observa-se hoje no mercado brasileiro um retrocesso nos níveis de proteção do consumidor de serviços de saúde. Este nível de proteção procurou ser assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), mas pode sofrer um novo abalo, se as práticas abusivas atuais de algumas empresas de seguro-saúde passarem a ser incluídas como normas legais, com a aprovação dos atuais Projetos de Lei, em especial do Substitutivo ao PL nº 4.425/94 do Senado Federal.

Urge uma mais efetiva e geral aplicação do Código de Defesa do Consumidor na área de saúde. Só assim a esperada harmonia e boa-fé nas relações entre consumidor e fornecedor de

serviços será restabelecida. Urge uma análise mais profunda e atenta aos projetos legislativos que tramitam em nosso Parlamento, assim como a devida manifestação dos setores envolvidos, pois tais projetos de lei podem transformar em conduta legal, condutas de intrínseco potencial abusivo, claramente contrárias ao disposto hoje pelo C.D.C. É nesse sentido que voltamos ao tema dos contratos de seguro-saúde⁴ para analisar em um primeiro momento o regime atual das relações de consumo envolvendo saúde, isto é, dos contratos entre seguradoras e prestadoras de medicina de grupo e os consumidores(I) e, em um segundo momento, analisar os projetos legislativos existentes e qual seria o regime jurídico proposto para estes contratos e relações uma vez aprovados (II).

I – REGIME ATUAL DOS CONTRATOS DE SEGURADORAS E PRESTADORAS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E MEDICINA DE GRUPO

Dois tipos básicos de contratos envolvendo prestação de serviços de saúde existem: os contratos de assistência médica, contratos geralmente firmados entre médicos e seus clientes, entre hospitais, grupos hospitalares e seus pacientes objetivando a *prestação direta* de serviços de saúde, tratamentos, operações, elaboração de exames etc; e os contratos de seguro-saúde, que envolvem a *prestação geralmente indireta* e organizada em forma de uma cadeia de fornecedores principais e auxiliares, de autorizações, franquias e reembolsos, visando cobrir a prestação de serviços médicos no futuro, em caso de necessidade. A maioria dos contratos de planos de saúde e de medicina em grupo caracteriza-se, face ao disposto nos artigos 129 e 135 do Decreto-Lei nº 73/66, como contratos de seguro-saúde. Este último tipo contratual é que interessa a nossa análise e que aqui será chamado de contratos de seguradoras e prestadoras de assistência à saúde e medicina em grupo, tendo em vista a denominação prevista no Projeto de Lei do Senado que, parece-nos, tende a incluir todos os planos e contratos de saúde em grupo como seguros e que será examinado na segunda parte deste trabalho.

O contrato de seguro-saúde vem, pois, definido e regulado em lei específica, o Decreto-Lei

nº 73 de 21 de novembro de 1966, lei reguladora dos seguros em geral. Segundo os artigos 129 e 135 do Decreto-Lei nº 73/66 são duas as modalidades contratuais que podem ser denominadas hoje de seguro-saúde: os contratos envolvendo reembolso de futuras despesas médicas eventualmente realizadas e os contratos de medicina pré-paga. No primeiro caso, os contratos de reembolso caracterizam-se pela relação tênue entre o serviço médico prestado, livremente escolhido pelo consumidor e a prestação da seguradora ou empresa de grupo bancário que administra este sistema de seguro-saúde (art. 129) e que somente reembolsa -totalmente ou parcialmente- as quantias pagas pelo consumidor pelo uso dos serviços médicos e hospitalares. A prestação de reembolso é direta, mas indireta é a relação e, portanto, a eventual solidariedade entre o segurador e o prestador direto de serviços de saúde ao consumidor (médico, hospital conveniados etc.). A segunda modalidade de seguro-saúde é a mais utilizada pelas cooperativas de médicos e redes hospitalares, onde há uma prestação direta de serviços médicos, pois já houve o pré-pagamento destas eventuais despesas médicas (art. 135). Esta modalidade de medicina pré-paga é hoje utilizada também pelas seguradoras e empresas de medicina em grupo, pois seus planos escolhem médicos e hospitais conveniados, onde a utilização por parte do consumidor não necessita de pagamento e posterior reembolso, mas inclui-se na idéia de serviços pré-pagos através dos prêmios dos seguros.

Estes contratos caracterizam-se como contratos cativos de longa duração⁵, categoria que procuramos examinar na segunda edição de nosso livro sobre contratos⁶, procurando demonstrar a vinculação estreita e reiterada entre o fornecedor/organizador dos serviços, no caso as seguradoras, empresas bancárias, empresas de medicina em grupo etc. e os consumidores. Estes consumidores contribuirão durante anos para a empresa, utilizando ou não os seus serviços regularmente a depender do estado de saúde do consumidor e de sua família, sempre porém, na expectativa de alcançarem uma certa segurança e tranquilidade em caso de eventos danosos a saúde no futuro. O centro destes contratos é, portanto, a transferência contratual de riscos futuros envolvendo saúde.

A – Redação e Execução dos Contratos Conforme a Boa-fé: Deveres de Conduta e de Cooperação Mínimos

O Código de Defesa do Consumidor impõe para as relações envolvendo prestação de serviços onerosos no mercado um patamar mínimo de boa-fé objetiva nestes contratos e relações de consumo (art. 4, inciso III do C.D.C.).⁷ Boa-fé significa aqui um nível mínimo e objetivo de cuidados, de respeito e de tratamento leal com a pessoa do parceiro contratual e seus dependentes.⁸ Este patamar de lealdade, cooperação, informação e cuidados com o patrimônio e a pessoa do consumidor é imposto por norma legal, tendo em vista a aversão do direito ao abuso e aos atos abusivos praticados pelo contratante mais forte, o fornecedor, com base na liberdade assegurada pelo princípio da autonomia privada. O C.D.C. presume o consumidor como parceiro contratual mais vulnerável por lei (art. 4, inciso I do C.D.C.) e impõe aos fornecedores de serviço no mercado brasileiro um patamar mínimo de atuação conforme à boa-fé. O Princípio da Boa-fé nas relações de consumo, incluindo as envolvendo direta ou indiretamente a prestação de serviços de saúde (art. 3, §2 do C.D.C.), atua limitando o princípio da autonomia da vontade (art. 170 *caput* e inciso V da Constituição Federal de 1988) e combatendo os abusos praticados no mercado.⁹

1. Redação Clara, Destaques e Informação Correta do Consumidor

Para atingir este patamar mínimo de boa-fé em todas as relações contratuais envolvendo saúde e em especial nos seguros-saúde regula o C.D.C. não somente o prestar dos fornecedores, isto é, os seus deveres de prestação, mas também seus deveres básicos de conduta.¹⁰ O C.D.C. regula, assim, a relação contratual em sua totalidade, mesmo o seu momento preparatório, onde desde já exige deveres de conduta leal, e no seu momento de execução. No momento preparatório impõe deveres de informação clara e correta (art. 30 e 31 do C.D.C.), impõe deveres de redação contratual precisa e compreensível (art. 54 § 3º do C.D.C.) e de destaque especial para as cláusulas limitativas dos direitos dos consumidores (art. 54 § 4º do C.D.C.), sob pena destas

cláusulas não obrigarem os consumidores (art. 46 do C.D.C.) e sob pena das informações mal prestadas poderem ser exigidas (art. 20 e 35 do C.D.C.), isto é, do fornecedor ter de realizar as expectativas legítimas criadas nos consumidores por sua atuação. Neste sentido acórdão basilar do Tribunal de Justiça de São Paulo destaca a importância da informação do consumidor do conteúdo do contrato de adesão, afirmando: *"A cláusula que exclui o direito à internação hospitalar, em letras bem pequenas, evidencia que a contratada não cumpriu com a obrigação legal de dar destaque às limitações do direito do consumidor (art. 46 do C.D.C.). De se concluir, portanto que, o caso sub judice não pode ser solucionado pura e simplesmente com a invocação do vetusto princípio do pacta sunt servanda, já que, tratando de relacionamento contratual de adesão, formado entre consumidor hipossuficiente e iletrado e empresa de assistência médico-hospitalar dirigida por médico, incide com todo sua plenitude o Código de Defesa do Consumidor, sendo de rigor a aplicação do arts. 46 e 47 do Codex. A conclusão, portanto, é a da procedência da ação para o fim de reconhecer a responsabilidade da contratada pelo pagamento das despesas médico-hospitalares decorrentes da internação do contratante."*¹¹

O dever de informar é imputado pelo C.D.C. ao fornecedor (*caveat venditor*) e não ao consumidor (*caveat emptor*); logo, se o fornecedor descumprir seu dever de informar, violar o direito à informação agora assegurado ao consumidor (art. 6 III do C.D.C.), estará em verdade inadimplindo sua obrigação contratual.¹²

A informação adequada e clara, por exemplo, sobre os diferentes planos de saúde à sua disposição, sobre as exclusões, sobre os limites temporais, preço, sobre as carências, sob as sanções possíveis face ao descumprimento contratual do consumidor, a informação é obrigação do fornecedor de serviços de saúde (art. 30, 31 e 20 do C.D.C.), que responde também pela atuação e promessas de seus vendedores e representantes (art. 34 do C.D.C.).¹³ Informar correta e previamente o consumidor é um dever de conduta segundo a boa-fé imposto ao fornecedor de serviços pelo C.D.C. (art. 6, inciso III c/c art. 30 e 31 do C.D.C.). É dever de conduta cuja violação representa vício do serviço (art. 20 do C.D.C.), ensejando reexecução do serviço, redi-

bição ou diminuição no preço pago, a depender a sanção da escolha, logo, do interesse do consumidor (art. 20 *caput* e incisos I, II e III do C.D.C.).

2. Execução Contratual Conforme a Confiança Despertada: Riscos de Saúde e Riscos Profissionais

Os contratos de seguro-saúde são contratos aleatórios. O alies presente nestas relações refere-se, porém, à necessidade ou não do prestar do fornecedor. Certa é, porém, a qualidade e a quantidade desta prestação do fornecedor. Ocorrendo o evento futuro e incerto, no caso o problema de saúde, futuro envolvendo a saúde do consumidor e/ou de sua família, enquanto dependentes, assegura o contrato de seguro-saúde, enquanto submetido ao patamar mínimo de boa-fé e equidade nas relações de consumo estabelecido pelo C.D.C., uma prestação certa, uma prestação direta ou indireta dos serviços médicos contratados ou conveniados, um reembolso célere das quantias pagas ao médico ou hospital, em caso de seguro-saúde na modalidade de reembolso (art. 129 do Decreto-Lei nº 73/66).

Estes serviços fornecidos pela empresa de medicina em grupo ou por seus médicos conveniados deverão possuir a qualidade esperada e assegurar a segurança normal deste tipo de prestação de serviços. O C.D.C. estabelece duas garantias legais quanto aos serviços prestados no mercado brasileiro: a garantia legal de adequação do serviço ao fim que dele se espera (art. 24 C.D.C.) e a garantia legal de segurança do serviço (art. 8 c/c art. 14 do C.D.C.). Estas garantias significam a impossibilidade da transferência destes riscos para o consumidor através de cláusula contratual em benefício do fornecedor. Tais cláusulas ficam proibidas pelo art. 25 do C.D.C. e deverão ser consideradas como abusivas pelo aplicador da lei com base no art. 51, I e IV do C.D.C. Em outras palavras o C.D.C. proíbe a renúncia unilateral pelo consumidor de seus novos direitos. O contrato de seguro ou plano de saúde, mesmo solene, deve ser interpretado pró-consumidor (art. 47 do C.D.C.), declaradas nulas as cláusulas abusivas pactuadas ou presentes na apólice.

As informações prestadas pelos funcionários e vendedores,¹⁴ pela publicidade, pelos pros-

pectos e manuais entregues¹⁵ e pelo próprio nome do plano de saúde criam expectativas (agora) consideradas legítimas, que, uma vez descumpridas, caracterizam um inadimplemento contratual.¹⁶ Por exemplo, se a qualidade apregoada, o exame prometido, a cobertura de determinada doença, a inclusão de filho recém nascido, o atendimento de emergência ou a internação pactuada não foi cumprida há falha no serviço.

A execução é falha, pois é aquém do informado, do prometido ou veiculado, como em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 5 de agosto de 1992, onde cláusula contratual autorizava de maneira genérica a possibilidade "de ocorrer limitações nas coberturas contratuais". Tendo a empresa internamente limitado estas coberturas quanto aos honorários médicos a 50 Unidades de Serviço, a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça/RS considerou que houve falha na informação pré-contratual e, portanto, tal limitação não era aplicável ao consumidor afirmando: *"A obrigação de bem explicar o plano de saúde é da empresa ofertante do plano, cabendo-lhe a obrigação inafastável de bem informar seus clientes efetivos ou potenciais de todos os termos do contrato."* Tal cláusula era também claramente abusiva, pois permitia a mudança unilateral do conteúdo do contrato por parte do fornecedor (art. 51, XII do C.D.C.); a solução do Tribunal foi, porém, mais efetiva do que a simples declaração de nulidade uma vez que, de forma analógica, utilizou o espírito do art. 46 do C.D.C., que desobriga o consumidor frente às obrigações contratuais assumidas, sem que ao consumidor tenha sido dada a adequada oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo verdadeiro do contrato.¹⁷

Se o conteúdo contratual foi reduzido unilateralmente ou por má prestação (o responsável pela organização, por exemplo, do plano cancela o convênio com importante hospital ou entidade que dava apoio especial a determinado tipo de doença etc.), a execução está incompleta ou imprópria, há inadimplemento parcial, há quebra da base do negócio. O C.D.C. inova dispondo em seu art. 20 que há vício do serviço, neste caso específico de disparidade entre as informações prestadas, que despertaram a confiança do consumidor, que o levaram a contratar, e a qualidade do serviço efetivamente prestado. Em caso de vício do serviço por informação, o

consumidor poderá exigir ou a reexecução do serviço, ou a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço (art. 20 do C.D.C.).

3. Deveres de Cuidado e Cooperação: Adimplemento Contratual Total

Os deveres anexos oriundos do princípio de boa-fé positivado no C.D.C. não se restringem aos deveres de informação, mas incluem mais dois importantes deveres: o de cuidado e o de cooperação.

O dever de cuidado refere-se aos cuidados redobrados que os parceiros contratuais devem ter durante a execução ou os atos preparatórios à execução contratual para não causar dano ao parceiro contratual, por exemplo, divulgando seus segredos profissionais revelados na fase de tratativas, ou divulgando informações sobre as posses e a condição financeira de seu parceiro, em um contrato submetido ao regime de sigilo bancário ou informações falsas sobre a situação financeira do consumidor, conseguidas através de um banco de dados montado pelo fornecedor.¹⁸ Estes cuidados referem-se ao patrimônio do parceiro contratual e a sua honra e ao seu crédito e imagem na sociedade, bens extrapatrimoniais protegidos atualmente pelo direito, cuja violação faz nascer o dever de indenizar (art. 6 VI do C.D.C.).¹⁹

Nos contratos envolvendo saúde o dever de cuidado pode voltar-se, por exemplo, à não-divulgação de dados sobre a saúde do consumidor (pessoa portadora do vírus HIV, por exemplo). O dever de cuidado refere-se também a um dever de segurança intrínseco à prestação conforme a boa-fé de um contrato de consumo, assim deve o fornecedor cuidar quando da utilização de um meio técnico (por exemplo, instrumentos, exames, laboratórios, medicamentos, plasma etc), que estes meios sejam próprios e de qualidade para realizar o objeto do contrato, para executar a sua obrigação de fazer da forma adequada. A imposição deste dever de cuidado no contrato tem por fim preservar a integridade pessoal (moral ou física) e a integridade do patrimônio do parceiro contratual.²⁰

O dever de cooperação é também um importante dever anexo em matéria de contratos envolvendo planos e seguros de saúde, uma vez

que estes contratos tendem a se prostrar no tempo, sendo a execução contratual não continua a depender da necessidade do consumidor, isto é, da existência ou não de problemas de saúde ou exames regulares a realizar. O dever de cooperação concentra-se na execução e impõe um novo patamar de boa-fé e respeito quando a prestação contratual do consumidor é necessária.

Ambos os contraentes devem cooperar para que o co-contraente possa adimplir, possa realizar a sua prestação contratual. Assim, se o consumidor deve adimplir, deve pagar as mensalidade ou o valor do seguro-saúde, deve a empresa possibilitar e não impedir ou dificultar este pagamento, deve estabelecer horários e locais compatíveis e não exigir, por exemplo, que uma pessoa doente venha adimplir pessoalmente etc. ou qualquer exigência sem fundamento, cujo intento é beneficiar-se da eventual inadimplência do consumidor em consequência das exigências contrárias à boa-fé.

Da mesma forma quando a empresa de assistência médica ou de seguro-saúde está obrigada a adimplir não deve, por exemplo, exigir uma série de documentos ou exames não efetivamente necessários, somente para impedir ou desmotivar o consumidor a exigir aquele tipo de prestação contratada e integrante do objeto do contrato envolvendo saúde.²¹ Agindo desta forma estará a empresa violando seu dever anexo de cooperação, dever de boa-fé, está adimplindo mal, inadequadamente e o consumidor pode exigir suas expectativas legítimas, face ao vício do serviço (art. 20 e 35 do C.D.C.).²² As exigências quanto à comunicação da internação também devem seguir este novo patamar de boa-fé e cooperação nos contratos de consumo.²³

B — Cláusulas Contratuais Principais e a Proteção da Confiança do Consumidor

1. Cláusulas Referentes a Transferência dos Riscos de Saúde

O contrato de seguro-saúde e os planos oferecidos no mercado devem especificar quais riscos de saúde estão efetivamente cobertos por este plano ou relação contratual, em outras palavras quais as doenças ou eventos cujo tratamento será suportado pelo plano ou seguro e quais as pessoas efetivamente incluídas. A presunção é

de que as doenças e eventos de saúde não especificamente excluídos estão cobertos pelo contrato de seguro-saúde ou plano, em virtude da garantia legal de prestação de serviços adequados e da qualidade necessária a realização das expectativas legítimas do consumidor. (art. 24 e 25 do C.D.C.). A interpretação das cláusulas contratuais e do contrato em sua totalidade deve — *ex vi lege* — ser sempre a favor do consumidor (art. 47 do C.D.C.).

Dentre as cláusulas que têm despertado o maior número de reclamações e disputas está a cláusula contratual que exclui da cobertura do plano ou seguro-saúde doenças "crônicas" e "genéticas". Estas denominações são genéricas em demasia, pois teoricamente todos as doenças podem ter um fundo genético ou quase todas podem evoluir para um estado que possa ser considerado "crônico". Estas denominações genéricas violam a confiança despertada no consumidor, impedem a realização de suas expectativas legítimas de um cumprimento adequado e previsível por parte do organizador do plano ou seguro-saúde no que se refere aos eventos de saúde futuros. Esta cláusula impede a realização do objeto do próprio contrato, desequilibra sobremaneira os direitos do consumidor assegurados por esta relação contratual, que pode a todo o momento ser "mutilada" pela inclusão da doença do consumidor ou de seus dependentes dentre esta categoria por mais que genérica das doenças "congenitas, genéticas, crônicas etc". Tais cláusulas ao desequilibrar a relação contratual atentam contra o patamar mínimo de boa-fé nas relações contratuais de consumo e devem ser declaradas abusivas pela jurisprudência com base no art. 51 inciso IV do C.D.C. Tais declarações têm acontecido, mas pela pequena monta dos litígios, geralmente, em sede de Juizado Especial de Pequenas Causas, o que prejudica a sua força pedagógica e de exemplo para as demais decisões. As empresas seguradoras e congêneres tentam de sua parte impedir que tais causas sejam levadas aos Tribunais, propondo acordos, pois lucram com a passividade da maioria dos consumidores, que se submetem a estas cláusulas as imaginando legais e não abusivas frente ao C.D.C. Da mesma forma tornam-se litigiosas as doenças preexistentes,²⁴ também excluídas por previsão contratual, mas de desconhecimento do consumidor leigo (caso

de boa-fé subjetiva). Como as empresas de praxe não exigem exames médicos detalhados para a inclusão dos consumidores, prevalece a presunção de boa-fé do consumidor.²⁵ Se realizaram os exames e aceitaram o consumidor em suas condições, aceitaram implicitamente cobrir suas doenças, caso não haja previsão contratual sobre as condições especiais de aceitação do consumidor.

2. Cláusulas Referentes a Segurança e Previsibilidade na Prestação Futura

Três tipos de cláusulas devem aqui ser destacadas: as cláusulas limitativas da responsabilidade do organizador do plano pelos serviços efetivamente prestados, cláusulas limitadoras das prestações contratuais ou dos gastos reembolsáveis, cláusulas referentes às carências.

No caso das cláusulas limitadoras da responsabilidade do organizador do plano, a jurisprudência começa a estabelecer casos de solidariedade implícita entre o intermediador, seguradora no sistema de reembolso e livre-escolha, e os prestadores de serviços, uma vez que o intermediador atua também como organizador indireto dos serviços conveniados efetivamente utilizados pelo consumidor e incentiva a utilização destes serviços conveniados. Quanto às cláusulas limitadoras das prestações contratuais, em especial as que referem-se a utilização das Unidades de Tratamento Intensivo por determinados números de dias ou horas, a jurisprudência é pacífica no sentido de sua abusividade, uma vez que tratam-se de casos graves e no mais das vezes imprevisíveis e incontroláveis (por exemplo, face ao perigo de reiteradas paradas cardíacas), não podendo o consumidor ser removido, sem perigo a sua saúde; devendo a internação nestes casos ser total, isto é, no tempo necessário para cada caso, de acordo com a determinação médica.²⁶

As cláusulas referentes às carências interessam a defesa do consumidor, uma vez que limitam a eficácia do contrato, subordinando esta eficácia ou parte dela à passagem de determinado período de tempo. A cláusula referente à carência apresenta um grande potencial abusivo, pelo desequilíbrio entre direitos e obrigações das partes no contrato, que causam. A cláusula fixando as carências deve, portanto, ser desta-

cada no corpo do contrato, como prevê o art. 54 § 3º do C.D.C., uma vez que é cláusula limitadora do direito de uso imediato do plano (limitação quanto à eficácia do contrato) e deve, principalmente, ser informada de forma prévia para o consumidor. Só com estes cuidados especiais terá o fornecedor cumprido com o seu novo dever de informar clara e adequadamente o consumidor antes da conclusão do contrato, assegurando ao consumidor a possibilidade de escolher e comparar os planos e serviços de saúde oferecidos no mercado brasileiro. A cláusula referente à carência pode também constituir uma cláusula abusiva, quando, por exemplo, é de tal natureza que surpreende o consumidor, constituindo uma cláusula surpresa. Assim, por exemplo, em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, considerou-se abusiva cláusula que previa a reabertura do prazo de carência caso houvesse um atraso no pagamento da mensalidade.²⁷ Da mesma forma, a carência pode ser considerada abusiva pelo simples fato de sua desproporcionalidade ou irrazoabilidade (art. 51, inciso I do C.D.C.).²⁸

II – REGIME PROJETADO PARA OS PLANOS E SEGUROS PRIVADOS DE SAÚDE EM CASO DE APROVAÇÃO DOS ATUAIS PROJETOS DE LEI, EM ESPECIAL DO SUBSTITUTIVO DO PL 4.425/94

Segundo levantamentos de 1992, 22% da população brasileira estaria ligada a algum tipo de serviço privado de saúde em grupo, sendo que destes 47% utilizavam a medicina de grupo, 16% o sistema de autogestão, 25% as cooperativas e só 8% os seguros-saúde *stricto sensu*. Os Planos de Assistência Médica ou Planos de Medicina em grupo são, portanto, os mais procurados, enquanto as duas modalidades de seguro-saúde, o das cooperativas e o de reembolso atingem somente 31% dos cliente potenciais.

Os Planos de Medicina em grupo utilizam-se de uma forma contratual mais benéfica ao consumidor, que é a dos contratos de Assistência Médica, possuindo rede própria de hospitais e laboratórios e, portanto, responsabilizando-se pela qualidade dos serviços prestados diretamente. Já as prestadoras de seguro-saúde, em especial as na forma de reembolso, vêem o reem-

bolso das quantias pagas como seu principal dever contratual, desonerando-se quanto aos erros no atendimento médico direto, mas tendo que submeter ao controle da SUSEP e a certas exigências formais, como a integralizar o capital, a constituir reservas técnicas para o pagamento das indenizações e prêmios. O Substitutivo do Projeto de Lei 4.425/94, por exemplo, que tramita atualmente no Senado Federal desconhece estas diferenças e propõe regular todos os contratos de planos e seguros privados de saúde de forma unitária, aproximando todos estes contratos aos contratos de seguro, desonerando de certa forma as empresas que trabalham com o sistema de medicina em grupo em forma de contratos de prestação direta de serviços de saúde. Neste sentido cabe uma análise, mesmo que sucinta, do campo de aplicação do referido projeto (A), assim como das principais modificações propostas por este substitutivo e outros projetos de conteúdo semelhante (B).

A – Campo de Aplicação

O art. 1º do substitutivo do Projeto de Lei nº 4.425/94, aqui denominado simplesmente de PL 4.425/94, esclarece que, sem prejuízo da aplicação da legislação específica já existente, pretende regular as atividades das sociedades seguradoras, das empresas de medicina em grupo, das cooperativas de serviços médicos, das entidades ou empresas de autogestão ou intermediação de serviços, bem como de cobertura de risco de assistência à saúde.

O parágrafo 1º do art. 1º do Projeto de Lei nº 4.425/94 traz a definição legal do que entende por “assistência à saúde”: “assistência médica, ambulatorial, hospitalar, preventiva, odontológica, farmacêutica e outras consideradas à proteção e à manutenção da saúde, a juízo de profissionais legalmente habilitados...”

O parágrafo 2º do art. 1º do Projeto de Lei nº 4.425/94 esclarece a intenção do Projeto em reduzir todos os contratos de “assistência à saúde” na categoria de seguros do Dec. 73/66, art. 129 e 135, isto é, seguros envolvendo reembolso das quantias pagas ou envolvendo prestação direta de serviços médicos através de redes conveniadas de prestadores diretos. O parágrafo 2º do art. 1º do Projeto de Lei dispõe que as referidas empresas poderão: “I- Nos planos privados

de assistência à saúde, manter serviços próprios, credenciar pessoas físicas ou jurídicas legalmente habilitadas e reembolsar o beneficiário das despesas decorrentes de eventos cobertos pelo plano; II- Nos seguros privados de assistência à saúde, tão só reembolsar o segurado, ou ainda, pagar por ordem e conta deste, diretamente aos prestadores livremente escolhidos pelo segurado, as despesas advindas de eventos cobertos na limites da apólice”.

O art. 1º do Projeto de Lei nº 4.425/94, portanto, estabelece um amplo campo de aplicação atingindo todos os serviços de medicina em grupo, autogestão, de planos de saúde e dos hoje denominados seguro-saúde. Divide-os em dois tipos, os de assistência médica direta (inciso I) e os de seguro ou reembolso indireto (inciso II), divisão esta que terá prováveis reflexos quanto à responsabilização solidária ou não das empresas pelos erros dos médicos, hospitalares, erros na prestação de serviço direta.²⁹ Ao igualar todos estes contratos como submetidos a esta lei, submete estes -hoje- três tipos de contratos envolvendo prestação de serviços médicos a um regime único, muito semelhante ao regime dos seguro-saúde atuais, como veremos a seguir.

A transformação destes planos, contratos de prestação de serviços de medicina em grupo, de serviços de autogestão e de seguro-saúde na opção reembolso ou prestação de serviços pré-pagos em uma categoria única de novos seguros, denominada de planos privados e seguros privados de assistência à saúde, parece-me, no primeiro exame, não ser positiva para os consumidores. O benefício só existiria se o regime a ser imposto pelo Projeto de Lei 4.425/94 assegurasse maior segurança, melhor cobertura dos riscos envolvendo saúde, maior previsibilidade e qualidade dos serviços prestados, significando assim um avanço na proteção contratual dos consumidores e não um retrocesso, como parece estar acontecendo. Cabe, portanto, o exame, ainda que sucinto, do regime proposto no Projeto de Lei em questão.

B – Normas principais

1. Sujeição ao Controle da SUSEP

Seguindo sua linha de transformar em seguro ou, pelo menos, submeter ao regime dos se-

guro-saúde todos os planos, seguros e sistemas de autogestão em matéria de assistência à saúde e medicina em grupo, o referido Projeto de Lei de 1994 estabelece em seu art. 4º que a SUSEP — Superintendência de Seguros Privados — será o órgão controlador das empresas que oferecerem estes planos e seguros privados de saúde. A SUSEP contará com o apoio e a orientação do CNSP — Conselho Nacional de Seguros Privados, criado pelo Decreto-Lei nº 73/66. Junto ao CNSP deverá haver registro (art. 2º do Projeto de Lei) e controle específico destas empresas para a manutenção (ou não) deste registro (art. 3º do Projeto de Lei). A infração ao Código de Defesa do Consumidor e à própria lei serão consideradas como motivos para o cancelamento do registro a ser decidido pelo CNSP (art. 2º § 4º do Projeto 4.425/94).

Apesar de bem vindo o controle do Estado sobre estas atividades, restam, porém, dúvidas se este controle poderá efetivamente ser realizado em nível nacional com os poucos recursos e pessoal destinados a este órgão. Se o controle não for rigoroso e efetivo, tende a desmoralizar-se como tem acontecido em outras áreas, onde o controle legalmente previsto é meramente formal, uma vez que seu efeito prático será escasso ou nenhum para a proteção dos consumidores, exigindo, portanto, o controle *a posteriori* pelo Judiciário. O controle por um órgão que não conta com a participação legitimadora de médicos ou dos consumidores e somente das empresas interessadas e suas confederações pode levar a decisões contrárias aos interesses dos cidadãos, teoricamente aqueles que deveriam ser protegidos por este controle.

2. Criação de um Plano ou Seguro Padrão e Segurança Mínima do Consumidor

A alteração legal que maior esperanças trouxe ao setor, foi a inclusão no art. 5º e 6º do Projeto de Lei de um Plano ou Seguro Padrão. Este deveria ser oferecido necessariamente a todos os consumidores e estabeleceria regras mínimas sobre a qualidade e as prestações de serviços de saúde asseguradas ao consumidor. Ocorre que o art. 6º § 1º do Projeto de Lei permite que sejam oferecidos e contratados no mercado planos e seguros cujas prestações sejam menores do que as do Plano Padrão. Logo, este plano não

é obrigatório ou mínimo, servindo apenas como um Plano a mais que deverá ser oferecido ao consumidor.

O Plano Padrão, como assegura o tratamento a doenças crônicas, congênitas e mesmo infecciosas³⁰, assim como um tempo mínimo de internação hospitalar de 60 dias e uma adequada qualidade e conforto na internação³¹, poderá ser um dos planos mais caros oferecidos por uma seguradora. Resta a dúvida se, não caracterizando o plano mínimo oferecido pela seguradora ou grupo, o Plano Padrão — na prática mais caro que os outros — realmente será utilizado pelo consumidor.

O Projeto de Lei em questão trata quase que exclusivamente deste Plano Padrão, tentando retirar as atuais práticas e cláusulas abusivas. Não se tratando, porém, de plano mínimo e de cumprimento obrigatório pelas seguradoras e empresas de medicina em grupo que trabalham no mercado brasileiro, creio que este tão discutido Plano Padrão n. 50 trará maiores vantagens para o consumidor brasileiro. Ao contrário, assim como está redigido o Projeto de Lei 4.425/94, reforçará ele a liberdade contratual total neste setor. Fora o Plano Padrão todos os outros poderão prever quaisquer exclusões, limites, aumentos por idade e carências, agora apoiados por autorização legal a *contrário*. Por força de lei posterior ao C.D.C. poderão os contratos prever todos os limites e exclusões desejados pelo fornecedor de serviços, que redige o contrato de adesão, desde que não seja no Plano chamado de Plano Padrão. O efeito poderá portanto, ser devastador, transformando em lei, em norma jurídica, práticas hoje consideradas abusivas pelo C.D.C. e pela jurisprudência brasileira.

Também quanto ao cumprimento do contrato conforme a boa-fé, nem o plano padrão previsto, parece estar consciente deste dever do fornecedor de serviços. Em seu art. 5 parágrafo único letra "d" prevê o Plano Padrão a cobertura integral para o filho recém-nascido. Para tanto, porém, fica o consumidor adstrito a inscrever o nascituro um mês antes de seu nascimento previsto, já como seu dependente, devendo obviamente pagar sua mensalidade, sem saber se a criança viverá ou não. Tal regra contraria os deveres básicos de cooperação entre contratantes, pois é claro que o consumidor deseja e espera a cobertura integral de seu filho por nascer como

seu dependente, mas este fato ainda não ocorreu e a exigência legal é exagerada. Imagine-se que o nascimento seja prematuro, neste caso o consumidor não terá ainda inscrito seu "nascituro" como tal, pois o faria somente um mês antes de seu nascimento e ficará assim sem poder cumprir a norma legal e totalmente sem proteção legal ou contratual. Cooperar é não impedir a execução esperada e harmoniosa do contrato, é não impor barreiras maliciosas ao contraente, barreiras que agora teriam base em lei!

O referido projeto de norma legal dificulta de tal maneira a inclusão do filho recém-nascido no plano ou seguro, que se fosse uma cláusula contratual normal, seria considerada pela jurisprudência como contrária a boa-fé, logo, abusiva, seja pelo direito tradicional, seja pelo C.D.C. Aqui, porém, se trata de um projeto de norma legal e as normas não podem ser "abusivas", normas são aplicáveis ao caso concreto (a depender do campo de aplicação da lei) ou não aplicáveis (por diferenças no campo de aplicação ou por conflitos de leis no tempo), ou, no máximo, inconstitucionais (por conflito com a Constituição).

Registre-se, portanto, o perigo de, ao regular por lei este Plano Padrão, instituir em lei práticas abusivas e cláusulas abusivas, que passarão a integrar o regime legal dos planos e seguros de saúde, prejudicando ainda mais os consumidores e renovando o trabalho do Judiciário, que já decidia pacificamente em sentido contrário. Tais normas desequilibram as relações contratuais privadas mais do que as cláusulas eventualmente abusivas e, portanto, violam os interesses e direitos dos consumidor já protegidos por lei e pela Constituição Federal (art. 5 XXXII). Chegamos ao ponto de afirmar que melhor seria que estas práticas e cláusulas continuem somente previsões contratuais abusivas, submetidas ao controle reequilibrador do C.D.C., do que incluídas em autorizações legislativas de origem e razoabilidade duvidosas.

3. Autorização Legal para Estipular Livremente Carências, Franquias e Limites Financeiros

O art. 8º do referido Projeto de Lei prevê ainda a faculdade do fornecedor de serviços de as-

sistência à saúde estipular carências de todos os tipos, sem qualquer limite temporal. O único limite é dado pelo parágrafo único do próprio artigo 8º ao dispor que "o prazo de duração do contrato será, no mínimo, o dobro do tempo da maior" das carências contratualmente previstas. Este limite pode desestimular, de certa forma, a estipulação de carências longas, pois se para um parto a carência pode ser de 3 anos, o contrato deveria ter uma duração obrigatória de 6 anos.

A norma, porém, não regula a possibilidade de reabertura das carências, instrumento geralmente usado pelo fornecedor para compelir o consumidor a uma prestação regular e difícil, sob pena de reabrir determinadas carências e deixar sem cobertura os eventos de saúde que estão ocorrendo no momento. Esta insegurança e o uso abusivo das carências deveria ser regulado em lei. A lei age exatamente no sentido inverso, autorizando a estipulação de qualquer carência e, com seu silêncio, autorizando a reabertura dos prazos das carências contratuais como forma de pressão constante contra o consumidor. Neste sentido, o projeto não merece apoio e deve ser melhorado.

Uma vez que o projeto de Lei transforma todos os planos e sistemas atuais de assistência médica em grupo em seguros, deveria também ter a coragem de impor prazos máximos de carências em lei, sendo assim, uma vez cumprida a carência em um dos planos "legalmente autorizados", estas carências deveriam ser aceitas em outros planos ou seguros privados, coordenando a lei o repasse interno entre as empresas dos valores. Esta medida sem dúvida aumentaria a concorrência — pela qualidade — das empresas do setor e marcaria de maneira forte o controle do Estado para que o consumidor não seja mais um joguete entre planos, carências, rescisões e renovações contratuais, como está acontecendo hoje em dia.

O art. 8º do Projeto de Lei autoriza igualmente a estipulação de limites financeiros para o reembolso das quantias pagas e limites quanto às franquias concedidas contratualmente aos consumidores para o uso livre. O exato conteúdo contratual ficará assim a cargo exclusivo do fornecedor, principalmente se estes limites financeiros forem indexados, com o uso de indexador próprio das empresas ou das entidades médicas. Uma vez que o projeto de Lei silencia sobre

a possibilidade de modificação destes limites financeiros e franquias durante a execução do contrato, que é naturalmente de longa duração, cabe lembrar a proibição prevista no C.D.C., art. 51 inciso XIII, de cláusulas que permitam a variação unilateral do conteúdo do contrato, uma vez que tais cláusulas são abusivas e nulas.

4. Autorização Legal para Majorações do Preço por Idade e Conflito Quanto às Renovações Contratuais

Por fim cabe mencionar, outra prática abusiva do mercado que passará a ser autorizada por lei. O Projeto em questão faculta em seu artigo 9º de forma genérica qualquer a majoração das prestações ou contribuições, mencionando especificamente que esta majoração também poderá ocorrer com base apenas na idade que atingiu o segurado ou consumidor. Tal norma desconsidera totalmente quantos anos o consumidor está contribuindo para este plano ou seguradora, desconsidera suas expectativas de segurança e previsibilidade do serviço e permite que, no momento em que mais necessita destes serviços e da transferência para o sistema de seguros dos seus riscos de saúde, venha a ter seu valor majorado de forma que venha a deixar o sistema e perder esta segurança. O Projeto silencia sobre o valor máximo da valoração, autorizando-a simplesmente. Se o aposentado, que agora onera este sistema para o qual contribuiu durante anos, talvez sem utilizá-lo, não se retirar em virtude da autorizada majoração das contribuições, a omissão do Projeto de Lei permite ainda que a relação contratual termine ao fim do prazo do contrato, uma vez que a renovação não foi regulada em lei. Apenas a denúncia unilateral pelo fornecedor de serviços, durante o prazo do contrato fica proibida pelo art. 7º do Projeto.

De resto, continuarão litigiosas as renovações unilaterais impostas pelos fornecedores com modificação do conteúdo contratual, as decisões de não-renovação contratual de pessoas idosas, e todas as demais exigências contrárias à boa-fé, hoje usadas, na tentativa de impedir a utilização por estas pessoas mais idosas dos serviços oferecidos e contratualmente acertados. Neste sentido, não inova o projeto e nem melhora a proteção das expectativas dos consumidores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previsão em Projeto de Lei de tais normas legais traz à luz perguntas importantes nos dias de hoje, em que se imagina um neo-liberalismo total, onde o Estado é substituído por empresas em suas funções essenciais, tais como assegurar saúde, educação e segurança aos seus cidadãos e opta por um controle descompromissado, por vezes fictício de tais responsabilidades transferidas. Estas perguntas revelam a grande insegurança jurídica do momento que vivenciamos e podem ser assim resumidas: É possível revogar um princípio legal, intrínseco ao um sistema jurídico, como o da boa-fé nas relações privadas, através de simples norma ordinária? Podem normas legais, elaboradas sob o interesse de determinados grupos econômicos e agentes no mercado, realmente autorizar a atuação conforme a má-fé objetiva, na esperança de prejudicar o co-contratante que, por exemplo, esquecerá de inscrever seu filho exatamente um mês antes do nascimento ou simplesmente não poderá fazê-lo por acaso da natureza? Basta estipular por lei um caso de abuso do direito e este potencial abusivo desaparece, tornando-se jurídica a atuação objetivamente abusiva? Será possível submeter o Judiciário e os aplicadores da lei a dar aplicação e eficácia a estas novas normas legais, mesmo se contrárias aos princípios de nosso sistema, aos próprios princípios constitucionais da atividade econômica (art. 170 CF/88) e aos direitos básicos do cidadão (art. 5XXXII CF/88)?

São perguntas difíceis, que tenho certeza serão respondidas a contento pelo Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal. Renovo somente a importância de um retorno ao estudo do sistema, à filosofia do direito e à procura da justiça para o caso concreto. É necessário dar destaque aos valores e princípios mestres como linhas básicas do direito, sob pena de, nestes tempos pós-modernos, desmoralizar-se a ciência do direito, que não saberá dar respostas justas para os casos mais simples, tão grande é o número de leis casuísticas e os interesses em conflito no caso concreto. Os princípios positivados no Código de Defesa do Consumidor podem ajudar neste caminho, oxigenando nosso direito civil e garantindo efetividade aos princípios constitucionais. Em resumo, o direito e

as leis devem servir à justiça e à harmonia social e não somente à economia e aos interesses momentâneos.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 Versão atualizada do trabalho apresentado no I Congresso Mineiro do Consumidor - Saúde e Qualidade, dia 17 de maio de 1996, em Belo Horizonte, organização BRASILCON/MG e Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
- 2 Assim Bourgoignie, Thierry, En guise de conclusion — Les relations patients-medecins de demain, in: Actes des VIIIes Journées du droit de la consommation des 6 a 7 de décembre 1993, INC HEBDO/866, 1994, p. 82.
- 3 Assim também Gherzi, Carlos Alberto, Contrato de Medicina prepaga, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 201.
- 4 Veja sobre o tema o nosso artigo "A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil", in: Revista AJURIS 64, p. 34-77.
- 5 Preferimos esta denominação à denominação usada na Argentina, qual seja de contratos pós-modernos, veja Gherzi, La Posmodernidad Jurídica - Una discusión abierta, Ed. Gowa, Buenos Aires, 1995, p. 45ss. Contratos cativos de longa duração são contratos de massa envolvendo serviços especiais e complexos renováveis no tempo, envolvendo uma série de fornecedores ou cadeia de fornecedores diretos e indiretos e que acabam por criar uma espécie de catividade ou dependência do consumidor para futuros contratos, futuras prestações ou mesmo para atingir o objetivo contratual postergado no tempo. Exemplos destes contratos são os contratos bancários ou financeiros que formam a relação banco-cliente/banco-cliente especial, os contratos de previdência privada, os contratos de uso de cartão de crédito, os seguros em geral, os serviços de organização e aproximação de interessados, como os fornecidos pelas empresas de consórcio e imobiliárias, os serviços de informação e lazer por cabo, telefone, televisão, computadores, assim como os serviços públicos ou privatizados de fornecimento de água, luz, telefone, e também os aqui mencionados contratos de seguro-saúde e de assistência médico-hospitalar ou de medicina em grupo.
- 6 Veja o nosso Contratos no Código de Defesa do Consumidor — O novo regime das relações contratuais, 2.ed., Revista dos Tribunais, 1995, p. 57ss.
- 7 Sobre a boa-fé nas relações de consumo e a cláusula geral de boa-fé do art. 51, inciso IV do C.D.C., veja Aguiar Jr., Ruy Rosado de, A Boa-fé na relação de consumo, in: Direito do Consumidor, vol. 14, p. 20ss.
- 8 Sobre a boa-fé como regra (objetiva) de conduta nas relações contratuais e no C.D.C., veja Junqueira de Azevedo, Antonio, A boa-fé na formação dos contratos, in: Direito do Consumidor, vol. 3, p. 78ss.
- 9 Assim tb. Junqueira, ob.cit., p. 84s.

- 10 Estes deveres de conduta originários da boa-fé são denominados de *Nebenpflichten*, deveres anexos ou deveres laterais pela doutrina alemã, veja Larenz, Karl, Schuldrecht, I, Beck, 1991, p. 26ss e Couto e Silva, Clóvis, A obrigação como processo, Bushatsky, 1976, p. 111ss, que os denomina "deveres secundários".
- 11 Ap. 240.429-2/6, 16.C. j. 25-10-94, Rel. Des. Pereira Calças, in: RT 719/129.
- 12 Sobre o inadimplemento dos deveres anexos ou deveres laterais de conduta nos contratos, veja Emmerich, Volker, Das Recht der Leistungsstörungen, 3.Ed., Beck, Munique, 1991, p. 214ss ou a nossa obra, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, ob. cit., p. 78ss.
- 13 Veja decisão do TJSP sobre a falha na informação sobre carências e a obrigação de cumprir o informado suportando os gastos de "pequena cirurgia", in: RT 721/128. O Relator pondera: "No caso concreto existem dois aspectos a serem considerados. Em primeiro lugar a informação enganosa prestada à ré pela empresa Magnum, que intermediou a contratação. A prova oral mostra que à ré foi dito que, cuidando-se do seu reingresso como segurada, seriam dadas certas vantagens, entre elas a inexistência de carência para pequenas cirurgias. Incide a regra do art. 30 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Se a curetagem é ou não cirurgia de pequeno porte, constitui questão técnica, mas aos olhos do leigo, tanto mais que a internação foi de apenas um dia, parece que é."
- 14 Veja a este respeito decisão exemplar do Juiz Roberto de Abreu e Silva, 10ª Vara Cível, Rio de Janeiro, que incluiu o tratamento a portadores do vírus da AIDS, mesmo havendo cláusula excluindo o tratamento de "epidemias", tendo em vista as informações prestadas pelos vendedores e promotores de vendas, assim como pela publicidade veiculada, que modificaram o conteúdo contratual, in: Direito do Consumidor, vol. 16, p. 202ss.
- 15 Exemplo da força vinculatória da publicidade e prospectos entregues pode ser observado no Acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ap. Civ. 592022826, j. 15/04/92: "Plano de Saúde. Não pode a seguradora negar-se à modificação da cobertura médico-hospitalar ainda que para diminuí-la, bem como as prestações mensais devidas pelo segurado, desta prevista a faculdade no manual por ela fornecido. Devolução das diferenças em dobro [Código do Consumidor, art. 42 Parágrafo único e devidamente corrigidas desde a data da alteração pretendida." E esclarece o Des. Ivo Gabriel da Cunha, p. 04: "O autor viu-se na contingência de pagar o exigido ou perder o seguro avençado" .. "Ora, depois do Código do Consumidor, esse tipo de posição não é mais sustentável: o que está na publicidade obriga o contratante."
- 16 Veja decisões sobre o inadimplemento da empresa OMINT no tratamento de paciente de AIDS, in: RT 721/113 e RT 719/123. No acórdão de 26.6.95 da 1ª Câmara do TJSP (ap. 248.120-2/4) esclarece o Relator: "...a testemunha ouvida, às fls., esclareceu que a representante da apelante foi identificada de fato de ser o apelado soropositivo HIV+ e que, mesmo assim, informou não haver restrição à sua admissão, exceção feita à carência, tendo sido a representante quem fez a anotação na proposta. Assim, na forma do art. 47 (do C.D.C.), as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Dessa maneira, ao aceitar a apelante a proposta de admissão do apelado ao plano, pactuou-se que o apelado, por ser portador do HIV+ deveria respeitar a carência contida no manual. Esta a única ressalva ao atendimento ao apelado." (RT 721, p. 114).
- 17 Veja utilização semelhante do art. 46 e art. 47 do C.D.C. para retirar do vínculo obrigacional cláusula não informada convenientemente antes da assinatura do contrato, na decisão do 1º Tribunal de Alçada de São Paulo, Rel. Juiz Lobo Júnior, de 26.7.94, in: Revista Direito do Consumidor, vol 14, p. 172s.
- 18 Os autores portugueses denominam este dever de dever de proteção, veja Menezes de Cordeiro, António Manuel da Rocha e, Da Boa-Fé no Direito Civil, Almedina, Coimbra, 1984, p. 610.
- 19 Bom exemplo neste sentido é o art. 42 do C.D.C., onde o dever de cuidado com o parceiro contratual vem positivado, exigindo na cobrança de dívidas redobrado cuidado, lealdade e respeito com o consumidor. A violação deste dever de cuidado é punida com a devolução em dobro do indébito. (art. 42, parágrafo único do C.D.C.).
- 20 Veja detalhes sobre o dever de cuidado, em nosso Contratos, ob. cit., p. 87s.
- 21 Neste sentido a decisão do TJSP, interpretando como coberto pelo contrato novo tipo de exame de medicina nuclear, face às recusas da seguradora de autorizar tal exame, pretendendo vender plano mais dispendioso, veja in: RT 716/170, com a seguinte ementa: "Apostar recusa de exame de ressonância magnética solicitado por médico que faz parte do corpo clínico do convênio de assistência médica-hospitalar, a que pertence o conveniado, na omissão do contrato, é, no mínimo, utilizar de sofisma para coagir o associado a renunciar ao plano antigo e aderir aos novos e mais dispendiosos programas de assistência médica, refletindo conduta conflituante com padrões éticos exigíveis na espécie."
- 22 Veja neste sentido o parecer de Galeno Lacerda sobre contratos que permitem a utilização de médicos no exterior e de outro lado tentam limitar este tipo de serviço submetendo-os às regras brasileiras, in: RT717/117s.
- 23 Nesse sentido decisão do TJRS, de 22-10-91, Ap.C. 59105981, 6.C. Rel. Des. A. Libório Barros: "Assistência Médica. Plano de Saúde. Ressarcimento de Despesas. Descabe, por parte da entidade de assistência médica, a alegação de que o atendimento deuse em unidade hospitalar não credenciada e que o

- beneficiário deixou de comunicar. Impõe-se, pelas circunstâncias fáticas e pela interpretação do contrato, o ressarcimento das despesas efetuadas. Incluindo-se, aí, despesa com tomografia computadorizada."
- 24 Veja protesto do Deputado José Pinotti na audiência pública de 18/04/96, CFT N.0244/96, p. 23: "[O Plano exclue] também as doenças doenças preexistentes. Pode-se provar muito facilmente que uma mulher com câncer de mama, que assinou um seguro-saúde há dois anos, já tinha o câncer há cinco anos, porque é verdade. O câncer de mama leva dez anos antes de aparecer como um tumor de dois centímetros. Portanto, esse plano é um absurdo.."
- 25 Veja o regime desta cláusula bastante comum, no nosso artigo na Revista AJURIS 64, p. 64ss.
- 26 Veja decisão do TJSP citando a jurisprudência acen-tada, in: RT 723/346ss.
- 27 Ap. Civ. 592088512, 3ª C.Civ., 30-9-92, Rel. Des. João Loureiro Ferreira e Ap. Civ. 5 9201077, 2ª Câm. Cível, Relator Des. Ivo Gabriel da Cunha, não publicadas.
- 28 Assim decisão do TJSP de 25.5.95, Ap. 263.362-2/8, 10.C, Rel. Des. Borelli Machado, reproduzida in: RT 721/127, com a seguinte ementa: "A figura da abusiva a fixação do período de carência para pequenas cirurgias e, não tendo o convênio de assistência médico-hospitalar produzido prova alguma que justificasse o prazo tão alargado, aplica-se o art. 51, I do C.D.C."
- 29 Sobre a eventual responsabilidade solidária veja nosso artigo in AJURIS 64 e o artigo de França, Geraldo Veloso de, O Código do Consumidor e o exercício da medicina, in: Revista Direito do Consumidor, vol. 13, p. 56ss.
- 30 Veja art. 5º do Projeto de Lei nº 4.425/94, o qual exclui as doenças preexistentes à assinatura do contrato(I), tratamentos estéticos (III e V), inseminação artificial (IV), transplantes (VIII), tratamentos odontológicos (X), as calamidades e as epidemias (inciso XII).
- 31 Veja Parágrafo único do art. 5º do Projeto de Lei nº 4.425/94.

Sobre la Existencia de Una Familia Jurídica Latinoamericana

DIEGO P. FERNANDEZ ARROYO

Universidad Complutense de Madrid

Professor correspondente e co-orientador do

Grupo de Pesquisas do Deptº de Direito Público e Filosofia do Direito.

Coordenado pela Profª Claudia Lima Marques, UFRGS

SUMARIO

I — Introducción; II — Ubicación del "Derecho latinoamericano" em las Clasificaciones Tradicionales del Derecho Comparado; 1. El "Derecho Latinoamericano" Como Rama Diferenciada de la Familia Jurídica Romano-Germánica; 2. La "Originalidad" del Derecho Latinoamericano; III — Revisión de la Cuestión a la Luz de Una Concepción Funcional del Método Comparativo: 1. Perspectiva Funcional de la Actuación del Método Comparativo; 2. La Búsqueda de los Elementos Esenciales del Ordenamiento Mediante una Aproximación Compleja; 3. Método Comparativo Funcional, Clasificación de Familias Jurídicas y "Derecho Latinoamericano"; IV — A Modo de Conclusiones.

I — INTRODUCCION

1. En otras oportunidades, al ocuparnos de un tema tan concreto como es la codificación del Derecho internacional privado en América Latina, hemos hecho ya alusión a la cuestión que ahora tratamos¹. Allí, los respectivos desarrollos tenían una finalidad evidentemente explicativa aunque no por ello meramente referencial. Particularmente parecía importante desentrañar si los mecanismos de producción jurídica relativos a un sector específico y las relaciones reciprocas entre ellos, se veían de algún modo condicionados o diferenciados por el hecho de operarse dentro de una familia jurídica determinada. Desde esa perspectiva pudimos concluir que la idea central de la gran mayoría de los desarrollos teóricos comparativos, que pasaba por la reducción de los ordenamientos jurídicos a determinados tipos (familias jurídicas), choca contra los elementos particulares que presentan las distintas ramas del Derecho. Entre otras razones, porque cabe aceptar con alcance general que cada rama — dentro de un mismo ordenamiento — esta marcada por principios e influencias diferentes y que, por lo tan-

to, resulta prácticamente imposible acceder a una clasificación global plenamente satisfactoria².

No obstante ello, sin dejar de tener en cuenta esas conclusiones y siguiendo amables sugerencias, hemos de detenernos en el presente trabajo precisamente en la solvencia de los planteamientos referidos a la existencia de una familia jurídica latinoamericana. A tal fin consideramos pertinente seguir el hilo de algunos intentos clasificadores relevantes, tomando en cuenta la variación fundamental producida en la actuación del método comparativo desde los postulados más clásicos hasta su modernización "funcional"; es decir, distinguiendo dos corrientes básicas según el carácter de los elementos que se utilizan y la aptitud para captar la globalidad del ordenamiento jurídico de cada Estado³. Podrá intuirse rápidamente que a partir del tratamiento de la cuestión en el ámbito concreto definido, se acercarán argumentos más generales para una comprensión de la utilidad del método comparativo y de la trascendencia de la clasificación de los ordenamientos jurídicos en familias.

II — UBICACION DEL “DERECHO LATINOAMERICANO” EN LAS CLASIFICACIONES TRADICIONALES DEL DERECHO COMPARADO

1. El “Derecho Latinoamericano” Como Rama Diferenciada de la Familia Jurídica Romano-Germánica

2. La calificación de tradicionales con que hacemos referencia a determinadas clasificaciones alude al hecho de su repetición o sus imperceptibles modificaciones en las propuestas de autores de diferentes épocas. El elemento común a todas ellas es el basamento, bien que en mayor o menor medida, en criterios que podríamos considerar estáticos, por mor de su rigidez y su falta de aprehensión de la globalidad del fenómeno que se pretende abarcar. Así, se encuentran clasificaciones cimentadas sobre parámetros tales como la raza, el pasado común, la ideología dominante, la religión, el carácter predominante de una fuente del Derecho o el grado de influencia del Derecho romano u otras formulaciones jurídicas. La presencia del elemento común subrayado no impide ver diferencias en la caracterización de los mismos⁴. Pero como nuestro objetivo no consiste aquí en realizar una completa descripción de todas las clasificaciones ni su crítica, sino de descubrir la plaza que ocupa en ellas el Derecho latinoamericano y sus causas, nos basta con la señalización efectuada. Lo que importa es que los resultados del empleo de estos y otros criterios igualmente generales han sido habitualmente pobres y carentes de utilidad. Sin entrar todavía a la crítica que merecen en general los ensayos clasificatorios, es evidente que sólo si se siguen pautas más rigurosas en su confección pueden entrar a plantearse seriamente argumentos en favor y en contra de su solidez y del interés que presentan.

3. Hay constancia de casi tantas clasificaciones de órdenes jurídicos en familias como comparativistas han existido. Sin embargo es factible destacar sólo algunas de ellas haciendo referencia a los criterios tenidos en cuenta para su elaboración, obviando el tedioso y probablemente inútil trámite de confeccionar un catálogo exhaustivo y sin ajustarse necesariamente a una secuencia cronológica. Esto significa que pueden señalarse unas pocas clasificaciones,

suficientemente representativas, sobre la base de los distintos argumentos escogidos por sus autores para determinar la adscripción de cada ordenamiento a tal o cual familia jurídica. Es a partir de ahí que el esfuerzo se dirige a razonar la presencia del “Derecho latinoamericano” — o de los ordenamientos que lo conforman — en determinado sector de dichas clasificaciones: el constituido, según las diferentes concepciones, por la familia romano-germánica, (europeo) continental, del Derecho civil o, con mayor amplitud, occidental.

En efecto, y como ha quedado indicado, los criterios rígidos de los que hablamos nos llevan por un camino que desemboca siempre en formulaciones un tanto forzadas. Ciertamente, algunos de aquéllos tienen más relación que otros con la configuración de las familias, en razón de atender a un elemento de contenido jurídico; de este modo, el peso que ha ejercido el Derecho romano para la construcción de un ordenamiento equis podría tal vez parecer más idóneo a los fines propuestos que la raza de los habitantes del Estado donde está vigente. Sin embargo, todos brindan conclusiones insatisfactorias. Son incompletas, visiblemente incorrectas, o ambas cosas. A esto hay que añadir que en la elección de uno u otro criterio subyacen las convicciones espirituales del comparativista en tanto animal político, tiñendo de colores subjetivos los resultados de su tarea.

4. La raza es el argumento utilizado en algunas de las primeras clasificaciones. En éstas, los órdenes jurídicos de los Estados de América latina se incluyen explícita o implícitamente dentro de la familia correspondiente a la raza “romana” o “latina”. La inadecuación del criterio racial a la tarea descriptiva intentada por sus autores salta a la vista al observar las otras razas consideradas como significativas. Incluso, no siempre lo que se menciona como raza lo es en sentido estricto, ni se tiene en cuenta que éstas no se mantienen en estado puro y que su distribución en el mundo suele no coincidir con la división política y, por tanto con las fronteras jurídicas⁵. Así, aparecen en esos cuadros junto a la supuesta familia romana o latina, los derechos de los pueblos anglosajón, germánico, eslavo y musulmán⁶, o teutón, hindú y mahometano⁷, o inglés, musulmán, hindú y chino⁸. También se ha ensayado una división entre los pue-

blos de raza aria o indoeuropea, semita, mongólica y un cuarto grupo destinado a recoger los pueblos “bárbaros”, esencialmente costumbristas. En ella, los pueblos de Latinoamérica se colocan en el último sector (derechos de los pueblos “indígenas de América”) y en el primero, dentro de los derechos grecolatinos, que comparten una llamativa clasificación con los derechos hindú, iraní, celta, germánico, anglosajón y eslavo⁹.

5. Tan poco riguroso como el criterio racial se revela aquel que pone el acento en la actitud del ordenamiento considerado respecto de la religión¹⁰. Dentro de tal argumentación se destaca una familia occidental que, pese a no reconocer carácter de fuente del Derecho a las normas religiosas, presenta un espíritu religioso notoriamente influenciado por el cristianismo. Las otras familias identificadas en esta clasificación son la soviética, caracterizada por su sentimiento “antirreligioso”, y la de los derechos estrictamente religiosos, donde se ubican el canónico, el musulmán y el hindú¹¹.

La primera, que también se distingue por haber establecido una organización social y política de base capitlistica, se compone de cinco ramas: la angloamericana, la romanista — dominada por el modelo codificador francés —, una particular rama “de Derecho romano” que no siguió este modelo — donde se incluye a Cataluña y a Sudáfrica —, la escandinava — que no recibió ni el Derecho romano ni la codificación a la francesa — y, finalmente, la latinoamericana, que se excluye de la romanista porque además de la mayoritaria influencia francesa, sufre la impronta de los derechos español, norteamericano, alemán e italiano. Como puede colegirse, la división en ramas se realiza siguiendo un criterio que no guarda ninguna relación con el de la clasificación general, lo cual le quita todavía más sustento. Precisamente es la falta de fuerza y claridad de la argumentación lo que impide colocarla en el subepígrafe reservado a las clasificaciones que reservan un sitio al Derecho latinoamericano en razón de alguna nota de originalidad.

6. Más curioso aún es el intento de agrupar los ordenamientos jurídicos del mundo tomando en cuenta junto a otros elementos la lengua que se habla en los países donde están vigentes¹². En efecto, el autor del mismo, después de

considerar que existe una rama autónoma dentro de la familia jurídica latina que reúne a los derechos de España, Portugal, Iberoamérica, Puerto Rico y Filipinas, realiza una rara clasificación que ubica a la misma dentro de la familia (“áreas”) de ordenamientos jurídicos que presentan una unidad lingüística. En ésta ocupa una plaza junto a los derechos angloamericano, alemán y escandinavo. Las matizaciones que caben hacer a este engendro se convierten en asombro al contemplar que las otras dos familias que conforman el cuadro son la que agrupa a los ordenamientos ejemplares — en la cual se encuentran los derechos francés y soviético — y la de los derechos trascendentes — hindú, musulmán y chino no trascendente —¹³.

7. Por su parte, en las distintas clasificaciones ensayadas por R. David se reconoce una base ideológica muy clara, aunque el autor se esfuerza por mostrar una apreciación más amplia y compleja. Señaladamente, pone el acento sobre dos consideraciones: una técnica, relativa a las posibilidades que asisten a un jurista formado en el ámbito de vigencia de un ordenamiento para desenvolverse con solvencia en los otros, y otra ideológica, dirigida al tipo de sociedad que se pretende realizar. Sin lugar a dudas, ésta determina a aquélla y se convierte en la piedra angular de todos los intentos de David¹⁴. Sin embargo, al incluir en sus obras algunas disquisiciones acerca de la necesidad de no limitar el análisis comparativo sólo a ciertos aspectos de los ordenamientos en cuestión, recorrió una temática que sería desarrollada más tarde también por otros autores y allí radica su mayor mérito.

Su primera formulación¹⁵ dividía el horizonte jurídico en cinco grandes familias: occidental, soviética, musulmana, hindú y china. En tal construcción, la occidental descansa sobre dos derechos representativos: el francés (al que pertenecen los “Derechos de la América latina”) y el *common law*. Ambos tienen en común los principios políticos del liberalismo, la estructura económica capitalista y la moral cristiana, además de un sentimiento característico respecto al rol que debe cumplir el Derecho en la sociedad¹⁶. Como hemos indicado, la concepción pergeñada por este autor varía, pasando a componerse por tres familias: romano-germánica, *common law* y socialista¹⁷. En un cuarto grupo, como si del bostido de un payaso se tratara, mete

todo lo que queda fuera de aquéllas, llamándolos "sistemas filosóficos o religiosos", reconociendo que no constituyen familias propiamente dichas¹⁸. Lógicamente, los derechos latinoamericanos se ubican dentro de la familia romano-germánica, bautizada así para poner de relieve, junto al origen romano, la esencial aportación de la ciencia¹⁹.

8. Justamente, la ya señalada influencia del Derecho romano ha servido también como parámetro clasificador²⁰. Con ese argumento, se ha agrupado a los ordenamientos jurídicos según hayan sufrido una fuerte influencia del Derecho romano, ninguna o una mixtura de influencias romanas y germánicas. En el primer sector se encuentran los derechos rumano, italiano, español, portugués y griego, en el segundo Inglaterra, Rusia y los países escandinavos, y en el tercero Francia, Alemania y Suiza. Al ser una clasificación limitada a Europa, no se incluye ninguna referencia al Derecho latinoamericano, aunque posiblemente pudiera colocársela a caballo entre la primera y la tercera²¹.

9. Emparentada con la caracterización anterior, encontramos otra clasificación que toma en consideración entre otros elementos datos históricos, agrupando de esta manera los ordenamientos en los cuales se reconoce un pasado común²². Las siete familias localizadas desde tal perspectiva son: la francesa, la inglesa, la germánica, la escandinava, la soviética, la islámica y la hindú. Dentro de la primera, junto a los derechos de España, Portugal, Louisiana y Quebec entre otros, se ubican los derechos de América Latina. Queda claro que el origen común no garantiza una evolución idéntica de todos los ordenamientos²³, pero también es cierto que en caso de existir habrá de imprimir en alguna medida cierto carácter distintivo. De todas maneras, la carencia principal de la clasificación debe buscarse, una vez más, en su estructura formal y estática, que impide ver hasta qué punto los distintos ordenamientos no se mantienen "puros" dentro de la misma familia.

10. Por último, el peso decisivo de una determinada fuente del Derecho provoca que la codificación o, más exactamente, la actitud de cada ordenamiento frente a la misma, se convierta también en un parámetro²⁴. Con ese punto de partida se agrupan, de un lado, la familia europea continental o romanista y, de otro, la

del *common law*. Es decir que, en un trabajo a la vez simple y poco esclarecedor, se enfrentan los ordenamientos codificados a los no codificados. Entre los primeros, donde conviven "códigos muy distintos, se encontrarán los latinoamericanos por fuerza de la evidencia, aunque no siempre hayan sido tenidos en cuenta por los autores de este tipo de clasificación²⁵.

2. La "Originalidad" del Derecho Latinoamericano

11. Sin abandonar un punto de vista más o menos rígido, se ha ensayado justificar la existencia autónoma del Derecho latinoamericano, basándose en ciertos aspectos que le confieren originalidad. Dicha tarea no implica, evidentemente, negar la adscripción al tronco común romano-germánico, sino que intenta, con diferentes alcances, demostrar los perfiles propios que ha ido adquiriendo aquél en su evolución (*nomogenetics*), distinguiéndose así de la rama latina o francesa. Normalmente, la idea se ha limitado a agrupar los ordenamientos de la región, sobre todo desde una perspectiva latinoamericana. Sin embargo, en algunas construcciones desarrolladas en España, la comprensión de dicha familia abarca al ordenamiento de este país, haciéndola así ibérica y americana. Tal extremo no puede sorprender si se tienen en cuenta los lazos históricos y la importancia que se le han otorgado desde los campos más variados. Resulta de particular relevancia el efecto que han causado los trabajos españoles sobre no pocos estudiosos de otros países europeos — en particular, de Italia — que han realizado importantes trabajos de investigación sobre el Derecho de los países latinoamericanos. En todos ellos, sin embargo, el reconocimiento de una cierta sustantividad a éste, se opera sobre la base de demostrar la pervivencia del Derecho romano y la relativa impermeabilidad a las influencias de otras concepciones jurídicas²⁶.

Inevitablemente, el centro de atracción de gran parte de las distintas teorías esbozadas en torno a este punto, está constituido por los códigos civiles, que comenzaron a promulgarse en América Latina a mediados del siglo XIX²⁷, con algún antecedente más o menos aislado. La transcendencia que alcanzaron los códigos en el continente americano justifica en cierto sen-

tido esta tendencia. No obstante, no dejamos de reconocer que la sola atención a los mismo — especialmente en trabajos no suficientemente documentados — puede llevar a una falta de correspondencia entre el análisis y la realidad jurídica de nuestros días²⁸.

12. Desde muy temprano en la historia de los ensayos de clasificación en familias jurídicas, autores latinoamericanos inscriben su nombre en la corriente que nos ocupa. Ya a finales del siglo XIX C. Bevilacqua afirma que los ordenamientos latinoamericanos no resultan clasificables ateniéndose sólo a la influencia de los Derechos romano o bárbaro. Para ello se basa en la consideración de dos elementos que caracterizan a aquéllos, otorgándoles un tinte especial: la democracia y la libertad sobre las cuales se edifican²⁹. Sin escatimar el reconocimiento a la cualidad de labor pionera que la obra detenta, se impone alguna observación. Además de las críticas dirigidas a la falta de demostración de las notas distintivas y del hecho diferencial respecto a otros ordenamientos del mundo³⁰, parece factible impugnar la patente falta de correspondencia entre la clasificación tomada como referencia y los criterios utilizados en la diferenciación. Es decir, no se aprecia claramente cómo los argumentos empleados llevan a la justificación del carácter autónomo de la familia latinoamericana, dentro de una clasificación basada en la descendencia de determinados ordenamientos madres.

Dentro de la misma línea, pero haciéndola ganar en coherencia, se ubica una concepción que sólo toma en cuenta la filiación jurídica, midiéndola de acuerdo con la influencia específica de los elementos que se consideran característicos de cada ordenamiento³¹. de este modo se obtienen cuatro familias: consuetudinaria-bárbara (incluye los Derechos inglés y escandinavos), bárbara-romana (constituida por los de Francia, Alemania y Austria), bárbara-romano-canónica (España y Portugal) y romano-canónico-democrática (donde confluyen Rusia, Suiza y América latina). Como puede observarse, el elemento "democrático" que distingue a la última familia — proveniente de la clasificación anterior — provoca una originalidad discutible y no suficientemente demostrada, además de compartida. Sin embargo, más importancia que ese elemento demuestra el acento puesto en la

falta de influencia bárbara al otro lado del océano.

13. No deja de ser sorprendente que, sin escapar totalmente de los criterios estáticos, se hayan brindado varios y buenos argumentos al hecho diferencial del Derecho latinoamericano en un trabajo destinado a demostrar la indisolubilidad del vínculo existente entre éste y el Derecho europeo, en especial el francés³². La falta de precisión que se advierte en la explicación de algunos elementos tomados en consideración, no resta méritos a un estudio que presente, aunque tímidamente, dos cualidades sumamente positivas: la utilización algo desordenada de una pluralidad de criterios, jurídicos y extrajurídicos³³, que constituye la primera aplicación en este ámbito concreto de un germinal método comparativo funcional, y la aproximación mesocomparativa en el análisis.

En un plano general, el citado trabajo comienza estableciendo que mediante una "concepción realista, sociológica, del derecho", se constata entre los países de Europa y de América Latina varios caracteres comunes (lengua, tradición, creencia e ideal) y diferencias esenciales (geografía, economía, estructura social y raza), obviando aquí una discusión acerca del alcance de cada uno de estos elementos y de su compaginación³⁴, los señalados en último término brindan una pincelada básica de originalidad al Derecho latinoamericano. Si se pasa a la mesocomparación, que el autor realiza en dos niveles, se infiere otro tanto; de un lado, es original el modo de recibir el Derecho público anglosajón (concretamente, norteamericano)³⁵ y hacerlo convivir con Derecho privado de origen europeo continental, y, de otro, también lo es la mixtura que se produce entre las distintas ramas de éste: un Derecho civil alineado con el francés pero con elementos españoles y portugueses, un Derecho procesal civil dominado por estos últimos y un Derecho mercantil influenciado notablemente por el Derecho italiano³⁶. Igual resultado se obtiene de la observación de las fuentes del Derecho y los modelos recibidos. Así, en la legislación y en su técnica se vislumbra la impronta alemana; en el excesivo academicismo de las obras jurídicas, el autor intuye el parentesco con la doctrina italiana; la jurisprudencia, por su parte, abreva en las fuentes de los tribunales franceses. Finalmente, la originalidad

en la labor codificadora americana constituye el elemento más formal del análisis y su punto de llegada.

Ahora bien, el dato sorprendente al que hacemos referencia estriba en que después de esta quintuple argumentación, R. David concluye con la tesis que se había fijado *a priori*, la unidad del Derecho romano-germánico incluyendo a los ordenamientos latinoamericanos, reduciendo todo a una justificación basada en "las condiciones diferentes de desarrollo y de existencia de los países de Europa y de América"³⁷. La originalidad de determinados Ordenamientos no es susceptible de mirarse como un síntoma progresista o reaccionario, como pretende el insigne autor, mucho menos cuando se acaba de demostrar que se trata de una realidad objetiva u objetivable. Muy a su pesar, R. David inició un camino que otros han profundizado desde otras perspectivas, sin que esto signifique que se comparten sus criterios ni que se dé un alcance desmedido a esa constatación.

14. En las señaladas tesis españolas, el denominador común se encuentra en la innegable influencia del Derecho ibérico — sobre todo, hispano — sobre la configuración de los ordenamientos del Nuevo Mundo. En ellas, la sustantividad que se reconoce al Derecho latinoamericano redundando en una concreta diferenciación respecto de las otras ramas de la familia romano-germánica. Con el antecedente de las pocas referencias de F. de Solá Cañizares y J. Castán Tobeñas, es J. M^º Castán Vazquez quien desarrolla con más profundidad una investigación minuciosamente documentada en este sentido³⁸. Los criterios empleados por este autor se centran en los elementos históricos y culturales comunes y en los datos tangibles de la influencia jurídica española. Com ellos desentraña el "fondo común" de los ordenamientos latinoamericanos, constituido a partir de las siguientes pautas: el trasplante del Derecho castellano a América, el envío de libros jurídicos a las Indias³⁹, la obra de las Audiencias, las codificaciones americanas, y la práctica jurídica común en los países americanos.

Deben ponerse de relieve los dos caracteres centrales de la teoría. Por una parte aparece la limitación material de la familia así concebida

al Derecho privado⁴⁰; a su lado, la presencia en ella del Derecho privado español. La base histórica y cultural es innegable a fuer de evidente pero el dato jurídico precisa un mayor esfuerzo de comprobación, y esa es la tarea en la que ha brillado su autor. El grado de espontaneidad que se aprecia en la primera queda condicionado por los intereses estatales manifestados sobre el segundo⁴¹, y el nivel de exigencia se eleva notablemente. Visto desde otra perspectiva, traducir jurídicamente la señalada evidencia no es un trabajo simple, exento de complicaciones⁴². Sin disminuir un ápice los méritos de la teoría, parece deseable un reforzamiento del análisis de los elementos jurídicos actuales, en particular de las modernas influencias y de la práctica jurídica, para arribar eventualmente a una justificación completa y dinámica de la existencia de la tan mentada familia.

15. La corriente romanista, por último, ha partido de los datos anteriores para demostrar la pervivencia del Derecho romano en los ordenamientos latino-americanos⁴³. El denominador común de las diversas postulaciones de esta corriente lo constituye el particular realce del dato histórico-jurídico y, en su aspecto más formal, la atención preferente dada a los códigos⁴⁴. De esta manera, el análisis se produce en general con criterios estáticos⁴⁵, tendiendo a perder de vista la configuración tanto de los elementos extrajurídicos cuanto de la puesta en práctica de los jurídicos. Sin embargo, hay matices. Mientras algunos autores concluyen con el reconocimiento de una autonomía más o menos limitada del "sistema latinoamericano"⁴⁶, otros pretenden una homologación con los ordenamientos europeos, basada en el origen común⁴⁷. Dos aspectos de esta teoría merecen subrayarse especialmente. De un lado, la preocupación de juristas europeos no españoles sobre estas cuestiones, sobre todo por el hecho de la dificultad de ver en los ordenamientos latinoamericanos algo distinto de lo que se observa en sus pares europeos continentales⁴⁸. De otro, es preciso no olvidar aunque se comulgue con estos postulados, que la recepción del Derecho romano (y de buena parte del francés) en América, se operó a través de España⁴⁹.

III — REVISIÓN DE LA CUESTIÓN A LA LUZ DE UNA CONCEPCIÓN FUNCIONAL DEL MÉTODO COMPARATIVO

1. Perspectiva Funcional de la Actuación del Método Comparativo

16. El carácter incompleto y algunas veces inexacto que se desprende de las formulaciones concebidas exclusiva o prioritariamente a partir de elementos rígidos, desbroza el camino por el cual se desarrollan ideas que exploran la necesidad y la forma de perfeccionar una modificación del paradigma generalmente aceptado en la actuación del método comparativo. De igual modo que en la estructuración del panorama jurídico mundial en familias consideramos que dicha rigidez se concreta en la utilización más o menos aislada de los criterios que señaláramos, en otro tipo de estudios comparativos se manifiesta en la atención otorgada a las normas jurídicas generales, a la legislación, como objeto primordial o único de los mismos. Es frente a esta actitud generalizada que aquéllas ideas cobran fuerza, dando lugar a un método que, con variantes, permite una aprehensión global y realista de los ordenamientos considerados.

Ni que decir tiene que el cambio así operado reviste una importancia singular, aunque tal vez sea un poco exagerado hablar de una revolución científica⁵⁰. Aquí no se asite a un supuesto de modificación vertiginosa, mucho menos sorpresiva, de la situación anterior, ni se descartan los instrumentos que en el pasado servían para realizar esta concreta actividad. En efecto: no puede haber sorpresa cuando ya en el XIX se ponía de relieve la necesidad de apreciar la complejidad ofrecida por todos los elementos que se relacionan con el Derecho en su interacción social⁵¹; y no se produce una ruptura histórica con los criterios tenidos en cuenta en otras épocas sino que, en lugar de considerarlos individualmente, se combinan, se aplican dinámicamente y se pone el acento en los caracteres activos, en los que mejor determinan el perfil de cualquier ordenamiento, sistema, institución o fenómeno jurídico.

El término "funcional" aplicado al método comparativo, entonces, se comprende aquí como una actividad plural, multiforme, basada en el análisis de todos cuantos elementos se revelan como indicadores distintivos del Derecho. Pero

esta tarea no recae exclusivamente sobre la traducción positiva de éste, sino que se realiza observando también su eficacia social, esto es, sin perder de vista el verdadero impacto que las normas jurídicas ejercen sobre las soluciones concretas⁵². Más que de una reacción contra las actitudes excesivamente formalistas o positivistas cabe hablar de una evolución a partir de éstas. El paso del análisis estructural del Derecho a una actividad tendente a desentrañar el rol que desempeña en la sociedad ha sido una constante en los trabajos de los principales teóricos del Derecho especialmente a partir de la década del cincuenta, y en ningún caso supone un abandono del primero⁵³. Antes bien, la evolución señalada se va plasmando mediante la configuración dinámica de un permanente camino de ida y vuelta entre estructura y función, que permite la aprehensión global y realista del Derecho que indicáramos. Exactamente lo mismo se produce en el ámbito concreto del empleo del método comparativo⁵⁴.

En este orden de ideas, los conceptos y las categorías elaborados por la ciencia jurídica "tradicional" no tienen por qué entorpecer la producción científica explicativa así concebida⁵⁵. Incluso, si en algún estudio podía percibirse cierta tendencia en este sentido, sus propios autores se han encargado de matizarla y ponerla en sus justos términos⁵⁶. Existen, sí, multitud de estudios comparativos que se mueven en áreas "taxonómicas, descriptivas (y típicamente dogmáticas) más que explicativas"⁵⁷; pero hay un largo trayecto de allí a inferir la inutilidad de conceptos y categorías, mucho menos si éstos, bien que con un entendimiento parcialmente subjetivo, vienen a conformar la estructura de la nueva construcción "revolucionaria"⁵⁸. Una afirmación de tal talante y envergadura expresada por un jurista del mundo anglosajón, equivaldría a la caracterización de este Derecho como "bárbaro" efectuada por uno de la familia romano-germánica. Una y otra aparecen *prima facie* como un obstáculo para el trabajo comparativo, toda vez que evidencian la falta de comprensión de lo distinto y una cierta incapacidad para pensar el Derecho con otros fundamentos⁵⁹.

Muy lejos de nuestro ánimo está la idea de un respeto a ciegas de la tradición jurídica. Lo que aquí se intenta resaltar discurre por otros derroteros y hace referencia a que no es meto-

dológicamente lícito, habiendo entrado ya en los últimos años del siglo, identificar ciencia jurídica (romano-germánica) comparada con estudio exclusivo de la legislación, basándose en la supervivencia de la ecuación Derecho = normas jurídicas generales⁶⁰, cuando ya hace muchos años que comparativistas e iusfilósofos de esta familia han superado largamente ambos binomios. Con estas armas, convenientemente dinamizadas, intentamos nosotros también desarrollar una tarea esencialmente explicativa, en el convencimiento de que "ésta proporciona una base para la predicción y, consecuentemente, para la toma de decisiones"⁶¹.

17. Partiendo de la base de que la utilización del método comparativo no puede agotarse en la teoría jurídica ni en la legislación, la respuesta a la pregunta ¿qué debe compararse?, depende en todo caso del objetivo perseguido en la investigación. Delimitado éste, el empleo del método debe extenderse mucho más, abarcando la función normativa en general, la aplicación judicial o extrajudicial del Derecho, la interpretación y, con determinados parámetros, los criterios imperantes en los estudios sociológicos o filosóficos del Derecho⁶². La relación estrecha entre objeto de la investigación y comprensión del método en cada caso, de un lado, y la conveniente amplitud de ésta, de otro, no obstan a la necesidad de tener en cuenta algunas limitaciones que es preciso trazar en el campo de la comparación, limitaciones que pueden analizarse desde dos dimensiones, una referida a las materias a comparar y la otra relacionada con el número de sistemas conectados con la comparación. En términos generales, la primera se articulará sin dejar de merituar la particularidades de la vida social, económica o política de los ordenamientos en cuestión, que pueden provocar diferentes grados de comparabilidad según las materias implicadas. Si éstas se presentan como susceptibles de comparación y ordenadas al fin perseguido, la extensión de la otra dimensión queda a discreción del investigador⁶³. En este sentido, puede decirse que la labor de quien compara debe guiarse siempre por la finalidad perseguida con la comparación⁶⁴.

En la mayoría de los supuestos la restricción del número de ordenamientos elegidos se configura como un requisito indispensable a fin de

asegurar los resultados que se esperan obtener. Esto significa que la tarea de síntesis y la extracción de conclusiones válidas e interesantes se ve dificultada o directamente imposibilitada cuando no se opera la limitación⁶⁵. Son excepcionales los supuestos en los cuales es dable, incluso imprescindible, burlar tal frontera metodológica sin correr el riesgo de la pérdida de rigurosidad e interés del trabajo. De ellos el más obvio es el de la utilización del método comparativo para la configuración de las distintas familias jurídicas — lo que para algunos constituye precisamente el ámbito propio del Derecho comparado, justificando así su existencia en cuanto ciencia autónoma⁶⁶ — aunque se ha hecho hincapié en la tarea de preparación de proyectos para la unificación del Derecho⁶⁷.

Sin embargo, la finalidad concreta perseguida condiciona la utilidad práctica de cualquier clasificación y, muchas veces, aquélla suele estar emparentada con la unificación. Estas observaciones son aplicables por igual cuando la comparación discurre exclusivamente en pos de un tema acotado, de una materia concreta (microcomparación), cuando hace referencia a los "derechos" considerados en su unidad y totalidad (macrocomparación) y cuando, en definitiva, se plantea acerca de una rama determinada de la ciencia jurídica (mesocomparación). Si bien es cierto que, como se ha señalado, en la realización de cualquier estudio comparativo resulta siempre conveniente tener una visión de conjunto de los ordenamientos implicados, no lo es menos que existen multitud de trabajos que presentan solamente una labor microcomparativa, y que en sendos casos tienen validez las ideas esbozadas.

18. Desde una perspectiva diferente o, mejor dicho, complementaria a la hasta ahora descrita, la respuesta a la pregunta ¿qué debe compararse? puede construirse atendiendo no ya a las materias o a la cantidad de ordenamientos alcanzados por la comparación, sino a la manera en que cada uno de éstos articula sus normas, principios e instituciones para resolver los problemas concretos suscitados en la aplicación del Derecho⁶⁸. Básicamente, se trata de comparar tomando como foco prioritario de ataque, como objetivo primario, las soluciones que se brindan a las cuestiones prácticas en cada uno de los ordenamientos considerados. Es notorio

que la actividad propuesta es mucho más factible en una tarea microcomparativa que en una macrocomparativa.

Lo que se busca por este medio es confrontar la "funcionalidad" de las reglas jurídicas, teniendo en cuenta que muchas veces distintos sistemas y subsistemas dan lugar a situaciones jurídicas y resuelven determinados problemas sino de forma idéntica al menos parecida, aún utilizando caminos diferentes. Se ha hablado en este sentido, desde una concepción empírica del método comparativo, de "fungibilidad funcional de instituciones estructuralmente diversas (o viceversa)"⁶⁹, característica que no debe perderse de vista si se busca aprehender el Derecho en su faceta dinámica, el Derecho vivo. Precisamente, las similitudes estructurales o institucionales sólo se recogen con cierta fidelidad mediante la comparación y es a través de ésta que adquieren relevancia. La observación aislada de un ordenamiento o de una parte de él difícilmente brinde los elementos necesarios para una comprensión total del objeto en estudio⁷⁰, para que alcance rigurosidad, se propugna el seguimiento de una "cadena circular" que abarque a los supuestos de hecho, la norma jurídica destinada a regularlos y las decisiones jurisprudenciales — no siempre ajustadas a las disposiciones del texto legal —, complementándose con el análisis de las condicionantes sociológicas, filosóficas y políticas, que informan tanto a las normas positivas como a las decisiones emanadas de los tribunales⁷¹.

La opción funcional para la comprensión del método comparativo, permite solventar el obstáculo que representa el hecho de que muchas normas diferentes cumplan idéntico o parecido objetivo social⁷². No es demasiado raro encontrar trabajos en los cuales puede apreciarse el error en que se suele caer cuando se compara, consistente en limitar la tarea al análisis de la norma y al sector de la realidad social que ella contempla, sin averiguar la funcionalidad de la misma en la realidad jurídica concreta⁷³. Es preciso insistir: en toda decisión judicial o administrativa subyacen criterios sociológicos, filosóficos y políticos, y se podría agregar, como estrechamente vinculados a ellos, los de orden histórico (tradición-precedente) y económico. La influencia de todos y cada uno de estos elementos en la construcción de las soluciones materi-

ales, vien siendo destacada por un buen número de autores, del mismo modo que su acción sobre la labor legisladora⁷⁴.

Quien, como parte de un estudio comparativo de Derecho, desee comprender la regulación jurídica de los contratos en un país sometido a recurrentes procesos inflacionarios y busque las respuestas y los datos sólo en su Código civil y en las leyes complementarias, no podrá arribar jamás a un resultado satisfactorio, toda vez que la situación económica crítica genera modificaciones en el funcionamiento de los textos legales, mediante la acción de la Administración, de los jueces y de los propios particulares. Un estudio que no tuviera en cuenta aspectos como los mencionados, no sería comparativo en el sentido expuesto y, en la mayoría de los casos, carecería de interés⁷⁵. En definitiva, puede afirmarse que el método comparativo aplicado a la ciencia jurídica estriba en confrontar los supuestos de hecho y las soluciones respectivas⁷⁶ a la luz de los elementos subyacentes relevantes que motivan estas últimas y que informan a los propios ordenamientos jurídicos implicados en la comparación.

2. La Búsqueda de los Elementos Esenciales del Ordenamiento Mediante Una Aproximación Compleja

19. Con base en los argumentos expuestos, se han elaborado teorías concretas que han sido aplicadas en estudios comparativos de distinto alcance. El denominador común de aquéllas estriba precisamente en la búsqueda de una apreciación a la vez general y profunda de los ordenamientos examinados, atendiendo a los elementos jurídicos y extrajurídicos que caracterizan tanto su "en si" cuanto su "para si". Hemos indicado que ya en el siglo pasado es dable encontrar algunas manifestaciones del pensamiento jurídico tendentes a una concepción metodológica de raigambre funcional para los estudios comparativos, ideas que cobran un auge considerable en la presente centuria, en particular después de la Segunda Guerra Mundial. A medida que el análisis funcional del Derecho va ganando adeptos entre los iusfilósofos, comienzan a proliferar timidas aplicaciones en la esfera comparativa que pronto desembocan en importantes teorías acerca de la instrumentaliza-

ción del método. Entre ellas se manifiesta una tendencia que se ocupa de destacar la investigación sociológica como una parte esencial del método comparativo y que acaparó una significativa procción de la atención en el VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado que tuvo lugar en Pescara en 1970. Dicha tendencia busca acentuar, en la línea de lo que veníamos exponiendo, la importancia del "living law" contrastándolo con el "law in the books"⁷⁷.

Ya en 1961, R. David hacía alusión a los juristas que ponen especial atención en los aspectos más funcionales del Derecho, indicando que se trata de aquellos que tienen una inquietud más de política jurídica que de estricta técnica o que participen de una concepción más filosófica del Derecho, y oponiéndolos a los "juristas puros" para quienes los conceptos jurídicos y las técnicas de aplicación e interpretación de normas ocupan una plaza preferente en el análisis⁷⁸. La finalidad de la aplicación de estas ideas en un estudio comparativo era en ese caso la justificación de la existencia de una familia jurídica occidental, labor sólo realizable, según el mencionado autor, desde la primera óptica. La razón de tal afirmación radica en que una aproximación funcional al objeto del estudio permite, en lugar de centrarse en los elementos que por su naturaleza son externos y contingentes, llegar a la "sustancia" de las normas, y que ésta coincide en lo esencial en los ordenamientos del Derecho civil y del *common law*⁷⁹. El escueto desarrollo teórico del trabajo considerado, tal vez motivado por su objetivo y por estar inserto en un libro de homenaje, no obsta a su ponderación como precedente válido para una actitud metodológica que debe estimarse en general satisfactoria. Del mismo modo, poco importa que las conclusiones obtenidas puedan o no ser compartidas; lo que nos parece realmente relevante es el mecanismo para llegar a ellas.

Llama la atención que pese al espíritu funcional que se percibe en la obra de R. David, sus desarrollos y sus resultados queden en cierta medida impregnados de un aura de rigidez. Sin embargo es sumamente destacable que sobre la huella trazada sean muchos los autores que en los últimos treinta años han hecho referencia, desde distintos puntos de vista, a un método comparativo funcional. En este orden de ideas, parece lícito escoger sin temor a equivocarse tres

formulaciones principales, distinguidas por su carácter general y por la superación de la mera especulación, ya que se han aplicado a objetivos concretos. Es lógico que ellas presenten notables diferencias, algunas muy resaltadas por los propios autores. Pero, con ojos imparciales y desde la perspectiva que interesa a este trabajo, el fondo es el mismo aunque algunos razonamientos y algunos resultados varíen de una a otra concepción. Dicho fondo se configura mediante un análisis complejo de variables escogidas por mor de su significación fundamental para los ordenamientos tratados, huyendo de la atadura al Derecho positivo. Paradójicamente, el método así entendido habrá de situarse más allá de los cauces inicialmente propuestos, llegando a poner en duda la noción de comparabilidad como requisito indispensable para la labor comparativa y, por extensión, la solvencia y el interés de las clasificaciones.

20. Ahora bien, ¿en qué consisten, resumida y concretamente, las formulaciones mencionadas? En primer lugar, la que se erige como más representativa es la *Stil-Doktrin* (teoría del estilo) que propone K. Zweigert al establecer la consideración de nuevos parámetros en vistas a la clasificación de los ordenamientos jurídicos en familias⁸⁰, tarea que se dirige exclusivamente al Derecho privado. En ella se parte de la idea de que éstas están conformadas por los ordenamientos que presentan una unidad de estilo, y por lo tanto la clave consiste en identificar los elementos que pueden considerarse esenciales en la determinación del mismo. Sin desconocer que la lista de dichos elementos es variable de acuerdo con el interés de la comparación y las concepciones de quien compara, la propuesta estaría integrada por: los datos otorgados por la tradición jurídica y su evolución, la particular forma de pensar de los juristas, la presencia de instituciones características, el rol de las distintas fuentes del Derecho y su interpretación y, en definitiva, el sustrato ideológico que informa a cada ordenamiento. Con estos elementos el trabajo concluye con una discutible división del universo jurídico privado en ocho familias⁸¹ restringidas al espacio geográfico euro-asiático.

La doble limitación, material y geográfica, no parece tener mucho sentido en una argumentación dirigida exclusivamente a sostener unos criterios determinados para agrupar los orde-

namientos⁸². Por el contrario, si el objetivo mediato de la comparación fuera otro, tal limitación resultaría en muchos casos imprescindible. En tal caso, la mesocomparación, que en el trabajo en estudio sólo es tratada en el primer nivel, parecería a nuestro entender como más útil, siempre y cuando se respetaran las referencias macrocomparativas a que hemos aludido. Aunque pueda parecer extraño, el dato más relevante de esta teoría no estriba en la clasificación lograda sino en su metodología, basada en una apreciación compleja que bucea más allá del Derecho positivo, prestando especial atención a las soluciones concretas que se generan en un ordenamiento determinado.

En una oposición más aparente que real, más rimbombante que profunda, L.-J. Constantinesco ensaya también una teorización del método comparativo dirigida expresamente a la clasificación de los ordenamientos jurídicos, a partir de la caracterización de los elementos "determinantes" y "fungibles" que se encuentran en el seno de cada uno de ellos⁸³. La presencia de los elementos determinantes configurados del mismo modo implica la existencia de un "sistema" jurídico y la diferente articulación de los elementos fungibles permite la identificación de diferentes "familias" dentro de cada sistema⁸⁴. Coincidiendo con lo que venimos de afirmar y en contra del propio autor, ni el hecho de la clasificación ni los resultados que se pudieran alcanzar en ese terreno⁸⁵, revisten la trascendencia que alcanza la comprensión dinámica y compleja del método comparativo.

Esta se manifiesta a través de la consideración de diversos componentes de un ordenamiento en tanto que característicos (esenciales), susceptibles de servir como pautas en cualquier estudio comparativo. La lista de elementos determinantes propuesta por L.-J. Constantinesco se extiende a los siguientes: estructura, función y finalidad del Derecho; sustrato ideológico; relaciones entre la sociedad y el ordenamiento jurídico; estructura económica; papel del Estado en la organización social; situación jurídica del individuo; jerarquía de las fuentes del Derecho; papel del juez en la interpretación del Derecho; forma de pensar jurídicamente. Como ya hemos puesto de relieve, el catálogo expuesto no parece diferir, en términos funcionales y

desde la perspectiva de nuestro análisis, de los datos subrayados por la teoría del estilo.

La tercer formulación que consideramos destacable se debe a J. H. Merryman y se diferencia de las anteriores por el hecho de no haberse planteado con el objetivo de plasmar una clasificación de familias jurídicas⁸⁶, sino con la idea de construir un mecanismo ágil y riguroso para hacer funcionar el método comparativo en estudios jurídicos aplicados. En ella se busca una descripción completa del ordenamiento que parte de una consideración externa (el "para sí") del mismo, basada en tres dimensiones que interactúan: extensión jurídica (presencia del Derecho en la vida social), penetración jurídica (referida al carácter monolegislativo del ordenamiento) y cultura jurídica (modo de pensar jurídicamente)⁸⁷. Tales dimensiones juegan como parámetros macrocomparativos que brindan una información contextual a quien compara, con la cual se puede entrar a analizar el ordenamiento "en sí", compuesto por instituciones jurídicas, actores jurídicos, procesos jurídicos y recursos utilizados (inversión en lo jurídico).

Cada uno de estos elementos, a su vez, puede analizarse mediante unas pautas concretas: legislativa, administrativa, judicial, particular, ejecución de la ley y educación y profesiones jurídicas⁸⁸, a fin de lograr una visión detallada y precisa en cualquier grado de la comparación. J. H. Merryman hace suya la distinción entre normas primarias y secundarias de H. L. Hart⁸⁹, para llegar lógicamente a la conclusión de que el sólo estudio de las primeras da lugar a respuestas parciales y a menudo contradictorias con el "estilo" del ordenamiento. El mayor mérito de este trabajo radica en haber alcanzado matizadas aplicaciones prácticas, con lo cual el método científico "acerca" del Derecho comparado que acabamos de resumir ha pasado con éxito la prueba de convertirse en un útil trabajo "de" Derecho comparado⁹⁰, algo más interesante que una clasificación.

3. Método Comparativo Funcional, Clasificación de Familias Jurídicas y "Derecho Latinoamericano"

21. La brevísima síntesis de las teorías anteriores no es un obstáculo para ver confirma-

das las afirmaciones que vertíamos antes de exponerlas. Antes bien, se colige fácilmente que el propósito común de estos trabajos consiste en buscar el mecanismo que permita alcanzar resultados más rigurosos, más cercanos a la realidad que intentan descifrar. De otro lado, también se observa que se dirigen hacia objetivos más interesantes y que pueden brindar mayores resultados prácticos a los estudios micro y mesocomparativos. La macrocomparación aislada, la comparación que tiene por único objeto dos, varios o todos los ordenamientos jurídicos integramente considerados, cae en cambio en entredicho. Si se repara en el dato nada baladí de la influencia directa que ejerce la finalidad concreta, en el objetivo singular, de un estudio comparativo sobre la configuración del método e incluso sobre los resultados que cabe esperar, la propia concepción del análisis funcional despliega una sombra de dudas sobre el problema de la comparabilidad⁹¹ y hace tambalear la justificación misma de las clasificaciones.

No hay más que dirigirse al ámbito espacial específico que nos ocupa para percibir las limitaciones prácticas de aquellas construcciones teóricas que deambulan en zonas no acotadas del pensamiento jurídico. En efecto, ¿qué sucede con el "Derecho latinoamericano" cuando es pasado por los filtros del método comparativo funcional? Hemos visto como desde diferentes perspectivas más o menos trabajadas se han buscado razones valederas para afirmar la existencia de una familia jurídica latinoamericana con rasgos de autonomía. Sin embargo, en las tesis funcionales señaladas, no se avanza especialmente sobre esta particularidad.

Si se observan las sucesivas aportaciones de K. Zweigert, es fácil apreciar la olímpica ignorancia de este sector de la realidad, basada en la idea no muy fundamentada de la "filiación" entre distintos ordenamientos. Según este autor, la presencia de dentro de cada familia de un "ordenamiento madre" evita el análisis — la consideración — de aquellos otros que han heredado o imitado su estilo. En alguna ocasión en que se ha referido a la "familia latina de Derecho privado", le ha descubierto la rara condición biológica de poseer dos "madres": el Derecho francés y el italiano. Luego, "*le comparatiste devra et pourra souvent s'interdire une incursion ap-*

profondie dans les ordres juridiques de la péninsule ibérique et de l'Amérique du Sud"⁹². Se podría pensar que la intención es restringir por regla general las comparaciones a los ordenamientos matrices; no obstante, el Derecho norteamericano como ordenamiento hijo del Derecho inglés, debe ser tenido en cuenta obligatoriamente en razón de la originalidad de su estilo⁹³. He aquí la clave: ¡los ordenamientos latinoamericanos carecen de originalidad!

Los otros dos autores característicos mencionados, en cambio, parecen reservar una parcela algo diferenciada para ubicar al Derecho latinoamericano dentro del "sistema continental europeo" (L.-J. Constantinesco) o de la "tradición jurídica romano-canónica o *Civil Law Tradition*" (H. Merryman). Para el primero, el gran movimiento de codificación que ha conocido el continente americano desde mediados del siglo XIX es un dato a tener en cuenta, y se traduce como la síntesis de tres fenómenos relevantes. En primer término, la existencia de un fondo común ibérico; segundo, la influencia del Código civil francés y más tarde de los Códigos italiano y español; por último, el sustrato político perceptible en la utilización de los dos fenómenos anteriores para la elaboración de los Códigos propios⁹⁴. Respecto del último, cabe afirmar que se trata del único que realiza una construcción desentendiéndose de la tarea clasificadora y que se ha aplicado posteriormente al concreto ámbito espacial que nos ocupa. En ambos extremos, como podremos observar, radica su fuerza.

22. También están imbuidas de un aura funcional algunas formulaciones generadas en Latinoamérica en torno al mismo objeto⁹⁵. De ellas, merecen tenerse en cuenta una ya referida que aplica la teoría de los elementos determinantes⁹⁶ y otra que sigue el derrotero metodológico de la teoría del estilo⁹⁷. Ambas tienen en común la aplicación formal de uno de los métodos descritos a la justificación de la existencia autónoma de una rama latinoamericana dentro de la familia jurídica romano-germánica; pero mientras la primera busca negar la originalidad, las características específicas, que permitan obtener una argumentación en tal sentido⁹⁸, la segunda lleva un sentido diametralmente opuesto, invocando elementos que descubren una cierta diferencia de estilo en la rama indicada. En realidad,

sólo se limita a mencionar un criterio distintivo como "ejemplo típico": el rechazo de la nacionalidad como factor de conexión personal en el D. I. Pr. latinoamericano, y la consiguiente preferencia por la conexión domiciliar⁹⁹. A partir de esa simple mención, que se utiliza para argumentar la diferenciación entre una familia latinoamericana y la familia de los Derechos europeos de marcada influencia en América Latina (España, Portugal, Italia y Francia)¹⁰⁰, la autora plantea una clasificación donde conviven junto a las familias consideradas, la germano-escandinava, la del *common law* y la socialista. Según ella estas cinco familias constituyen, desde una perspectiva latinoamericana, la primera etapa comparatista que, en el plano estricto del Derecho privado, debe limitarse a las cuatro primeras¹⁰¹.

IV — A MODO DE CONCLUSIONES

23. Cuando analizamos las formulaciones basadas en criterios estáticos o aislados pusimos de relieve que no obstante la parcialidad de las mismas alguna de ellas, concretamente la que se funda en el dato de la influencia jurídica directa, demostraba con rigurosidad la proximidad que desde una perspectiva histórica existe entre los ordenamientos español e iberoamericanos en el sector del Derecho privado, reclamando una lugar diferenciado para la familia jurídica iberoamericana en su comprensión amplia. El último trabajo expuesto, en cambio, con una metodología dinámica aunque mucho más reducida en su fundamentación, va hacia una concepción diferente del mismo objeto (más restringida en lo espacial y más amplia en lo material) y presenta unas aristas no circunscritas al hecho histórico, con una cierta vocación de actualidad.

Sin embargo, ninguno de los autores pretende ir más allá de un análisis macrocomparativo o, si acaso, mesocomparativo de primer nivel (limitado al Derecho privado). Pero ¿qué pasa si se busca pasar de un conocimiento cultural — de innegable valor, es cierto — a una aplicación concreta del mismo? Dicho de otro modo, ¿de qué nos sirve concluir que la familia jurídica latinoamericana o iberoamericana amplia o restringida, tiene determinados rasgos característicos que le imprimen un perfil diferenciado res-

pecto del resto de los ordenamientos pertenecientes al tronco común romano-germánico? Para hallar respuestas válidas es preciso insistir una vez más sobre la importancia de no perder de vista el condicionamiento impuesto por el objetivo perseguido en cada tipo de estudio comparativo.

Si éste se desenvuelve en un ámbito macrocomparativo y se dirige a obtener una clasificación de las familias jurídicas que coexisten en el mundo, su justificación dependerá de la finalidad a la cual se pretende aplicar la misma. Parece insostenible, más allá de la profundidad que puede revestir el análisis que se efectúe, que la clasificación sea considerada como un fin en sí misma, y en todo caso los frutos prácticos de dicha concepción permanecen verdes en el árbol de la especulación científica. En este sentido no creemos que la clasificación pueda erigirse en el objeto y, menos aún, en el argumento único e irrefutable de la existencia de una ciencia de los Derechos comparados, como rama autónoma de la ciencia jurídica¹⁰².

Es indudable que, al menos formalmente, una ciencia cuyo objeto sea la clasificación de los ordenamientos jurídicos cabe en la definición lata "(sector de un) cuerpo de doctrina metódicamente formado y ordenado, que constituye un ramo particular del humano saber". Pero también lo es que una construcción de este tipo sólo sería un consuelo para quienes quieren fundar una ciencia a toda costa, habida cuenta de su pobreza y de sus limitaciones, a la par que confiere razón a aquellos que califican a esta actividad científica que empieza y termina en la clasificación, de "meras piruetas del intelecto o de la curiosidad científica"¹⁰³.

En este orden de ideas, un estudio exclusivamente macrocomparativo caerá irremesiblemente bajo la guillotina de la última afirmación citada. Sin embargo, si la confrontación/comparación de los macrocomponentes de dos o más ordenamientos sólo se realiza buscando constituir un marco de referencia para la definición de un espacio micro o mesocomparativo concreto, la "pirueta" intelectual puede en algunos casos ser interesante y hasta tener resultados prácticos.

24. Llegados a este punto, alguien no demasiado ducho en la lectura entre líneas podría preguntarnos: ¿y la familia jurídica latinoame-

ricana? ¿ existe o no existe? Y nosotros, haciendo gala de una actitud condescendiente, podríamos construir un excursus intentando fundamentar esa existencia a partir de ciertos rasgos originales, más en el ámbito extrajurídico que en el estrictamente jurídico¹⁰⁴. Porque, a no engañarse, la diferencia estriba no tanto en los contenidos normativos sino sobre todo en la "realidad operacional" de los mismos. Precisamente, uno de los elementos — no el único — que provoca la "disfunción" entre los textos legales y su aplicación es la exagerada longevidad de aquéllos.

Pero, de todas maneras, ni el "estilo", ni los "elementos determinantes", ni la "extensión", ni la "penetración" o la "cultura" jurídicas, llevarían a la identificación clara de una familia jurídica latinoamericana o iberoamericana amplia que, alcanzando un grado de coherencia mínimo, pudiera diferenciarla de otras familias. A lo máximo que se puede aspirar es a una aproximación mesocomparativa, camino no exento de dificultades, pero que adquiere cierta relevancia en la medida en que constituya un medio para alcanzar algún tipo de unificación convencional más o menos pretensioso¹⁰⁵. Sin embargo, hemos podido comprobar¹⁰⁶ que así como la pertenencia a una misma familia (si se admite tal extremo) no garantiza el éxito de ningún esfuerzo unificador, es constatable que se han logrado no pocos resultados en trabajos *inter familias*, dependiendo de las materias afectadas¹⁰⁷. Es decir que, en definitiva, en el ámbito de la microcomparación la clasificación no tiene ningún sentido y en los niveles meso y macrocomparativos su utilidad es muy relativa. ¿Debemos todavía agregar algo más?

NOTAS DE REFERENCIA

1 Nos referimos a nuestros trabajos "L'influence des conventions internationales sur l'actualisation du droit international privé: le cas latino-américain", en *Permeabilité des ordres juridiques. Rapports présentés à l'occasion du colloque-anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé*, Zurich 1992, pp. 217-234 (versión castellana enriquecida en *Jurisprudencia Argentina* (Buenos Aires), núm. 5585 (1993) 2-14) y *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina*, Madrid 1994 (en prensa). A ellos remitimos para la precisión de los términos "familia jurídica" y "latinoamericana", respectivamente.

- 2 En realidad, también resulta muy difícil agrupar con cierta rigurosidad no ya ordenamientos sino sistemas o subsistemas concretos, como hemos puesto de relieve respecto del Derecho internacional privado.
- 3 *Id.*, por todos, Malmström, A., "The System of Legal System. Notes on a Problem of Classification in Comparative Law", en *Scandinavian Studies in Law* (Estocolmo), 13 (1969) 127-149.
- 4 En este sentido, se han clasificado los criterios de clasificación (valga la redundancia) en: naturales-etnológicos, culturales, legislativos y jurídico-genéticos. Cf. Martínez Paz, E., *Introducción al estudio del Derecho civil comparado*, reimp., Buenos Aires 1960, p. 152. A su turno, Constantinesco, L.-J., *Traité de droit comparé*, Paris 1983, t. III, pp. 93 ss., se limita a hablar de criterios genéticos y tipológicos.
- 5 Cf. Martínez Paz, E., o. c., pp. 152-153 y Arminjon, P., Nolde, B., y Wolff, M., *Traité de droit comparé*, Paris 1950, t. I., p. 42.
- 6 Esmein, A., "Le droit comparé et l'enseignement du droit comparé", en *Congrès international de droit comparé. Procès verbaux*, Paris 1900, t. I, pp. 445 ss.
- 7 Bryce, J., *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford 1901, t. II, p. 189, citado por Constantinesco, L.-J., o. c., pp. 95-96.
- 8 Taylor, *The science of jurisprudence*, Nueva York 1903, p. 42, citado por Constantinesco, L.-J., o. c., pp. 95-96.
- 9 Esta clasificación se debe a Sauser-Hall, G., *Fonction et méthode du droit comparé*, Ginebra 1913, pp. 101 ss., y sucumbió, afortunadamente, a la autocritica, aunque demasiados años después. *Idem*, "Prólogo", en *Recueil de travaux suisses présentés au IV^e Congrès international du droit comparé*, Ginebra 1959, p. XIII.
- 10 Es el criterio tomado por de Sola Cañizares, F., *Iniciación al Derecho comparado*, Barcelona 1954, pp. 169 ss., aunque él habla del "espíritu común" de los derechos agrupados en cada familia. La religión también se muestra como la base de la clasificación aceptada por von Fikentscher, W., *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Tubinga 1975-1977 y, en América, por Ayasta Gonzalez, J., *El Derecho comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos*, Lima 1991, pp. 148-149. Para una crítica mesurada, Grossfeld, B., "Rechtmethoden und Rechtsvergleichung", en *RabelsZ* (Tubinga), 55 (1991) 4-16.
- 11 El Derecho chino se cae del cuadro debido, según el primer autor señalado en la nota anterior, a sus fundamentos filosóficos y morales, su carácter esencialmente consuetudinario y su "sovietización". Obviamente, muchas de estas consideraciones carecen, al menos, de actualidad.
- 12 Eichler, H., "Die Rechtskreise der Erde", en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, Pamplona 1969, pp. 294 ss. *Idem*, *Gesetz und System*, Berlin 1970, pp. 66 ss.

- 13 En estudios posteriores, Eichler afirma la existencia de caracteres originales en el Derecho latinoamericano. *Vid.* Eichler, H., "Codificación de Derecho civil y teoría de los sistemas de Derecho (algunas consideraciones acerca de un futuro sistema del Derecho civil)", *Revista da Faculdade de Direito* (San Pablo), 68-2 (1973) 229-256, y "Privatrecht in Lateinamerika", *Osterreichs Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart*, Berlin 1981, pp. 481-507.
- 14 David, R. y Jauffret-Spinosi C., *Les grands systèmes de droits contemporains*, Paris, 1988, pp. 21-23.
- 15 David, R., *Tratado elemental de Derecho civil comparado*, trad., Madrid 1953, pp. 205 ss.
- 16 *Idem*, *ibid.* El último dato se incluye como elemento esencial en *Idem*, "Existe-t-il un droit occidental?", en *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal essays in honor of Hessel Yntema*, Leiden 1961, pp. 56-64, como réplica a las críticas que habían suscitado sus afirmaciones en el Tratado. La misma explicación se reproduce sintéticamente en FRAMONT, M., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris 1987, p. 5.
- 17 David, R. y Jauffret-Spinosi, C., o. c.
- 18 Aquí aparecen órdenes tan disímiles como el musulmán, el hindú, el hebreo, el canónico (?), los derechos del Lejano Oriente y los del África negra y Madagascar. Con más rigor, en las últimas ediciones de la versión francesa de *Les grands systèmes...*, o. c. habla de "otras concepciones del orden social y del Derecho". *Vid.* también la Introducción al vol. II, cap. 1 de la *Int. Enc. Comp. Law.*, 1972, publicado como "Les différentes conceptions de l'ordre social et du droit", en *Le droit comparé. Droits d'hier, droits de demain*, Paris 1982, pp. 93-108. En contra del tratamiento "residual" de ciertos ordenamientos, Reynjens, F., "Note sur l'utilité d'introduire un système juridique 'pluraliste' dans la macro-comparaison des droits", en *Revue de droit international et droit comparé* (Bruselas), (1991) 41-42.
- 19 Como veremos, en "L'originalité des droits de l'Amérique latine", en *Le droit comparé...*, o. c., pp. 161-173, R. David afirma en forma matizada esta cualidad. En España esta clasificación es seguida por J. Castán Tobeñas, quien dentro de la familia occidental identifica cuatro ramas. Dentro de la rama romano-cristiana, destaca la existencia de un grupo latino donde se sitúan los Derechos francés, italiano e ibérico. *Vid.* Castán Tobeñas, J., *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Madrid 1956, p. 23.
- 20 Constantinesco, L.-J., o. c., pp. 99-101.
- 21 Bevilacqua, C., sin embargo, lo introduciría en esta clasificación como cuarto grupo. *Vid. Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, Bahia, 2^o 1897.
- 22 *Vid.* Arminjon, P., Nolde, B. y Wolff, M., *op. cit.*, t. I, p. 45. El dato histórico, "des rapports de derivation et de ressemblance", se demuestra como el más importante, pese a que los autores señalen su pro-

ocupación por el contenido de los derechos privados considerados. En el mismo sentido, Constantinesco, L.-J., o. c., pp. 108-112 y Zweigert, K. y Kötz, H., *Introduction to Comparative Law*, trad., Oxford, 21992, pp. 69-70. En contra, de Maekelt, T. B., "Reflexiones sobre Derecho comparado", Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez Covisa, Caracas 1975, p. 225.

- 23 Grisoli, A. *Corso de diritto comparato*, Milán 1962, p. 71 y Constantinesco, L.-J., l. c. nota anterior.
- 24 Es el criterio seguido por Sarfatti, M., *Introduzione allo studio del diritto comparato*, Turin 1933, pp. 51 ss. y Rodiere, R., *Introduction au droit comparé*, Paris, pp. 31-32.
- 25 Cabe mencionar, además, que la visión que los juristas del *common law* tienen acerca de la codificación dista bastante de los tópicos que suelen manejarse. *Vid.* Bodenheimer, E., "Is Codification an Outmoded Form of Legislation", *American Journal of Comparative Law*, 30 Supp. (1982) 15-29.
- 26 *Vid.* Catalano, P., "Sistemas jurídicos. Sistema jurídico latino-americano y Derecho romano", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 131 (1982) 173 ss. — para un breve "anticipo" de sus ideas, cf. *Idem*, "Derecho romano y países latinoamericanos", en la misma *Revista*, 128 (1979) 637-640 —, y Schipani, S., "Nota introduttiva" Y "Dal diritto romano alle codificazioni latinoamericane: l'opera di A. Teixeira de Freitas", en *Studi Saresesi*, vol. V, Milán 1981, pp. VII-XXXV y 589-607, respectivamente. La influencia del Derecho romano sobre las codificaciones latinoamericanas es un tema recurrente. *Vid.*, recientemente, Iglesias, R. y Morineau, M., "La influencia del Derecho romano en el Derecho civil mexicano: los códigos civiles de 1870, 1884 y 1928", en *Revista de Derecho Privado* (México, D. F.), (1992) 51-63.
- 27 *Vid.* de los Mozos, J. L., "Perspectivas y método para la comparación jurídica en relación con el Derecho privado iberoamericano", en *Revista de Derecho Privado*, 60 (1976) 775. También Segal, R., Pinto, M. y Colautti, C. E., "Aperçu sur les systèmes juridiques de l'Amérique du Sud", en *Revue de droit international et droit comparé* (Bruselas), (1988) 105-133, parten de los códigos, aunque en un trabajo que incorpora elementos de Derecho público.
- 28 "Les codes sont une chose et le Droit en est une autre", señala con acierto sobre esta misma cuestión David, R., "L'originalité...", l. c., p. 162.
- 29 Bevilacqua, C., *op. cit.*, pp. 73 ss.
- 30 Constantinesco, L.-J., o. c., p. 102, hace hincapié en estos extremos para calificar como artificial el cuarto grupo agregado por C. Bevilacqua.
- 31 *Vid.* Martínez Paz, E., o. c., pp. 155 ss.
- 32 Se trata, por supuesto, del trabajo de David, R., "L'originalité...", l. c. Compárese la conclusión fundamental del mismo (p. 172) con los argumentos antes expuestos. No se nos escapa que este artículo fue escrito en 1953 y que puede pensarse en alguna

- variación posterior en el pensamiento de su autor. Sin embargo, el mismo desvanece esta objeción en el Preface a *Le droit comparé...*, o. c., p. 8.
- 33 Lo que F. Schmidt denomina método "multi-axial", en "The Need for a Multi-Axial Method in Comparative Law", en *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübinga 1981, pp. 525-536.
- 34 Por ejemplo, resulta muy imprecisa la referencia a la unidad de tradición y de ideal.
- 35 Para la matización de esta influencia, a nuestro juicio ostensible, cf. Vilella, A.M., "Direito romano e sistema jurídico latino-americano", *Revista de Informação Legislativa* (Brasilia), (1981) 115-124. Vid. sin embargo, el revelador análisis de Castan Vazquez, J. M^a, en *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Madrid 1984, pp. 64 ss., quien, contraponiendo "los rápidos cambios en el Derecho público" a "la permanencia del Derecho privado", trasciende ampliamente la tesis de David.
- 36 Para David, R., "L'originalité...", l. c., p. 169, resulta paradójico que este aspecto de la originalidad provenga "de la variété des modèles que les ont inspirés, et de l'universalisme même des sources de ces droits".
- 37 *Idem*, *Ibid.*, p. 171. No obstante, la idea según la cual la originalidad de los ordenamientos de Latinoamérica no es distinta a la de los otros que conforman la misma familia, es recogida a pies juntillas en Rodríguez Ramos, M., "Visión de conjunto del Derecho de América Latina", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (1960) 7-27.
- 38 Vid., principalmente, de este autor, "El sistema de Derecho privado iberoamericano", en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, o. c., pp. 155-188. Cf. la repercusión de estas ideas en H. Eichler (*supra*, nota 13), de los Mozos, J. L., "Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código Civil de Andrés Bello", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (1978) 437-467, Moisset de Espanes, L., "Derecho civil español y americano. Sus influencias recíprocas", *Revista de Derecho Privado*, 56 (1972) 599-614, *Idem*, "La codificación española y su influencia en el Código civil argentino", *Anuario de Derecho Civil*, 43 (1990) 713-735 y Baro Pazos, J., *La codificación del Derecho civil en España* (1808-1889), Santander 1993, pp. 151-161.
- 39 Vid. Castan Vazquez, J. M^a, *La influencia...*, o. c., pp. 109-157.
- 40 En su discurso de contestación al de J. M^a Castán Vázquez en la recepción pública de éste en la Real Academia de Jurisprudencia y legislación, A. Hernandez Gil resalta que, a diferencia de lo ocurrido en lo político y en las instituciones de Derecho público, "en las amplias áreas culturales que forman la lengua y el derecho privado, que son dos medios de comunicación entre las personas, sin un propósito preconcebido, se alcanzó la unidad". *La influencia...*, o. c., pp. 182-183.
- 41 *Idem*, *Ibid.*
- 42 Vid. de Castro y Bravo, F., "La doble nacionalidad", *Revista española de Derecho internacional*, I (1948) 104, y ponencia del mismo título en *Actas del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid 1952, p. 361. Cf. Castan Vazquez, J. M^a, "La comunidad iberoamericana en el pensamiento de Frederico de Castro", *Anuario de Derecho civil*, 36 (1983) 1217-1225.
- 43 Vid., especialmente, las obras de P. Catalano y S. Schipani, citadas *supra* en nota 26.
- 44 C. Fernandez Sessarego, por ejemplo, basa toda su argumentación sólo en el análisis — bastante superficial, por cierto — de los orígenes de algunos códigos latinoamericanos. Vid. "Comparación jurídica y unidades del sistema jurídico latinoamericano", *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* (Lima), 42 (1978) 43-50.
- 45 Vilella, A. M., l. c., utiliza una metodología más realista tomada de L.-J. Constantinesco.
- 46 P. Catalano y S. Schipani, con algunas diferencias, adoptan esta postura teniendo en cuenta, precisamente, que el Derecho romano no ha mantenido en Europa la relativa pureza que se le descubre en América.
- 47 Es el caso de A. M. Vilella y C. Fernández Sessarego. Vid., sobre esta idea, Zajtay, I., "La permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux", *Revue internationale de droit comparé* (Paris), (1966) 353-363.
- 48 Esto es casi imposible de diferenciar en Estados Unidos, por ejemplo. Vid. Garro, A. M., "Shaping the Content of a Basic Course on Latin American Legal Systems", *Inter-American Law Review*, 19 (1988) 590.
- 49 Cf. Castan Vazquez, J. M^a, *La influencia...*, o. c., pp. 77-82 y Pescatore, P., *Introduction à la Science du droit*, Luxembourg 1960, pp. 60-61.
- 50 Merryman, J. H., "Modernización de la ciencia jurídica comparada", en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, (1983) pp. 71-72 y 84. Un adelanto parcial de las ideas aquí expuestas se observa en *Idem*, "Fines, objeto y método del Derecho comparado", en el mismo *Boletín*, (1976) 65-92. Fix-Zamudio, H., "John Henry Merryman and the Modernization of Comparative Legal Studies", en *Comparative and Private International Law Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*, Berlin, 1990, pp. 25-47, y Cappelletti, M., "John Henry Merryman the Comparativist", en *Stanford Law Review*, 39 (1987) 1079-1086, comparten esa idea y destacan fielmente su influencia.
- 51 La aportación pionera de R. von Jhering a la configuración de un método comparativo crítico, no dogmático y realista, es analizada con maestría en Zwei-

- gert, K. y Siehr, K., "Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method", en *American Journal of Comparative Law*, 19 (1971) 215-231.
- 52 Es lo que M. Ancel llama "realidad operacional" de un ordenamiento, en un contexto en el cual acentúa la importancia de la función social de cualquier institución sobre su definición o caracterización jurídica. Vid. "Le problème de la comparabilité et la méthode fonctionnelle en droit comparé", en *Mélanges en l'honneur d'Imre Zajtay*, Tübinga 1982, pp. 1-6.
- 53 Vid. la autorizada opinión de N. Bobbio en el Prólogo a la edición castellana de su *Teoría general del Derecho*, Madrid, 1991, pp. 9-10 y, con más amplitud, en *idem*, "El análisis funcional del Derecho: tendencias y problemas", en *Contribución a la teoría del Derecho*, trad., Valencia 1980.
- 54 Vid. Rozmaryn, S., "Les grandes controverses du droit comparé", *Inchieste di diritto comparato*, Milán-Nueva York 1973, t. II, pp. 580-582.
- 55 Resultan válidas en este sentido muchas de las críticas que H. Dölle dirige a K. Zweigert en "Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung", en *Rabelsz*, 34 (1970) 403-410.
- 56 Esta explicación matizadora se encuentra en Kötz, H., "Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik", en *Rabelsz*, 54 (1990) 203-216, respecto a la comprensión que había alcanzado la idea de un *funktionelle und antidogmatische Methode* contenida en Zweigert, K. y Kötz, H., o. c., esp. pp. 2 ss.
- 57 Merryman, J. H., "Modernización...", l. c., pp. 83-84.
- 58 *Idem*, *Ibid.*, pp. 73 ss.
- 59 No obstante, J. H. Merryman se ha destacado en la aplicación práctica del método comparativo con la realización de investigaciones sumamente útiles sobre este campo. Vid. *Idem*, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin American*, Stanford, 1985, e *idem* y Clark, D. S., *Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems. Cases and Materials*, Indianapolis, 1978.
- 60 Merryman, J. H., "Modernización...", l. c., esp. 73-77.
- 61 *Idem*, *Ibid.*, p. 84.
- 62 Blagojevic, B., "La méthode comparative juridique", en *Inchieste de diritto comparato*, o. c., p. 22.
- 63 Vid. Gutteridge, H. C., *Droit comparé*, trad. Paris, 1953, pp. 102-103, Langrod, G., "Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique", en *Revue internationale de droit comparé* (Paris), 9 (1957) 369, y Zweigert, K., "Méthodologie du droit comparé", *Mélanges offerts à J. Maury*, Paris 1960, t. I., p. 507.
- 64 Vid. Grzybowski, S., "Le but des recherches et les méthodes des travaux sur le droit comparé", *Inchieste de diritto comparato*, o. c., p. 332. Lógicamente, la finalidad perseguida define el objeto de la comparación.
- 65 Vid. en esta línea, la opinión de David, R., *Tratado...*, o. c., p. 27.
- 66 Vid. Constantinesco, L.-J., o. c., pp. 284-285, ensayando una refutación de H. C. Gutteridge y R. David.
- 67 Gutteridge, H. C., o. c., p. 104.
- 68 Es lo que en cierta manera propugna Ancel, M., en "Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparative", en *Inchieste de diritto comparato*, o. c., pp. 9-10.
- 69 Vid. Ascarelli, T., "Función del Derecho comparado en la interpretación del Derecho y metodología del Derecho Comparado", *Revista del Instituto de Derecho Comparado* (Barcelona), 1 (1953) 26, para quien dicha fungibilidad guarda relación con las diferentes condiciones "ambientales" en las cuales se desarrollan las instuciones. Cf., asimismo, Zweigert, K., "Des solutions identiques par des voies différentes. Quelques observations en matière de droit comparé", en *Revue internationale de droit comparé*, 18 (1966) 5-18, Constantinesco, L.-J., o. c., t. II, pp. 81-86 y Rigaux, F., "Science comparative et droit positif", en *Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden 1985, p. 515.
- 70 Es conocida al respecto la frase de F. Lawson: "even the most complete and most logical system of law is not perfectly intelligible until it is viewed in relation to other legal systems". Vid. "The Field of Comparative Law", en *The Comparison, Selected Essays*, Amsterdam 1977, t. II, p. 3.
- 71 Vid. Zweigert, K. y Kötz, H., o. c., pp. 29 ss.
- 72 De Maekelt, T. B., l. c., pp. 219-222, utiliza el ejemplo de la extensión práctica de las causales de nulidad del matrimonio con las cuales se integraba la carencia normológica de aquellos ordenamientos que no consagraban el divorcio vincular.
- 73 Para una crítica a esta actitud, vid. Kramer, E., "Topik und Rechtsvergleichung", en *Rabelsz*, 33 (1969) 9 ss. Vid. también Neumayer, K. H., "Fremdes Recht aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und die funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung", en *Rabelsz*, 34 (1970) 411-426, quien brinda elementos para la necesaria apreciación del Derecho en acción (*Rechtstatsachen*). Un catálogo de ejemplos de los errores más comunes en que suelen incurrir los comparativistas, puede verse a lo largo de la obra de David, R., *Tratado...*, o. c.
- 74 Merryman, J. H., "Modernización...", l. c., pp. 77-78 y Ancel, M., "Le problème de la comparabilité...", l. c., p. 6.
- 75 Valga como ejemplo el señalado por Rabel, E., "Tarea y necesidad del Derecho comparado", en *Revista del Instituto de Derecho comparado de Córdoba* (Argentina), (1947) 109: "los más perfectos derechos del inquilino, según el Código Civil alemán, no tuvieron en la práctica ningún efecto en virtud de los famosos formularios de los propietarios de casas".
- 76 Zweigert, K., define al Derecho comparado básicamente como una confrontación, ya sea entre ordenamientos jurídicos diversos por su espíritu o su estilo, ya entre instituciones o soluciones comparables pertenecientes a diferentes ordenamientos (Mé-

- thodologie...". I. c.). En cualquier caso, parece difícil y desaconsejable el divorcio de ambos aspectos de la confrontación.
- 77 Vid., especialmente, Drobnig, U., "Methods of Sociological Research in Comparative Law", en *RabelsZ*, 35 (1971) 496-504. Para elementos de una relación entre Derecho comparado y Sociología del Derecho, vid. *Idem*, "Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie", en *RabelsZ*, 18 (1953) 295-309.
- 78 Señala R. David que utiliza la palabra "funcional", por tratarse de una expresión "à la mode". Vid. "Existe-t-il un droit occidental?", I. c., p. 58.
- 79 Para R. David esa característica esencial que distingue al Derecho occidental es la "rule of law", el ideal según en cual la sociedad debe estar regida totalmente por el Derecho. *Idem*, *Ibid.*, pp. 59-60.
- 80 Esta teoría vio la luz en el trabajo "Zur Lehre von den Rechtskreisen", en *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal essays in honor of Hessel Yntema*, o. c., pp. 42-55 y se adopta con alguna variación en Zweigert, K. y Kötz, H., o. c., pp. 63-75.
- 81 Romanista, alemana, nórdica, del *common law*, socialista, asiática, hindú e islámica.
- 82 Para una crítica concienzuda sobre ambos extremos cf. la reseña de David, R., *Revue internationale de droit comparé*, (1972) 516-519. Preñadas de subjetivismo, la mayor parte de las ácidas críticas de Constantinesco, L.-J., o. c., t. III, pp. 127-136 y 155-157, no merecen atención por mor de su inconsistencia.
- 83 Vid. Constantinesco, L.-J., o. c., t. III, pp. 164 ss., esp. 227-235. Las bases de esta teoría se fundan en su concepción acerca del método comparativo desarrollada en el t. II de la obra citada.
- 84 Así, dentro del sistema continental europeo, el autor diferencia cuatro familias: romanista, latinoamericana, nórdica y germánica, y dentro del sistema angloamericano, las familias inglesa y norteamericana. *Idem*, *Ibid.*, pp. 84-85.
- 85 Téngase en cuenta que L.-J. Constantinesco tenía prevista la publicación de un cuarto tomo del Tratado destinado a la clasificación de los sistemas jurídicos, es decir "al" objeto de la ciencia de los derechos comparados, pero falleció poco antes de terminar el tercero. Por esta razón, sus conclusiones se infieren de los tomos publicados y de otros trabajos, desconociendo cualquier evolución posterior.
- 86 Aunque, en otro trabajo (*The Civil Law Tradition...*, o. c., pp. 1-5) su autor haya afirmado la existencia de tres tradiciones jurídicas principales: *common law*, romano-canónica y socialista.
- 87 Merryman, J. H., "Modernización...", I. c., pp. 78 ss.
- 88 *Idem*, *Ibid.*, pp. 80-81.
- 89 Vid. *El concepto de Derecho*, trad., Buenos Aires 1963.
- 90 Merryman, J. H., "Modernización...", I. c., pp. 72-73.
- 91 Cf. Ancel, M., "Le problème de la comparabilité...", I. c., p. 5. Sin embargo, según Zajtay, I., "Réflexions sur l'évolution du droit comparé", en *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tubinga 1981, pp. 595-601), la clasificación es indispensable y determina el grado de comparabilidad, ¡incluso en estudios microcomparativos! La misma idea podía inferirse ya de *Idem*, "Réflexions sur le problème de la division des familles de droit", en *RabelsZ*, 37 (1973) 210-216.
- 92 Zweigert, K., "Méthodologie...", I. c., p. 585.
- 93 *Idem*, *Ibid.* El autor es tajante: "le comparatiste qui ne considèrerait que le droit anglais à l'exclusion du droit américain ferait fausse route".
- 94 Constantinesco, L.-J., o. c., t. III, p. 113.
- 95 También parece seguir esta tendencia el trabajo de de los MOZOS, J. L., "Perspectivas...", I. c., que reclama una atención prioritaria del "sistema interno" como objeto del método comparativo.
- 96 Vid. Villela, A. M., I. c., pp. 119 ss.
- 97 Vid. de Maekelt, T. B., I. c., pp. 227-228.
- 98 Después de revisar escuetamente cómo se configuran los elementos determinantes del Derecho latinoamericano, Villela, A. M., I. c., concluye que "juridicamente, pelo menos, a America Latina faz bloco único com a Europa".
- 99 Vid. de Maekelt, T. B., I. c.
- 100 La referencia a estos países se supone hecha con una óptica eminentemente iusprivatista.
- 101 De Maekelt, T. B., I. c.
- 102 En contra, Constantinesco, L.-J., o. c., t. III, pp. 19-49 y 75-78, para quien constituye el centro de su argumentación (también en *Tratado de Derecho comparado*, trad., Madrid 1981, vol. I, pp. 309-317). Sin embargo, como puede observarse a los largo de estas reflexiones, no hemos pretendido, tampoco creemos que proceda, tratar aquí la tantas veces llevada y traída falsa dialéctica "ciencia de los derechos comparados vs. método comparativo", posiblemente una de las discusiones menos fructíferas que se han desarrollado en el ámbito de la Ciencia jurídica.
- 103 Aguilar Navarro, M., *Derecho internacional privado*, Madrid 1976, vol. I, t. I, p. 70. Desde hace tiempo se destaca la escasez de resultados prácticos que se obtienen mediante las clasificaciones.
- 104 En este sentido, vid. Segal, R., Pinto, M. y Colautti, C. E., o. c.
- 105 Finalidad esencial reconocida a los estudios comparativos.
- 106 Vid. nuestros trabajos citados en nota 1.
- 107 Diversos aspectos de esta idea vienen siendo puestos en tela de juicio desde hace algún tiempo. Vid. Strömholm, S., "Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung. Teoretische Möglichkeiten und praktische Grenzen in der Gegenwart", en *RabelsZ*, 56 (1992) 611-622. Incluso se ha dicho que referirse a la "armonización" del Derecho en el seno de una familia jurídica, implica en cierto modo una tautología ya que "families of law constitute systems which include a harmonization component by definition". Vid. Boodman, M., "The Myth of Harmonization of Laws", en *American Journal of Comparative Law*, 39 (1991) 704.

A Remissão no Direito Tributário Brasileiro¹

EURÍPEDES GOMES FAIM FILHO

Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

Ex-professor de Direito da UNESP, ITE e UNOESTE.

Membro do IBDT/USP.

Pós-graduando da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da USP

INTRODUÇÃO

Encontramos pouca literatura jurídica sobre o tema remissão tributária, a maioria dos livros e tratados apresenta breve estudo sobre o assunto, às vezes resumido a uma única página, por isso entendemos que é necessário discorrer mais sobre este tema dando-lhe um tratamento mais profundo e foi o que tentamos fazer aqui e isto também porque achamos que a remissão tem sido usada como errado instrumento de política fiscal, como exporemos no texto.

Assim, tentaremos neste trabalho dizer o que se pode entender como sendo remissão, qual sua natureza jurídica e requisitos legais, bem como outras observações sobre o assunto, sem ter a pretensão de esgotá-lo.

Por fim, analisaremos um exemplo concreto de lei que tenha concedido este benefício fiscal para averiguar se os requisitos legais têm ou não sido seguidos.

Desta forma pretendemos dar uma pequena contribuição sobre o assunto que achamos de grande relevância pelos motivos que daremos no decorrer do texto.

CONCEITO DE REMISSÃO

Pode-se conceituar a remissão como sendo o ato praticado pelo credor que, por liberalidade, desobriga o devedor de quitar a dívida.

Jardim² ensina que a origem etimológica da palavra é a seguinte: *re* (para trás) + *missio* (deixar-se levar) = *remissio-onis* (mandar para trás, abrandamento, suavidade, indulgência e perdão).

Lembra Baleeiro³ que não se pode confundir remissão com remição, que antigamente tinha a mesma grafia causando maior confusão do que hoje. Explica ele que remição vem do latim *redimere* ato de remir, redimir ou resgatar a dívida por parte do devedor ou algum interessado⁴.

Já remissão tem sua origem na palavra latina *remissio*, *remissionem*, ato de remitir, em outras palavras, perdoar a dívida, renúncia do credor ao seu crédito.

Ocorre muita confusão também com o instituto da anistia fiscal, o que não deveria acontecer porque esta abrange exclusivamente as infrações cometidas⁵ enquanto que a remissão não trata de infrações, mas sim de débitos fiscais normais.

Ensina, contudo, Denari⁶ que na essência as noções de anistia e de remissão estão interligadas, pois ambas estão relacionadas ao perdão de um débito tributário, sendo a anistia espécie de remissão que se aplica às penalidades por infrações tributárias.

Tanto no Direito Tributário quanto no Direito Privado a remissão pertence à parte obrigacional e se trata de uma liberalidade do credor, a diferença reside no fato de que neste ela resulta da vontade das partes e naquele ela se origina na lei.

Ressalte-se que como a remissão é um ato de disposição de patrimônio o credor que a realiza necessita possuir capacidade para agir e disponibilidade do bem, o que se aplica no Direito Tributário onde apenas o ente com capacidade de instituir o imposto pode perdô-lo.

Por fim, não se olvide que no Direito Privado o instituto da remissão não se confunde com a

renúncia porque o devedor beneficiado por aquela pode não aceitá-la e consignar em pagamento e já no Direito Tributário tal faculdade não existe por ser a remissão "ex lege", caracterizando-se assim verdadeira renúncia do Fisco.

Conceituada a remissão e desfeita a confusão com outros institutos passa-se a questionar sua natureza jurídica.

NATUREZA JURÍDICA DA REMISSÃO

A natureza jurídica da remissão tributária não está pacificada existindo diversas teorias a respeito do assunto.

Para ver qual delas melhor se adequa ao caso nos socorreremos de conceitos do Direito Privado que, como ensinou Costa⁷, podem e devem ser usados no Direito Tributário, em tudo o que não houver conflito e no que couber.

Há três posições básicas sobre o tema:

1. Para alguns a lei cancela débitos fiscais sem atividade nenhuma da autoridade administrativa ou do contribuinte, portanto trata-se de um ato legislativo unilateral. A lei deve ser respeitada pelo Fisco, que não pode cobrar, e pelo contribuinte, que não pode pagar, mesmo querendo.

2. Para outros a lei autoriza a autoridade fiscal a conceder remissão, atendidas certas exigências, sendo necessária a provocação do contribuinte perante o Fisco, que assim demonstra seu desejo de obter a remissão. O Fisco analisa o cumprimento das exigências legais, e estando estas satisfeitas, deve ele conceder a remissão, não podendo deixar de fazê-lo. Assim só o contribuinte expressa sua vontade, sendo irrelevante a vontade do Fisco, portanto a remissão surge a partir de um negócio jurídico unilateral do devedor.

3. Por fim, há aqueles que entendem que na hipótese da remissão concedida com base em considerações de equidade relacionadas com os aspectos pessoais ou materiais do caso haveria uma atuação de vontade da autoridade, bem como do contribuinte que pede o benefício: trata-se assim de um negócio jurídico bilateral.

Em que pese doutos entendimentos em contrário entendemos que a atividade administrativa tributária é plenamente vinculada. Assim sendo, deve-se entender a expressão "autorizar" constante no art. 172 do C.T.N. no mesmo sen-

tido que se entende a expressão "pode", como quando a lei diz que o juiz pode isto ou aquilo, pois na verdade trata-se de um poder-dever, ou seja, estando presentes os requisitos legais configura-se o direito do interessado e o dever da autoridade de reconhecê-lo.

Desta forma entendemos não ser possível falar-se em vontade da autoridade, posto que esta é irrelevante em atos vinculados, não se classificando assim a remissão como negócio jurídico bilateral em nenhuma hipótese.

Carrazza⁸ é enfático a este respeito dizendo: "A Fazenda Pública não é a 'dona' do tributo. Ela o lança e o arrecada, nos estritos termos da lei. Não lhe é dado abrir mão, 'sponte propria', de seu recolhimento. Pelo contrário, só poderá deixar de arrecadá-lo em cumprimento a uma lei autorizadora (praticará, pois, também neste caso, um ato administrativo vinculado)".

Seria por acaso um negócio jurídico unilateral onde basta a vontade de uma das partes, no caso o sujeito passivo? Entendemos que não porque o contribuinte não pode obrigar o Fisco a receber algo que a lei perdoou.

Resta portanto a primeira hipótese que nos parece a mais acertada: a remissão tributária é um ato legislativo unilateral, obrigatório tanto para o Fisco como para o contribuinte.

Definida a natureza jurídica da remissão passemos a ver como ela é disciplinada no nosso Direito.

A REMISSÃO NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL⁹

O Código Tributário Nacional regula a remissão no seu art. 172.¹⁰ Baleeiro afirma que este artigo diz respeito ao mesmo instituto do Direito Civil encontrado nos arts. 1053 a 1055 do CC.

Passaremos a analisar este artigo do C.T.N. com mais detalhes como segue.

HIPÓTESES DE REMISSÃO – TAXATIVAS OU EXEMPLIFICATIVAS?

Afirma Jardim que as hipóteses previstas para concessão de remissão não são uma lista taxativa, mas meramente exemplificativa.

Entendemos diversamente deste autor porque a regra é que todos contribuam, no limite

de suas posses, para a manutenção do Estado, sendo a remissão uma exceção e como tal não pode ser interpretada extensivamente.

Assim é que ensina França¹¹ dizendo que "todas as leis excepcionais ou especiais devem ser interpretadas restritivamente".

Mais especificamente no campo tributário NOGUEIRA ensina que "devemos ter em mente que o Direito Tributário tem por finalidade disciplinar a tributação com o escopo de obter receitas para o Estado..."¹² (grifo nosso), portanto qualquer coisa que vá contra esta finalidade é excepcional e como exceção deve ser encarada.

Finalizando a questão diz ainda Nogueira: "A interpretação por analogia ou qualquer processo de preenchimento de lacuna da lei para cobrar tributo ou impor pena tributária, para modificar, dispensar ou extinguir o tributo, quer nos parecer impossível, ilegítima, face à Constituição, pois a obrigação tributária é uma 'obrigatio ex lege'" (grifo nosso)¹³

Moreira alerta que José Geraldo Ataliba Nogueira não concorda com Ruy Barbosa Nogueira dizendo que "não tem cabimento... sustentar a tese da interpretação estrita ou restritiva do direito tributário, a qual resulta da concepção excepcional desse ramo de direito. Concluimos... que a interpretação do direito tributário é a mesma aplicável às demais normas de direito comum"¹⁴.

Diz Moreira que os dois mestres tinham parcial razão, pois um buscava a segurança jurídica e o outro objetivava evitar abusos advindos de interpretação muito dura da lei.

Pelas razões expostas no texto acatamos a lição de Ruy Barbosa Nogueira porque, embora esta seja anterior ao C.T.N., é ela ainda válida, portanto exceções só podem ser criadas por Lei.

Jogando uma última pá de cal sobre o assunto temos o art. 108, § 2º, do C.T.N. que diz "O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa de pagamento de tributo devido."

Respondida esta indagação, passemos a ver uma a uma das cinco hipóteses taxativas de remissão previstas no Código Tributário Nacional no seu artigo 172.

SITUAÇÃO ECONÔMICA DO SUJEITO PASSIVO

Baleeiro ensina que esta modalidade de remissão beneficiaria o sujeito passivo sem condições econômicas de saldar sua dívida fiscal, não importando o motivo, pois o C.T.N. não exclui nem a culpa deste no caso.

Já Fanucchi diz que esta modalidade ocorre quando o contribuinte não tem como saldar sua obrigação por falta de recursos.

Frente ao disposto no Código tem-se que concordar com os dois mestres, em especial quanto à observação de Baleeiro de que o motivo no caso é irrelevante.

ERRO DE FATO OU IGNORÂNCIA ESCUSÁVEL

Baleeiro ressalta que o erro ou a ignorância têm que ser de fato não se admitindo o erro de direito, porque a ninguém é dado afirmar que não conhece a lei para não respeitá-la. Fanucchi se expressa de maneira idêntica.

CRÉDITO DE DIMINUTO VALOR

Baleeiro diz que aqui se trata do crédito fiscal de valor insignificante, caso em que fica mais caro cobrá-lo que dispensá-lo, sendo que geralmente esta remissão é feita genericamente pela lei.

Lembra Fanucchi que aqui ocorre muita confusão com a anistia, o que não se justifica como se viu acima.

Bonilha¹⁵ preparou o mais longo estudo que encontramos sobre o assunto onde recorda que esta forma de remissão é objetiva, diversamente das demais hipóteses que dependem da situação subjetiva do contribuinte.

Diz Bonilha que esta modalidade de remissão atende mais aos interesses do Fisco do que dos sujeitos passivos porque ela tem o escopo de evitar um grande número de cobranças de créditos de valor econômico irrisório, o que traz prejuízos para o Erário devido ao fato já mencionado de que exigí-los é mais dispendioso que dispensá-los.

Bonilha exemplifica com o caso da Lei Federal 7450/85 que perdoou dívidas fiscais, mas sem que este perdão implicasse "restituição de quantias pagas, nem compensação de dívidas" (art. 77).¹⁶

EQÜIDADE

Entendemos como Moreira¹⁷ que afirmou que como o Código menciona a equidade é necessário dizer-se do que se trata, em que pese entendimentos contrários à sua aplicação e a opinião de alguns que acham que este conceito é confuso e gerador de discordâncias sem fim, pois a definição do que seja equidade gera grande discussão doutrinária desde longa data.

Moreira conceitua equidade como sendo "o reconhecimento e propiciação da igualdade material" que tanto pode ser "in melius" quanto "in pejus".

Conforme Silveira¹⁸ a equidade tem o conceito vulgar de Justiça no caso concreto, sendo tradicionalmente equiparada à Justiça ideal, não à Justiça legal. Ela se faz necessária em alguns tipos de casos concretos: a) a generalidade exacerbada da lei não satisfaz o caso concreto; b) há omissão da lei quanto ao caso concreto; e c) a solução legal não se adequa ao caso concreto total ou parcialmente. Lembra ele que há doutrinadores que entendem que o juiz pode não aplicar a lei que se mostrar inadequada ao caso concreto.

Fanucchi afirma que às considerações de equidade têm por objetivo restaurar a isonomia prejudicada por hipóteses iguais, mas com resultados tributários diversos

Baleeiro ressalta que as considerações de equidade são relacionadas a aspectos personalíssimos do contribuinte ou materiais do caso. Cita ele ainda Aristóteles que disse: "A natureza própria da equidade consiste em corrigir a lei, na medida em que esta se mostra insuficiente, em razão de seu caráter geral"¹⁹

Segue Baleeiro dizendo que não concorda com Pontes de Miranda quando este afirma que a equidade nada mais é do que uma permissão legal dada a alguém para decidir com liberdade no caso concreto camuflada pela falta de objetividade desta expressão, porque também o conceito de "princípios gerais do Direito" é vago,

tendo a doutrina tentado dar limites ao conceito da equidade.

Baleeiro diz ainda que a equidade presta-se para suprir as lacunas legais, mas também serve para interpretar e adequar a lei que se mostrar injusta no caso concreto devido a seu caráter genérico e impessoal, sendo que pela equidade se procura satisfazer a Justiça, cujo conceito depende do momento e latitude em que se vive.

Pelo exposto podemos dizer que se entende equidade como sendo a satisfação do sentimento de Justiça ferido pela disposição legal que não se adequa ao caso concreto. No nosso caso, se a disposição legal se mostrar injusta ao ser aplicada, pode ela ser mitigada aplicando-se até a remissão no objetivo maior de atingir a Justiça.

Importante ressaltar que, como a atividade tributária é vinculada, a Lei que autorizar a autoridade administrativa a conceder remissão neste caso deve dizer clara e expressamente quais são as "considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso", portanto, no nosso entender, as análises referentes ao cabimento da equidade seriam feitas no âmbito legislativo.²⁰

PECULIARIDADES REGIONAIS

Seriam abrangidas por esta hipótese calamidades públicas, profunda crise econômica, comoção política, endemias, epizootias que dizem rebanhos, etc.

Outro caso lembrado por Fanucchi ocorre quando se concede o benefício a contribuintes de áreas menos desenvolvidas do território.

Conhecendo-se as hipóteses de remissão que há surge a questão de como pode ela ser dada.

FORMA DE CONCESSÃO

Alguns juristas entendem que a remissão tributária pode ser concedida apenas pela lei, sem necessidade de nenhuma atividade da autoridade administrativa. Para estes existiriam dois casos de concessão de remissão: 1. remissão concedida com necessidade de prática de atos por parte da autoridade administrativa; e 2. remissão concedida diretamente pela lei, sem ne-

cessidade de nenhum ato complementar, salvo os atos internamente necessários.

Fanucchi ao diferenciar a anistia da remissão afirma: "a remissão é extintiva desse mesmo crédito e é concedida quer haja, ou não, infração à legislação por parte do sujeito passivo, porém sempre dependente da concessão individual de autoridade administrativa."²¹ (grifo nosso). Diz ele que a lei deve dizer qual é a autoridade com atribuição para conceder o benefício, mas, evidentemente, no silêncio da lei, coisa comum de acontecer, deve-se entender que é a mais alta autoridade fazendária ou quem esta designar, sob pena de frustrar-se o direito do contribuinte.

Jardim²², por sua vez, afirma que "o conceder remissão implica despacho motivado, no qual o signatário adnumera as razões da renúncia ao crédito tributário" (grifo nosso).

Concordamos com estes dois autores no sentido de que a participação da autoridade administrativa é essencial não podendo se limitar aos atos internamente necessários, mas devendo conceder a remissão por despacho fundamentado.

O próprio teor do art. 172 do C.T.N. ao nosso ver não deixa dúvidas dizendo: "A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário..." (grifo nosso). Portanto só a lei autoriza e só a autoridade fiscal concede a remissão, sendo necessário o concurso da lei e da autoridade administrativa.

De qualquer forma a autoridade administrativa não pode conceder remissões de forma discricionária porque a atividade tributária é plenamente vinculada, devendo a remissão sempre vir da lei.

Seria dispensável dizer-se que a recusa imotivada da autoridade administrativa em cumprir a lei que autorizou a remissão poderia ser superada pela autoridade judiciária em mandado de segurança.

REMISSÃO E DIREITO ADQUIRIDO

O parágrafo único do art. 172 do C.T.N. tem a seguinte redação: "O despacho referido neste

artigo não gera direito adquirido, aplicando-se, quando cabível, o disposto no art. 155."

Por sua vez dispõe o artigo 155 do C.T.N.: "A concessão da moratória em caráter individual não gera direito adquirido e será revogada de ofício, sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumpria ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora: I — com imposição da penalidade cabível, nos casos de dolo ou simulação do beneficiado, ou de terceiro em benefício daquele; II — sem imposição de penalidade, nos demais casos. Parágrafo único. No caso do inciso I deste artigo, o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito; no caso do inciso II deste artigo, a revogação só pode ocorrer antes de prescrito o referido direito."

Alguns doutrinadores entendem que, devido a esta determinação legal, o despacho da autoridade administrativa que concede a remissão não gera direito adquirido, sendo ela revogável *ex officio* sempre que se constatar que o contribuinte não cumpria com as exigências legais para o recebimento do benefício, executando-se o crédito acrescido de juros de mora.

Note-se que a remissão diverge da moratória porque nesta pode-se dizer que o contribuinte parou de satisfazer as exigências legais, pois estas podem se referir ao futuro, já na remissão só se trata de requisitos existentes na época da sua concessão, referindo-se, portanto, ao passado.

Lembram alguns mestres que este parágrafo único não tem utilidade porque se o contribuinte não tivesse satisfeito as exigências legais nunca poderia ter adquirido qualquer direito. Neste caso a concessão da remissão estaria maculada por vício de ilegalidade e, assim, poderia ser revogada a qualquer momento. Seguem nesta linha, entre outros, Baleeiro e Fanucchi.

Acrescenta Fanucchi que a outorga do benefício não gera direito adquirido podendo ser revogada a qualquer tempo como qualquer outro ato administrativo voltando o crédito tributário ao que era antes na sua integridade. Assim não

é correto dizer-se que a remissão sempre extingue o crédito tributário, sendo em alguns casos causa suspensiva apenas. No entanto diz ele que a revogação equivale à da moratória, com os mesmos efeitos.

Critica Jardim o dizer de alguns tributaristas e do C.T.N. de que o despacho que concede a remissão pode ser revogado porque segundo este despacho é ato plenamente vinculado e não discricionário, portanto não cabe nele revogação, mas tão somente invalidação (anulação ou reconhecimento de nulidade).

Diz Jardim que "... a remissão efetivada mediante ato legítimo gera direito adquirido, ao contrário do que dispõe o Código e ao reverso do que imprópria e prestamente se pensa" (p. 169)

Estamos com Jardim por entender também como ele que a atividade administrativa tributária é plenamente vinculada e que se o contribuinte satisfaz as exigências da lei tem ele sim direito adquirido, pois caso contrário não seria próprio dizer sequer que este tenha tido direito à remissão concedida.

OUTRAS OBSERVAÇÕES

1. O Caso Especial do ICMS e Impostos Indiretos

Lembrava Baleeiro que no caso do ICM era necessário fazer-se convênios entre todos os Estados-membros, segundo dispunha o art. 10 da Lei Complementar 24/75 para se conceder remissão.

Atualmente a Constituição tem a seguinte redação:

"... Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre... II — operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;... § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:... XII — cabe à lei complementar:... g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados."

Assim, se percebe que a exigência persistiria se se interpretasse a remissão como sendo um

tipo de benefício fiscal, no entanto, no caso do ICMS e dos demais chamados impostos indiretos em geral é questionável se é possível a concessão da remissão.

Esta dúvida surge porque nos assim chamados impostos indiretos o contribuinte de direito não é o mesmo que o contribuinte de fato, ou seja, o comerciante ou industrial apenas imbuído o imposto no preço e o consumidor é quem paga o imposto, cabendo então ao comerciante ou industrial o recolhimento do imposto que na realidade não foi pago por ele.

Desta maneira nos parece que conceder remissão de impostos ao contribuinte de direito, que funciona como se fosse mero agente arrecadador, é na verdade fazer uma doação pura, simples e imotivada de dinheiro público para um particular, razão pelo qual entendemos não ser possível conceder remissão nestes casos.

2. Remissão e Solidariedade

No caso de solidariedade a remissão atinge a todos os devedores, salvo disposição de lei em contrário, pois alguns dos co-obrigados podem não satisfazer às exigências da lei concessiva da remissão.

A respeito disto diz o C.T.N.: "... Art. 125. Salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade:... II — a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse casos, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo;..."

Note-se que o C.T.N. fala em "saldo" o que autoriza dizer que a parte do contribuinte beneficiado deve ser abatida do total, não se podendo cobrar tudo dos que não receberam o benefício, a exemplo do que ocorre na lei civil²³.

3. O Artigo 150, § 6º, da Constituição Federal

O Artigo 150, § 6º, da Constituição Federal dispõe que: "Qualquer anistia ou remissão que envolva matéria tributária ou previdenciária só poderá ser concedida através de lei específica, federal, estadual ou municipal."

Afirma Carrazza²⁴ que a Constituição objetivou aqui não deixar dúvidas de que só o ente público com competência constitucional para tributar pode perdoar o tributo.

Observa ainda o mesmo autor que a Constituição omitiu o Distrito Federal, contudo, este evidentemente está incluído, pois se trata de um membro da Federação, não havendo motivos para excluí-lo.

Ferreira Filho, comentando este parágrafo, acrescenta que a remissão só pode ser concedida por Lei relativa ao imposto sobre o qual o benefício ocorrerá²⁵. Talvez o que este autor tenha querido dizer foi que será necessário uma Lei própria para a remissão de cada tipo de tributo.

Martins e Bastos²⁶ ao estudarem este dispositivo constitucional confirmaram os dizeres de Carrazza acrescentado que a expressão *lei específica* não foi muito bem escolhida pelo legislador constituinte porque para eles qualquer lei que não seja complementar tratando de princípios gerais é lei específica, não importando o fato de ser ou não exclusiva sobre remissão ou anistia ou conter outras matérias, no que concordamos com eles.

O que é muito interessante notar é que tal exigência se encontra disciplinada no artigo que trata das garantias do contribuinte, o que reforça nossa posição de que é garantia do contribuinte honesto que a remissão não seja dada de forma indisciplinada e imotivada.

EXEMPLO CONCRETO DE COMO TEM SIDO DADO REMISSÃO

O autor do presente estudo, como juiz de Direito, negou cumprimento à Lei Estadual Paulista nº 8.198/92²⁷, por não atender esta lei ao disposto no C.T.N. como retro mencionado, tendo havido recurso.

Na decisão se disse que a Lei "não atendeu aos preceitos do C.T.N., pois nada fala de despacho da autoridade administrativa, que nem se encontra nos autos, e muito menos expõe em qual das cinco hipóteses previstas no art. 172 do C.T.N. embasou sua benignidade. O dinheiro público não pode ser dispensado sem mais aquela, sendo inadmissível a lei dizer simplesmente "fica dispensado o pagamento". O contribuinte honesto tem direito público subjetivo a que se atendam com rigor aos preceitos constitucionais e legais na administração do erário, não podendo aceitar liberalidades imotivadas por parte do Poder Público."²⁸

A C. 15ª Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em V. Acórdão da lavra do E. Desembargador Maurício Vidigal, decidiu o mesmo feito de maneira diversa dizendo "Realmente, como sustenta o nobre magistrado houve remissão do débito, mas ela não está restrita ao procedimento previsto pelo artigo 172 do Código Tributário Nacional. Em razão de critérios de conveniência e oportunidade, nem sempre percebidos por membros do Poder Judiciário pelo simples fato de que não estão sujeitos às pressões exercidas sobre os que ocupam cargos políticos, os poderes Executivos e Legislativo têm muitas vezes concedido remissão incondicional de créditos fiscais sem as condicionar a atos fundamentados de autoridade administrativa. É que não se pode admitir que a própria lei não tenha aptidão para definir a necessidade da remissão, deixando-a a critério da autoridade administrativa"²⁹

Em que pese o devido respeito e o mais elevado acatamento que merece o V. Acórdão não concordamos com ele por tudo que foi exposto no texto.

Lembre-se que o Direito Administrativo, berço do Direito Tributário, tem inclusive permitido a análise do próprio mérito pelo Judiciário para se averiguar dos princípios da moralidade, razoabilidade, etc., havendo expressa previsão constitucional a este respeito no art. 37 da CF/88.

Uma importante questão que surge é se pode o juiz, de ofício, negar cumprimento à legislação que não respeitar o Código Tributário Nacional e a resposta é positiva porque ao juiz cabe cumprir a Constituição e as leis constitucionais, como é o caso do C.T.N., não podendo o magistrado aceitar ilegalidades e jamais homologá-las, coisa que expressamente prevê o art. 129 do C.P.C.³⁰

Lembre-se, a propósito, que os vícios de ilegalidade e lesividade das remissões que são concedidas por aí são combatíveis por meio de ação popular, pois nesses casos via de regra se tratam de leis de efeitos concretos e não leis em tese^{31 32}.

CONCLUSÕES

São várias as conclusões que chegamos neste estudo, entre elas concluímos que se pode

conceituar a remissão como sendo o ato praticado pelo credor que, por liberalidade, desobrigada o devedor de quitar a dívida, tendo ela a natureza jurídica de um ato legislativo unilateral.

Percebemos ainda que os requisitos de qualquer remissão são: 1. ela deve ser autorizada por lei da pessoa política com competência constitucional para tributar; 2. deve se basear em uma das hipóteses do art. 172 do C.T.N. que é taxativo e não exemplificativo; 3. deve ser concedida pela autoridade administrativa; e 4. o despacho da autoridade deve ser fundamentado.

Averiguamos que o despacho que concede a remissão não pode ser revogado, mas apenas anulado porque se trata de ato vinculado, gerando ele sim direito adquirido se a lei foi satisfeita pelo contribuinte.

Foi esclarecido também que não é possível, no caso dos denominados impostos indiretos, a concessão de remissão.

Vimos ainda que a remissão beneficia a todos os devedores solidários, se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo.

Infelizmente a remissão não tem sido concedida com todos os critérios aqui elencados.

O que se tem visto é que a remissão tem sido dada como um prêmio ao mau contribuinte e como castigo àquele que honestamente tem cumprido com a lei.

Tem-se dito entre o povo que o melhor é não pagar os tributos em dia, pois mais cedo ou mais tarde estes serão total ou parcialmente perdoados, o que demonstra os nefastos efeitos da atual política de remissões tributárias.

Se o Estado como um todo fosse muito rico ou estivesse com dinheiro sobrando seria mais correto diminuir os impostos do que perdoar de uns e não de outros. Na verdade, no Brasil, o Estado está falido e não se justifica dar-se remissão como se tem dado.

Além de ser esta uma péssima política fiscal é ela também inconstitucional porque o art. 150, II, da C. F. Dispõe: "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:... II — instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente,..."

Bastos e Ives Gandra dizem que "sempre a anistia e a remissão representam uma injustiça em relação aos contribuintes que honraram seus compromissos, principalmente se o fizeram apesar da excessiva carga fiscal"³³

O prof. Gerd Willy ROTHMANN, no curso de pós-graduação da FADUSP, questionou esta afirmativa, achando ele que nem sempre a remissão significa uma injustiça.

Entendemos que a razão está com Bastos e Gandra. Imaginemos dois contribuintes em situações econômicas idênticas, sendo que um paga o tributo devido na época certa e o outro não paga. Decorre o tempo e eles entram em condições de merecer uma remissão que for concedida, mas só o mau pagador se beneficiará. Onde a Justiça? Evidentemente que não na remissão como aqui praticada.

A remissão pode servir como bom instrumento de política fiscal se por meio dela se evitar a destruição ou sofrimento desnecessário do contribuinte, no entanto, nestes casos, deveria se deixar também beneficiar aqueles que honestamente cumpriram com sua obrigação fiscal no prazo legal e não só os que dão calote no fisco.

Assim espera-se que tal prática seja um dia interrompida concedendo-se remissão apenas quando o caso realmente a recomendar como medida de maior Justiça.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 A primeira versão deste trabalho, que foi bastante modificada, foi apresentada no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP sendo professores os Profs. Drs. Alcides Jorge Costa e Gerd Willy Rothmann. Adotamos algumas sugestões destes mestres no texto e lhes prestamos merecida homenagem.
- 2 Jardim, Eduardo Marcial Ferreira. "Outras formas de extinção da obrigação tributária". In "Curso de Direito Tributário". VV. AA.. Coordenador: Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo, Saraiva/CEEU, 1982, p. 157/185
- 3 Baleeiro, Aliomar. "Direito Tributário Brasileiro". 10ª ed. re. e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro, Forense, 1986. (p. 577 a 579).
- 4 (art. 766 e §, 814, 900 e §, 903, todos do CC; art. 278 do C. Comercial; e arts. 787 a 794, II, do C.P.C.)
- 5 Art. 180 do C.T.N.: "A anistia abrange *exclusivamente* as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede..." (grifo nosso)
- 6 Denari, Zelmo. "Comentários ao Código Tributário Nacional". IBET/Resenha Tributária. 1978, p. 180

7 Costa, Alcides Jorge. "Direito Tributário e Direito Privado". In: "Direito Tributário — Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira". VVAA. Coordenador: Brandão Machado. São Paulo, Saraiva, 1984, p. 221-240.

8 Carrazza, Roque Antônio. "Curso de Direito Constitucional Tributário". 4ª edição. São Paulo, Malheiros, 1993, p. 380.

9 As dimensões deste trabalho, por ser um artigo de revista, não permitem grande divagação pelo Direito Comparado, por isso, fazemos esta brevíssima nota para que este importante aspecto não passe totalmente em branco.

O Código Tributário da Alemanha (AO/77) assim dispõe sobre o assunto: "... § 227 Remissão.(1) As autoridades fiscais podem remitir pretensões decorrentes da relação de débito de imposto, total ou parcialmente, quando a sua cobrança violar a equidade, conforme as circunstâncias do caso concreto; nas mesmas condições, podem ser restituídas ou compensadas as importâncias pagas. (2) Os poderes previstos no inciso 1 cabem à autoridade fiscal superior da pessoa jurídica que administra o imposto ou às repartições fiscais por ela indicadas. O disposto no § 203, inciso 5, da lei de compensação, não é afetado por esta norma... § 261 Remissão. Pretensões originárias da relação de débito de imposto poderão ser objeto de remissão, se for constatado que a cobrança não será bem sucedida ou se as respectivas custas forem desproporcionais em relação à importância a ser cobrada." (Alemanha, Leis, Decretos, etc. "Abgabenordnung (AO — 1977)". Novo Código Tributário. Tradução de Alfred J. Schmid e outros. Rio de Janeiro/São Paulo, Forense/IBDT-USP, 1978)

Fonrouge, citando Tesoro, Berliri, Giannini, Ingrosso e Pugliese, afirma que na Itália o Estado está absolutamente proibido de conceder remissão. O mesmo mestre, falando da Argentina, diz que lá é permitido, mas de forma limitada, sendo concedida pelo Diretor Geral da "Dirección Impositiva" com caráter geral e quando houver circunstâncias excepcionais devidamente justificadas, tais como inundações, terremotos ou grandes catástrofes, aplicando-se somente a alguns impostos e não havendo lá anistia de infrações tributárias. (Fonrouge, Carlos M. Giuliani. "Derecho Financiero". 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1970, vol. I, p. 562.)

10 "Artigo 172. A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo: I — à situação econômica do sujeito passivo; II — ao erro ou ignorância escusáveis do sujeito passivo, quanto a matéria de fato; III — à diminuta importância do crédito tributário; IV — a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso; V — a condições peculiares a determinada região do território da entidade tributante...."

11 França, R. Limongi. "Heremênutica Jurídica". 2ª edição. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 49.

12 Nogueira, Ruy Barbosa. "Curso de Direito Tributário". 8ª edição. São Paulo, Saraiva, 1987, p. 107.

13 Nogueira, Ruy Barbosa. "Direito Financeiro". São Paulo, Bushatsky, 1964, p. 51.

14 Moreira, João Batista, "Fundamentos da equidade no Direito Tributário Brasileiro". (In: Revista de Direito Administrativo 130/13-39) p. 23/24..

15 Bonilha, Paulo Celso Bergstrom. "Da remissão ou cancelamento de débitos fiscais de diminuto valor". Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de julho de 1988, nº 13/88, p. 191.

16 Trouxe Bonilha decisões do extinto Tribunal Federal de Recursos sobre esta questão da restituição onde este entendeu que a quantia consignada em juízo é alcançável pela remissão, o mesmo não ocorrendo quando já houvesse sido realizada arrematação do bem penhorado.

Na hipótese da consignação disse o mesmo Tribunal que a remissão não ocorrera porque "o depósito em juízo não significa ainda pagamento que só se verifica com sua conversão em renda da União. Sobrevida a remissão, a importância depositada deverá ser restituída ao executado, sem que haja, por isso ofensa ao disposto no artigo 77 da Lei nº 7.450/85" (Agravado de Instrumento nº 52.032 publicado no Diário Oficial da União, de 28 de abril de 1988, citado por Bonilha, p. 190)

Quanto à arrematação entendeu o E. Tribunal que "Efetuado o leilão, com a consequente arrematação do bem penhorado, este ato não se desconstitui pela superveniência de lei concedendo remissão. Irrelevância de, quando de sua edição, haver em curso embargos à arrematação. A transmissão de propriedade já se verificara, embora pudesse desfazer-se o ato com a eventual procedência dos embargos. Julgados improcedentes, mantém-se íntegra a alienação já anteriormente ocorrida" (Agravado de Instrumento nº 54.039, publicado no D. O. U. de 28 de abril de 1988, p. 9.737, citado por Bonilha, p. 190).

17 Moreira, João Baptista. obra citada.

18 Silveira, Alípio. "Heremênutica no Direito Brasileiro". São Paulo, RT, 1968, dois volumes, p. 370.

19 Baleeiro, Aliomar, obra citada, p. 439

20 Interessante notar que neste caso, no Direito alemão, um dos mais perfeitos do mundo em termos tributários, há expressa previsão legal de restituição do tributo a quem já o pagou, o que nos parece mais justo do que o que se faz aqui, confira-se: "... § 227 Remissão.(1) As autoridades fiscais podem remitir pretensões decorrentes da relação de débito de imposto, total ou parcialmente, quando a sua cobrança violar a equidade, conforme as circunstâncias do caso concreto; nas mesmas condições, podem ser restituídas ou compensadas as importâncias pagas." (grifo nosso) (AO/77)

- 21 Fanucchi, Fábio. "Curso de Direito Tributário Brasileiro". Vol. I e II. 4ª edição, São Paulo, Editora Resenha Tributária, 1986, p. 341/342
- 22 Jardim, Eduardo Marcial Ferreira. Obra citada, p. 168.
- 23 Código Civil: "art. 1.055. A remissão concedida a um dos co-devedores extingue a dívida na parte a ele correspondente; de modo que, ainda reservando o credor a solidariedade contra os outros, já lhes não pode cobrar o débito sem dedução da parte remitada."
- 24 Carrazza, Roque Antônio. Obra citada, p. 381
- 25 Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo, Saraiva, 1994, vol. 3, p. 107
- 26 Bastos, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra. "Comentários à Constituição do Brasil". São Paulo, Saraiva, 1990, vol. 6, tomo I, pp. 211/214.
- 27 A mencionada Lei Estadual nº 8.198/92 no seu artigo primeiro trata daqueles que não perdem a condição de microempresa enquanto que o artigo 2º trata de porcentagem do ICMS e o que nos interessa é o artigo 3º que singelamente diz o seguinte: "Fica dispensado o pagamento do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação — ICMS em relação a operações ocorridas até a data da publicação desta Lei, com: I — alimentação fornecida em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares; II — programa para computador ("software"), personalizado ou não. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica ao fornecimento e à distribuição de bebidas e nem autoriza a restituição de tributos já recolhidos" Os artigos 4º e 5º da Lei revogaram disposições anteriores e dispuseram sobre a vigência imediata da Lei..
- Perceba-se a intenção, comum neste tipo de lei, de premiar somente o mau pagador, pois aquele que honrou sua obrigação cívica para com o fisco não terá restituição do tributo já recolhido.
- 28 Processo nº 561/91 da Vara do Anexo Fiscal da Comarca de São Vicente, SP.
- 29 Agravo de Instrumento nº 246.145-2/3 — MV 911 — referente ao processo mencionado na nota anterior
- 30 "Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que o autor e o réu se serviram do processo para... conseguir *fin proibido por lei*, o juiz proferirá sentença que *obste aos objetivos das partes*" (art. 129 do C.P.C.)
- 31 Conforme Lei 4.717/65, art. 1º e RJTJESP 103/169
- 32 A título de curiosidade trazemos à colação o artigo publicado no Jornal "O Estado de São Paulo" no dia 11 de junho de 1995, p. A-13, denominado "Acordos prejudicaram construção de casas", escrito por Kássia Caldeira.
- No artigo não se menciona expressamente a Lei aqui tratada, mas evidentemente é dela que ele fala quando diz que "A rede Mcdonald's se beneficiou da anistia fiscal concedida... a 300 mil devedores do ICMS entre bares, restaurantes e distribuidores de *software*." Disse ainda a reportagem que "O governo... deixou de construir cerca de 8 mil casas populares perdendo a dívida... "e parcelando outra, somando os casos R\$ 30 milhões". Acrescentou a repórter que o governo "... construiu 88 mil casas populares em cinco anos.. poderia ter feito mais se não perdoasse dívida de quem tem dinheiro para pagar" segundo o que lhe disse o presidente do CDHU.
- 33 Bastos, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra. Obra citada, p. 212.

As Contribuições Parafiscais no Direito Brasileiro

FRANZ AUGUST GERNOT LIPPERT

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS

PLANO DE TRABALHO

1. Introdução: 1.1. Razões Sociais; 1.2. Razões Políticas; 1.3. Razões Orçamentárias; 2. Normas Jurídicas Atinentes a Contribuições em Geral: 2.1. Normas Constitucionais; 2.2. Leis Complementares; 2.3. Leis Ordinárias; 3. A Natureza Jurídica das Contribuições Especiais: 3.1. Fato Gerador: 3.1.1. Sujeito Ativo; 3.1.2. Sujeito Passivo; 3.2. Natureza Jurídica; 3.3. Situação Atual: 3.4.1. Criação da Contribuição; 3.4.2. Inclusão no Orçamento; 3.4.3. Controle Pelo Tribunal de Contas

PREÂMBULO

"A parafiscalidade é uma modalidade nova de finanças públicas, embora com antecedentes históricos, própria do Estado intervencionista, visando instituir e utilizar receitas de aplicação específica, fora do orçamento estatal, à conta de órgãos com finalidades econômicas, de organização profissional, de assistência e previdência sociais, arrecadadas diretamente pelas entidades aplicadoras ou por meios indiretos, inclusive pelas próprias repartições fiscais do Estado."

Sylvio Santos Faria. *Aspectos da Parafiscalidade*. Livraria Progresso Editora, Salvador, 1.ed., p. 103, 1955.

O SURGIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS OU PARAFISCAIS

Investigando as causas do surgimento das *Contribuições Parafiscais*, constata-se serem estas as mais diversas, sendo-lhes, entretanto, comum a necessidade do Estado de obter recursos para o atendimento de suas incumbências, decorrentes de determinados fatos políticos, sociais e econômicos, que marcaram a história deste século.

Caracterizou-se este século: na área social, pela tenaz luta da humanidade, objetivando conquistar uma qualidade de vida melhor e, na área política, por duas guerras mundiais, as quais, se, de um lado, provocaram um progresso enorme em determinadas áreas, especialmente nas áreas da ciências exatas, acarretaram enormes perdas humanas e econômicas, não apenas dos países vencidos, mas também dos países vencedores, com exceção dos Estados Unidos, quanto às perdas materiais.

Tais fatos exigiram do Poder Público, quase a nível mundial, quanto à obtenção, administração e aplicação de recursos, ações imediatas, incompatíveis com as normas tradicionais da previsão, elaboração e execução orçamentária.

Sendo impossível, de um lado, atender às inúmeras necessidades sociais, e constatando-se, de outro lado, a *existência de interesses grupais*, a respeito, passou o Poder Público a promover a criação de novos órgãos, relacionados diretamente com aqueles grupos para, aumentar sua eficiência política e administrativa na solução destes problemas (grupais).

Sendo imprescindível para o adequado funcionamento dos novos órgãos, também denominados da administração pública indireta, atribuir-lhes os meios financeiros necessários, foram então criadas novas exações.

Convencionou-se chamá-las de "contribuições parafiscais", "contribuições especiais" ou simplesmente "contribuições", "Sonderabgaben"¹

ou "Parafiskalische Abgaben", "Redevances" ou "Taxes Parafiscales"^{2,3}.

A palavra "parafiscalité", teria sido empregada pela primeira vez em 1947 no "Inventaire Schuman"⁴, objetivando a obtenção de recursos para a recuperação econômica e social da França, após a Segunda Guerra Mundial, através de exações compulsórias marcadas por algumas características que as diferenciaram dos tributos clássicos^{5,6}.

A preposição grega "para" pode ser traduzida como "perto", "pouco distante" ou "ao lado", indicando, conseqüentemente, quanto à matéria ora tratada, uma receita "ao lado do orçamento", "fora do orçamento", "fora do quadro das receitas tributárias tradicionais", "finanças paralelas", finanças, que se situam ao lado das finanças clássicas do Estado.

Emanuelle Morselli⁷ chama atenção basear-se a parafiscalidade na distinção das necessidades públicas em fundamentais e complementares, correspondendo as primeiras às finalidades do Estado essencialmente políticas (defesa externa e interna, justiça, etc.) e as segundas às finalidades sociais e econômicas, as quais, sobretudo, recentemente, (naquela época) assumiram grandes proporções e novas determinações financeiras, destinadas principalmente ao custeio de necessidades de grupos profissionais, econômicos ou sociais.

Os estudiosos da matéria, como Bernardo Ribeiro de Moraes⁸ relatam que o Estado, na mais moderna concepção e como resultado de um conjunto de novos fins e de novas necessidades públicas, é obrigado a manter dois sistemas de finanças públicas típicas a saber:

1. o fiscal com seu fim político e
2. o parafiscal com o seu fim econômico e social.

Conforme Sylvio Santos Faria⁹, a sede das necessidades econômicas e sociais, que fizeram surgir as contribuições parafiscais, estaria nas categorias e nos grupos sociais, de maneira que o fortalecimento político das organizações classistas teve por corolário o desenvolvimento da finança parafiscal.

Para este autor a contribuição constitui "uma modalidade nova de finanças públicas, própria do Estado intervencionista, visando instituir e utilizar receitas de aplicação específica, fora do orçamento estatal, à conta de órgãos com finali-

dades econômicas, de organização profissional, de assistência e previdência sociais, arrecadadas diretamente pelas entidades aplicadoras ou por meios indiretos, inclusive pelas próprias repartições fiscais do Estado" (Sylvio Santos Faria)¹⁰.

Para Bernardo Ribeiro de Moraes¹¹:

"...contribuição especial vem a ser, pois, o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma atividade social do Estado ou de entidade, que tenha a seu cargo o exercício de funções públicas, efetivas ou potenciais, dirigidas a grupos sociais."

NORMAS JURÍDICAS ATINENTES ÀS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS ESPECIAIS OU PARAFISCAIS NO DIREITO BRASILEIRO

1. Normas Constitucionais

A Constituição Federal atribui no artigo 149 "caput", exclusivamente à União competência para instituir "Contribuições Sociais" de intervenção no domínio econômico, e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, e aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a faculdade de instituir exclusivamente contribuições cobradas de seus servidores para o custeio de sistemas de previdência.

Estabelece para tanto o artigo 195 da Constituição os aspectos básicos da seguridade social: atribuindo seu custeio direto e indireto à sociedade através de recursos dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Contribuições Sociais provenientes dos:

- 1.1. empregadores, incidentes sobre a folha de salários,
- 1.2. faturamento
- 1.3. lucro em geral
2. próprios trabalhadores e
3. receita de concursos de prognósticos."

Merece destaque neste contexto o fato de dispor o parágrafo primeiro do artigo 195, que as receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, *mas não integrarão o orçamento da União*, constituindo-se, em contribuições parafiscais no sentido clássico (recurso fora do orçamento ao menos da União). Prevê o parágrafo quarto do artigo 195,

atinente à seguridade social a criação de outras fontes destinadas à manutenção ou expansão desta, mediante lei complementar, desde que, quanto à tal fonte, não haja cumulatividade e não tenham as contribuições assim criadas fatos geradores ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição (art. 154, I).

Observações

1. Não existe dispositivo equivalente (ao do parágrafo quarto do art. 195, quanto às contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas do artigo 149.

2. O prazo de "anterioridade", quanto à cobrança de contribuições destinadas à seguridade social é de apenas 90 (noventa) dias (art. 195, parágrafo 6º).

3. Os textos constitucionais mencionados são regradados pelo disposto no artigo 217 do Código Tributário Nacional (C.T.N.), por constituir-se o mesmo em *Lei Complementar* da Constituição Federal. A sua atual redação decorre: A, da Emenda Constitucional nº 1/1969, art. 163, parágrafo único, art. 165, XVI, 166, parágrafo 1º e da Emenda Constitucional 408/1977, artigo 21, parágrafo 2º, I, sendo, conseqüentemente, anteriores à atual Constituição Federal.

4. As normas constitucionais e as leis complementares anteriormente mencionadas são complementadas por normas legais ordinárias, e, exemplificativamente, quanto às seguintes contribuições:

4.1. *Contribuições Sociais*: pela legislação ordinária atinente à contribuição previdenciária propriamente dita, à contribuição de seguridade social em suas mais diversas variedades, destinada ao financiamento de aposentadorias, de saúde, de assistência social, de auxílio de desemprego, de seguro contra acidentes, à contribuição ao Serviço Social da Indústria (SESI), ao Serviço Social do Comércio (SESC), ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), à Legião Brasileira de Assistência (LBA), ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), ao Fundo de Participação do Programa de Integração Social (PIS), ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL) e a outros;

4.2. *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico*, destinadas ao custeio de servi-

ços e encargos decorrentes da intervenção da União no domínio econômico "lato sensu", através de diversos financiamentos, como por exemplo, das destinadas à Renovação da Marinha Mercante, incorporadas ao Fundo da Marinha Mercante e as contribuições para o desenvolvimento da indústria cinematográfica brasileira, e

4.3. *Contribuição de Categorias Profissionais*, destinadas ao custeio das atividades de órgãos de classe sindicais, profissionais ou econômicas, incluindo-se neste grupo as contribuições sindicais e as contribuições destinadas à Ordem de Advogados do Brasil e aos Conselhos Regionais de Contabilidade, dos Engenheiros, Arquitetos, Contadores, Agrônimos, etc.

A NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS OU PARAFISCAIS

Aliomar Baleeiro¹² chamou a parafiscalidade de "neologismo afortunado", perguntando se ela contém "algo novo e inconfundível" como instituto fiscal e categoria financeira, ou, afinal, não passa de uma palavra, sem dúvida cômoda, para distinguir tributo, que se diferencia dos demais, apenas pelo destino especial de sua arrecadação e pela técnica desta". Adotando a segunda alternativa, entendia o autor ser a palavra "parafiscalidade" útil (do ponto de vista exclusivamente didático, metodológico ou terminológico), para designar impostos e taxas que se distinguem dos demais pela delegação a um órgão paraestatal a fim de serem aplicados aos fins deste.

Conforme Bernardo Ribeiro de Moraes¹³ caracterizam a contribuição especial ou parafiscal os seguintes elementos:

- 1) o caráter compulsório da exigência, à semelhança do imposto ou da taxa;
- 2) a não-integração da respectiva receita no orçamento do Estado;
- 3) a destinação do produto de sua arrecadação ao custeio de certos grupos, setores ou categorias sociais;
- 4) a administração de sua receita por entidades descentralizadas e até não-estatais por delegação do Estado.

Alfredo Augusto Becker¹⁴ entendia que as "contribuições parafiscais" não constituíam uma natureza jurídica "sui generis", nem tributo de natureza mista, porém, em determinados casos,

serem simples impostos com destinação determinada e, noutros, verdadeiras taxas, invocando para tanto à fls. 350 de sua obra as opiniões de brilhantes tributaristas nacionais e estrangeiros.

Entendia o jurista ser assim "porque a destinação do tributo, a sua maior ou menor proporcionalidade (em relação à base de cálculo) e a posição do sujeito passivo em relação à hipótese de incidência do tributo, não exercem qualquer influência sobre a natureza jurídica do tributo".

Foi este, também, o entendimento dos autores do Código Tributário Nacional, pois o artigo 5 do mesmo não faz qualquer referência a outro tributo, além de impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Examinando-se este ponto a partir do artigo 3º do C.T.N. constata-se o seguinte:

"Art. 3: Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."

Esta definição não diverge muito da contida no art. 17 do Projeto de Código Tributário Nacional, constante dos "Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional", doravante apenas "Trabalhos"¹⁵ cujos termos são os seguintes:

"Art. 17: Tributo é toda prestação pecuniária instituída por lei com caráter compulsório pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no uso de competência constitucional inerente à sua condição de pessoa jurídica de direito público."

Resultou esta definição da alteração do artigo 23 do Anteprojeto do Professor Rubens Gomes de Sousa¹⁶.

Nos seus comentários a este artigo, demonstraram os membros da "Comissão Especial", encarregada da elaboração do Projeto de Código Tributário Nacional, a preocupação de afastar interpretações restritivas do conceito "tributo", fixando para tanto as suas características fundamentais quanto a:

1. a origem da receita e sua natureza (prestação pecuniária);

2. o tipo de atuação jurídica empregada pelo Estado para sua obtenção (ato legislativo compulsório);

3. o fundamento constitucional do exercício daquela atuação (competência inerente à personalidade pública do agente), visando distinguir o tributo das receitas patrimoniais, das de caráter contratual e das decorrentes do exercício pelo Estado de atribuições estranhas ao seu caráter soberano, como os preços públicos.

O art. 5º do C.T.N., que corresponde integralmente ao artigo 21 do "Projeto", define como "tributos" apenas os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria.

Merece destaque neste contexto que Rubens Gomes de Sousa, em 1953, com o conhecimento e a visão que lhe eram peculiares, elaborando o "Anteprojeto do Código Tributário Nacional" já redigiu os artigos 95, 96 e 97¹⁷ (do Anteprojeto), referentes às "Contribuições", conceituando-as como terceira figura tributária genérica, paralelamente aos impostos e às taxas. Esta posição, entretanto, não foi aceita pela Comissão¹⁸. Mostra Rubens Gomes de Sousa¹⁹ que nunca se conformou com o entendimento majoritário da Comissão eis que a Constituição Federal então em vigor (a de 1946) no seu artigo 39, I, já previa a existência de "outras rendas", que poderiam ser contribuições.

Com o advento da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1 de 17/10/1969, consignando outras espécies de contribuições, além da contribuição de melhoria, foram aquelas constitucionalizadas. (art. 21, parágrafo 2º, I; art. 163, parágrafo único; art. 165; XVI e o art. 166, parágrafo 1º).

As contribuições sociais, as de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais previstas no artigo 149 e as da seguridade previstas no artigo 195 da atual Constituição Federal, nem sendo impostos nem taxas, distinguem-se dos primeiros por serem tributos vinculados e das segundas "pela circunstância de que, na contribuição, a atividade estatal que fundamenta o tributo possa ser apenas indiretamente relativa ao sujeito passivo, ao contrário da taxa em que aquela relação entre a atividade estatal e o sujeito passivo é necessariamente direta".

Segundo a lição de Rubens Gomes de Sousa, quanto aos tributos, nos termos constantes do artigo 3º do C.T.N., existem quatro elementos, que os caracterizam, a saber:

- o tributo é uma prestação compulsória, instituída em lei;
- o tributo é uma prestação pecuniária em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir;
- o tributo é uma prestação que não constitui sanção de ato ilícito;
- o tributo é uma prestação "cobrada por atividade administrativa plenamente vinculada".

Explica o mestre²⁰ que entre os tributos vinculados, a taxa se caracteriza por ser o seu fato gerador vinculado especificamente a uma atividade estatal (exercício do poder de polícia ou prestação efetiva ou potencial de um serviço) diretamente relativa ao sujeito passivo, devendo esta vinculação estar presente também na contribuição para constituir-se em tributo vinculado. Mas, então, será necessário para distinguir a contribuição da taxa um outro elemento de especificação, que teria de ser a circunstância de que na contribuição, a atividade estatal, que fundamenta o tributo "contribuição" possa ser apenas indiretamente relativa ao sujeito passivo, enquanto no caso da taxa esta relação entre a atividade estatal e o contribuinte é necessariamente direta.

Para Bernardo Ribeiro de Moraes a *Contribuição Especial* é um tributo cuja obrigação tem por *fato gerador* uma atividade social do Estado ou de entidade que tenha a seu cargo "exercício de funções públicas, efetivas ou potenciais, dirigidas a grupos sociais". Assim sendo, caracteriza-se a contribuição especial por possuir um pressuposto de fato, definido em lei de forma típica, consistindo numa atividade estatal dirigida à coletividade, que atinge determinado grupo de pessoas, que se beneficiam de certa forma²¹.

A Competência para Instituição de Tributos

Como já anteriormente exposto, é da União a competência para instituir e fixar o valor das contribuições especiais, de acordo com o disposto no artigo 149 "caput" da C.F., podendo, entretanto, os Estados, o Distrito Federal e os

Municípios instituir contribuições para o custeio de sistemas de previdência e assistência social de seus servidores.

Observação: Cabe mencionar neste ponto que o prazo da "anterioridade", quanto à cobrança de contribuições destinadas à seguridade social é de, apenas, 90 dias (art. 195, parágrafo 6º), aplicando-se aos demais o princípio da anuidade.

O Fato Gerador da Contribuição Especial

O fato gerador das contribuições especiais em geral é a atividade do Estado ou de seu órgão (com função estatal), visando atingir determinados grupos sociais, beneficiando individual, direta ou indiretamente seus componentes.

São contribuintes das contribuições especiais:

1. as pessoas, que se beneficiam pelas vantagens oferecidas pelo Poder Público;
2. pessoas que não se beneficiam pelas vantagens oferecidas, mas que se encontram relacionadas com o suporte fático ou fato gerador da respectiva obrigação tributária como o empregador (art. 195, I), permitindo o disposto no artigo 195, parágrafo 4º, da C.F. instituir por Lei Complementar outras fontes vinculadas à manutenção ou expansão da seguridade social, desde que sejam não-cumulativas e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição Federal.

As contribuições especiais integram o orçamento através de dotações globais, de acordo com o princípio da unidade orçamentária²², exceto as receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinado à seguridade social.

As referidas contribuições são fiscalizadas pelo Tribunal de Contas da União, ou órgão de controle da execução orçamentária, quanto à sua administração²³.

CONCLUSÕES

1. As Contribuições Especiais ou Parafiscais integram o sistema tributário brasileiro tanto a nível constitucional como a nível legal.

2. A criação de contribuições corresponde a uma tendência generalizada, não apenas decorrente de uma maior facilidade da administração pública, quanto à obtenção de recursos, mas também por atender melhor as exigências da justiça fiscal, eis que seus contribuintes encontram-se sempre relacionados com o respectivo fato gerador, beneficiando-se direta ou indiretamente com fatos que o compõem.

3. É dominante hoje a opinião que as contribuições paraíscais formam um quarto gênero de tributos, não sendo impostos, nem taxas nem contribuições de melhoria^{24,25}.

4. As normas jurídicas constitucionais e complementares não definem as contribuições especiais ou paraíscais.

5. As contribuições paraíscais são, ainda, pouco usadas com finalidades compensatórias para direcionar atividades econômicas, área onde poderão tornar-se expressivas.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 Tipke Die Steuerrechtsordnung, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 199 v. III, p. 1070-1074.
- 2 G. Gest/G. Tixier, *Manuel de Droit Fiscal*. Paris 1986, p. 58-60 "apud" Tipke.
- 3 Maurice Duverger. "Finances Publiques". Presse Universitaires de France, 1963, pp. 92 a 93 "apud", Gilberto de Ulhoa Canto "Contribuições Sociais — Cadernos de Pesquisas Tributárias", v. 17, Editora Resenha Tributária, S.P., 1992, p. 43-44.
- 4 Robert Schumann ou Schuman, então Ministro das Finanças, e, posteriormente, um dos mais importantes artífices da Comunidade Européia.
- 5 A palavra "Parafiscalidade" e a utilização da expressão "contribuição fiscal" deve-se a Emmanuelle Morselli, "Parafiscalidade e Seu Controle" e foi por este usada em conferências divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, Rio de Janeiro, 1.ed., p. 24, 1954.
- 6 "Parafiscalité, Taxe e Cotisations perçues sous l'autorité de l'État, au profit d'administrations ou d'organismes autonomes" (Petit Larousse Illustré, 1985, p. 727).
- 7 Emmanuelle Morselli. "Parafiscalidade e Seu Controle", conferências divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, Rio de Janeiro, 1ª edição, 1954, p. 282.
- 8 Bernardo Ribeiro de Moraes. *Compêndio de Direito Tributário*, 3.ed., Forense, p. 623.
- 9 *Aspectos da Parafiscalidade*. Livraria Progresso Editora, Salvador, 1.ed., 1955.

- 10 *Op. cit.*, p. 57.
- 11 *Op. cit.*, p. 643.
- 12 *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 282, 1978.
- 13 *Op. cit.*, p. 623.
- 14 *Teoria Geral do Direito Tributário*. Saraiva, São Paulo, p. 349, 1963.
- 15 *Trabalhos*, p. 23.
- 16 *Trabalhos*, p. 271.
- 17 *Trabalhos*, p. 288:

"Art. 95: São contribuições os tributos que não sejam especificamente impostos ou taxas.

Parágrafo Único: A competência para instituição de contribuições pertence cumulativamente à União, aos Estados e aos Municípios.

Art. 96: O produto da arrecadação das contribuições não pode ser atribuído, no todo ou em parte, sob pena de ilegalidade da respectiva cobrança, a finalidades diversas daquelas para que tenham sido especificamente instituídas.

Art. 97: Aplicam-se supletivamente às contribuições as disposições de caráter geral relativas às taxas, contidas neste Código ou na legislação tributária."

- 18 *Trabalhos*, n. 36, p. 199:

"O art. 21 do Projeto levantou na Comissão o problema da conceituação das contribuições como uma terceira figura tributária genérica, paralelamente aos impostos e às taxas. Essa orientação, defendida em doutrina pelo autor do Anteprojeto (Revista de Direito Administrativo 26/363) e consignada em seu art. 28, foi atacada pela sugestão 94, que afirmou não existirem, além da contribuição especificamente "de melhoria", qualificativo sempre usado pela Constituição, outros tributos que não se enquadrem nos conceitos de imposto ou de taxa.

A Comissão adotou esse ponto de vista, em que consonância com a sua orientação no tocante aos objetivos sociais autor do Anteprojeto no trabalho citado, a utilidade prática de um conceito genérico de contribuição estaria na possibilidade de instituir regime jurídico especial para as ações de caráter paraíscais: mas exatamente quanto a essas a Comissão deliberou, em princípio, adotar uma atitude de neutralidade jurídica (supra: 7)".

- 19 Rubens Gomes de Sousa. *Parecer. A Contribuição da Previdência Social e os Municípios*, p. 55.
- 20 ———. *Op. cit.*, pp. 54, 55.
- 21 Bernardo Ribeiro de Moraes, *op. cit.*, p. 645.
- 22 Aliomar Baleeiro. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributo*. Forense, Rio de Janeiro, 5.ed., p. 280, 1977.
- 23 *Id ibidem*, p. 281.
- 24 Gilberto de Ulhoa Canto. *Contribuições Sociais. Caderno de Pesquisas Tributárias*, v. 17, p. 40.
- 25 Rubens Gomes de Sousa. *Trabalhos*, p. 288.

Successor Corporation Liability for Claims Arising Out of Defective Products*

GILBERTO DEON CORRÊA JUNIOR

Mestre em Direito pela UFRGS.

Mestre em Direito Comparado pela New York University.

Procurador da Fazenda Nacional.

Advogado em Porto Alegre.

INTRODUCTION

Rolim Manufacturing Corporation produces hydraulic shearing machines. One of those shearing machines was sold to Greenberger Brothers Company, Inc. While operating the machine, John McGregor, an employee, was struck by a scrap of metal thrown from it. The piece of metal penetrated one of his eyes and he was blinded. It is incontrovertible that the accident happened because the hydraulic shearing machine was defective. Mr. McGregor can therefore seek recovery for personal injury against Rolim.

Let us assume, for instance, that before the injury Rolim merged with Klinger Shearing Corporation. As a result of the merger, McGregor would be able to sue Klinger because it assumed Rolim's liabilities.

Assume the same facts, but instead of having a merger of the corporations, Klinger just bought Rolim's assets, including all the inventory, trade name, secrets and equipment. Rolim was dissolved five years before the accident and since the transaction Klinger has been manufacturing the same shearing machines, under the same trade name. Does McGregor have a cause of action for personal injuries against Klinger? As we are going to see, the answer to this question can vary depending, on which state's law the court applies.

The general rule in most states is that the corporation which acquires the assets of another corporation does not succeed to the liabilities of the former¹ unless:

- 1) there is an express or implied agreement of assumption of the liabilities;
- 2) the transaction amounts to a consolidation or merger of the purchaser and the seller;
- 3) the purchaser is a mere continuation of the selling corporation; or
- 4) the transaction was fraudulent.²

Some courts add a fifth exception, which is the absence of adequate consideration for the sale or transfer of assets³ or the lack of the elements of a purchaser in good faith.⁴

Assuming that the transaction was not fraudulent, Klinger paid adequate consideration and there was no express or implied assumption of liabilities, does McGregor have a cause of action against Klinger?

Exception two, known as de facto merger or consolidation exception, was created to protect the creditors and the minority shareholders in those cases where the companies enter into an agreement that achieves the same results as a merger or consolidation but does not follow the legal steps required in the case of a merger or consolidation. Traditionally, the de facto merger exception requires that the assets be acquired for shares or other securities of the acquiring corporation which are distributed to the company seller shareholders.⁵

The mere continuation exception, on the other hand, causes liability to depend on whether the plaintiff can establish that one or more persons were officers, director, or shareholders of both companies.⁶

*Trabalho apresentado no Curso de Mestrado em Direito Comparado da New York University em maio de 1995.

In our example the assets were bought for cash. Does it mean that Mr. McGregor will not be able to seek recovery against Klinger?

As we said before, the answer will vary, depending on the state law applied. Just to give an idea about the extension of that observation, let us look at some cases involving the same companies that were decided by different courts. In 1956, Johnson Machine and Press Company of Elkhart, Indiana, transferred all of its assets to Bontrager Construction Company, another Indiana corporation. In 1962, Amsted Industries, Inc. acquired Bontrager's assets. Amsted was later sued for personal injuries arising out of defective products manufactured by the predecessor corporations. The first two cases were decided in 1979 and Amsted was held liable as a successor corporation in one of them⁷ and not liable in the other.⁸ Two years later the Supreme Court of New Jersey held Amsted liable for the damages caused to the plaintiff in 1975 by a defective punch press manufactured by Johnson in 1948 or 1949.⁹ In 1982, Amsted was held not liable in a case involving a punch press manufactured in 1960.¹⁰ Three years later, the Supreme Court of Wisconsin held Amsted not liable as a successor corporation in a case where the press had been manufactured by Bontrager in 1957.¹¹

Although the analysis of the circumstances involved in a given case can vary from one court to another, generally what made the courts reach different results in the above-mentioned cases was the application of different states' laws. In other words, the company's liability as a successor corporation is something that in many cases will depend on which state's law that will be applied to the specific case. This creates uncertainty, a result that is clearly undesirable. The problem emerging from that diversity of law, which is a result of the United States federal legal system, is even more serious when we consider the characteristics of today's economy: the products manufactured in one place being distributed all over the country and even all around the world. Moreover, the product can be resold and the manufacturer may not know where it

is. How could a company that purchases the assets of another corporation possibly know that it will be held liable for injuries caused by defective products made by its predecessor?

The different approaches used by the courts is a result of the way they see the tension between the justification for the traditional corporate rule of successor liability, on one hand, and the policies behind strict liability, on the other. Basically, the courts are split in two groups. The majority applies the traditional corporate rule of successor liability even in those cases involving personal injuries caused by a defective product. On the other hand, some courts criticize the traditional approach as being inconsistent with the principles of strict liability in tort and unresponsive to the legitimate interests of the products liability plaintiff. Consequently, these courts started to expand successor liability. According to the reasoning used by the court to reach that result, the courts can be subdivided in two subgroups: first, those courts that expand the de facto merger and mere continuation exceptions in certain situations; second, the courts that use the "product line" approach.

The analysis of these groups and subgroups is the object of this essay. We are not going to deal here with the duty to warn that some courts have decided can create successor liability. A duty to warn can result not from the purchase of the assets in itself but from some relationship established between the successor and the consumer after the acquisition.¹² This can occur, for instance, when the buyer of the assets succeeds to the original manufacturer's service contracts, providing parts and services to the plaintiff or his employer.¹³ When dealing with this issue, the courts usually consider a number of factors, including "succession to service contracts, coverage of the particular machine by contract, service of that machine by the successor, and the successor's knowledge of the defect and of the machine owner's location".¹⁴ Moreover, not only does a duty to warn not arise just from the purchase of the assets without a special relationship, but it would also be necessary to write a separate paper to cover this issue.¹⁵

THE EXPANSION OF THE TRADITIONAL EXCEPTIONS TO THE RULE OF NO SUCCESSOR LIABILITY

The Product Line Approach

The product line exception was first developed by the California Supreme Court in *Ray v. Alad Corp.*¹⁶

In this case, plaintiff sought recovery arising out of his fall from a defective ladder manufactured by Alad Corporation (Alad I). Prior to that event, Alad I had sold its stock in trade, fixtures, equipment, inventory, trade name, goodwill and its interest in the real property used for its manufacturing activities to Lighting Maintenance Corporation (Lighting). As part of the transaction, Alad I had agreed to dissolve its corporate existence as soon as possible (Alad I had been already dissolved when plaintiff brought the action) and to cooperate with Lighting in the organization of a new corporation under the same name of Alad Corporation (Alad II). There was no provision in the agreement about the liability for defects in products manufactured or sold by Alad I.

The records in the case showed that the assets acquired by Lighting were used to continue the manufacturing operations, which were interrupted just for about a week for inventory. The same extrusion plans were used for producing the aluminum components of the ladders. Moreover, the factory personnel remained the same and identical. The general manager designated by Lighting was without experience in this area, and, as a result, the former general manager of Alad I remained as a paid consultant for about six months after the takeover. The Alad name was used in all ladders produced by Alad II, which used Alad I's list of customers and continued to employ the same salesman and representatives.¹⁷

According to the court, none of the four stated grounds for successor liability under the traditional corporate law were present in the case. There was no agreement about the liability arising out of defects in products previously manufactured or sold by Alad I. There was no indication of fraudulent intent. Moreover, there was no identity of ownership. Thus, the transaction could not be considered a de facto merger or

consolidation, neither could Alad II be considered a mere continuation of Alad I. Finally, there was not any allegation of inadequate consideration. Thus, the de facto merger or the mere continuation exceptions could not be applied.¹⁸

The court noted that the purpose of the rule of strict tort liability, applied in those cases of injuries arising out of defective products, is to protect the victims of manufacturing defects and to promote the spread, throughout society, of the cost of compensating them.¹⁹ The reason for that is that the "cost of an injury and the loss of time or health may be an overwhelming misfortune to the person injured, and a needless one, for the risk of injury can be insured by the manufacturer and distributed among the public as a cost of doing business."²⁰ The application of the rules of successor liability to the purchaser of an ongoing business should depend on whether the form and circumstances of the transaction would thwart the policy to be promoted by the strict tort liability rule.

Applying this idea to the case, the *Ray* court observed the agreement had transferred to Alad II the resources that had previously been available to Alad I for meeting its responsibilities to injured consumers. Alad II had continued the business with the same facilities and sources of information that were available to Alad I and, in this way, had the same capacity as the latter to estimate the risks of claims for injuries resulting from previously manufactured ladders and, thus, obtain insurance coverage or plan self-insurance. Moreover, the cost of that insurance could have been passed on to purchasers of new Alad products.

Furthermore, the consumers' remedies against Alad I were no longer available. If Alad II were not liable, the transaction would have granted Alad II the benefits of Alad I's established reputation as a going concern manufacturing a specific product line without the burden of potential liability for injuries from previously manufactured products, a substantial benefit which Alad II's predecessor could not have enjoyed.

Summarizing, the court held that the reason for imposing strict liability upon Alad II rested upon:

- 1) the virtual destruction of the plaintiff's remedies against the original manufacturer as a result of the business acquisition;
- 2) the successor's ability to assume the risk-spreading role of the original manufacturer; and
- 3) the fairness of requiring the successor to shoulder a responsibility for defective products that was a burden obligatorily connected to the original manufacturer's goodwill being enjoyed by the successor in the continued operation of the business.²¹

Ray was adopted by the Supreme Court of New Jersey in *Ramirez v. Amsted Industries, Inc.*²² In 1975, the plaintiff was injured while operating a power press manufactured by Johnson Machine and Press Company, that had transferred all its assets and liabilities to Bontrager. Although transacting no business as a manufacturing entity, Johnson had continued to exist after the transaction as a Bontrager wholly-owned subsidiary. In 1962, Amsted Industries, Inc. bought all the assets of Bontrager, including the assets of Johnson, as a form to use the Johnson trade name. Bontrager and Johnson were dissolved after the buy-and-sell agreement. Amsted continued to manufacture the same kind of press through a wholly-owned subsidiary, South Bend Lathe, Inc. This subsidiary was later transformed into an unincorporated division of Amsted. In 1975, Amsted sold the Johnson press line to LWE, Inc. which further changed its name to South Bend Lathe, Inc. (South Bend II). Amsted agreed to indemnify LWE, Inc. for claims arising out of defective Johnson presses.²³

The court first noted that strict interpretation of the traditional corporate rule of successor liability places unwarranted emphasis on the form rather than the practical result of a specific corporate transaction.²⁴ After analyzing the mere continuation exception, which, according to the court, merely broadens the traditional exceptions to the rule of no successor liability, the court decided to adopt *Ray*, that focuses on the continuation of essentially the same line of products; the focus should be on the continuation of the manufacturing operation and not on the commonality of ownership and management

between the seller and the purchaser corporations.

In the same year, the Superior Court of Pennsylvania adopted *Ray* in *Dawejko v. Jorgensen Steel Co.*,²⁵ a case where the plaintiff had been injured by sheets of steel accidentally dropped from a lifting machine. The court noted that the product line exception was an attempt to implement the social policies underlying strict products liabilities; thus, the other exceptions to the general corporate rule of no successor liability in the case of the purchase of assets should be used when dealing with cases not so much affected by those policies.²⁶ This suggests that the court was unwilling to apply the same expansive approach to traditional doctrines in cases not involving claims related to product liability.

Moreover, the court pointed out that it would be preferable to phrase the new exception in general terms, allowing the courts to apply the product line approach in a case by case analysis, considering, for example, whether the successor advertised itself as an ongoing enterprise, maintained the same product, name, personnel, property and clients, and whether the predecessor was dissolved. Furthermore, it would be important to consider if the three-part test announced in *Ray* were met, which suggests that the exception could be applied even in those cases where not all the three requirements are present.²⁷ However, that impression was not confirmed by a later case, *Hill v. Trailmobile, Inc.*, which said that the product line exception should be applied only where all the three circumstances have been met.²⁸

Finally, in 1984, *Ray* was adopted by the Washington Supreme Court in *Martin v. Abbott Labs.*²⁹

The product line approach has been developed by the courts since its creation in California and its adoption in the above-mentioned jurisdictions. Therefore, it is important to take a brief look at some more recent decisions.

Two years after *Ray*, the Court of Appeals of California held in *Rawlings* that in order to apply the product line approach it is irrelevant whether the plaintiff's injury occurred after or before the purchase of the assets by the successor corporation.³⁰ Also irrelevant is the fact that the predecessor was a sole proprietorship, not a

corporation.³¹ Moreover, the defendant had alleged in *Rawlings* that the product line had been terminated. The court considered the allegation not supported by the record, but, even so, noted that the manner which the successor uses the predecessor's goodwill is not important to apply *Ray*.³² The manufacturing activity involves modification and even elimination of an unprofitable product line. Thus, the continuation of the business and its ability to spread those costs should be the focus, not whether a specific line of products was discontinued. However, a different view maybe could be inferred from *Ramirez* and *Bussel*.³³

In *Bussel*, the New Jersey Superior Court also decided that it is not necessary, in order to apply the new exception, that the purchaser had acquired all of the assets of the selling corporation. Also irrelevant are the changes in the manufacturing operations made as a result of technological advances. The plaintiff had been injured in 1980 when operating a radial arm saw manufactured by DeWalt Products Corporation (DPC), later DeWalt, Inc., that used to manufacture only radial arm saws. Thirty-one years before the accident, DeWalt had sold its assets to American Machine and Foundry Company (AMF) which expressly assumed liabilities and all obligations of the former and also created a new corporation named DeWalt, Inc. The old DeWalt changed its name to D-W, Inc. The second DeWalt, Inc. was later dissolved after the assignment of all its assets to AMF which continued to manufacture the arm saws through an unincorporated entity known as DeWalt Division of AMF. Another company, Black & Decker, had developed its own radial arm saw but it was not marketing it as it would like. Thus, Black and Decker decided to buy AMF's division. By doing so, Black and Decker would acquire a well-established name and product and also would be able to use the patents that had originally been obtained by DPC. Black & Decker agreed "to be liable for all obligations, debts and liabilities, both direct and contingent, of DeWalt of whatsoever nature and kind."³⁴ AMF formed a new DeWalt, Inc., and transferred the stocks of the new subsidiary to Black & Decker in exchange for stocks of the latter.

The court held Black & Decker liable. In doing so, the court stressed that it was not relevant

that not all the assets originally transferred from DPC to AMF had been transferred to Black & Decker, since the latter had acquired all the assets and information related to the manufacture of the radial arm saws.³⁵ Furthermore, the court said that changes in the manufacturing operation, made as a result of technology, were not relevant to successor liability. In contrast, when dealing with cases of successor liability, the court should focus on the continuity in the manufacturing of the original manufacturer's product line throughout the history of the various asset acquisitions.³⁶ The court relied mainly on the fact that the basic patented idea for the radial arm saw was still in use, that a distinguishing feature of the arm saw of the kind that had injured the plaintiff was still included in the arm saws, and that Black & Decker was still manufacturing arm saws bearing the name DeWalt. The *Bussel* court also decided that it was not relevant that Black & Decker had not caused the destruction of plaintiff's remedy. Causation, the court noted, has no relation with successor corporate liability. The reason to impose liability reposes on the benefit received by the successor as a result of the transaction.³⁷

The first observation, that it was not relevant that not all the assets originally transferred from DPC to AMF had been transferred to Black & Decker, is understandable, because one can imagine a transaction where not all the assets of the manufacturer are transferred to the successor corporation but, even so, the purchase was of a sufficient amount of assets that it resulted in the destruction of the plaintiff's remedy. Moreover, in a case involving successive transactions, one should focus on the original manufacturer's product line as a way to see how substantial were the transfers. It is also understandable that simple changes in the product line due to technological improvements are not enough to prevent application of the product line approach. But the court went further to say that causation was not necessary to apply *Ray*; that the transfer should not be the cause of the destruction of plaintiff's remedy. Furthermore, this would be true, according to the way the court reasoned, not only in cases involving successive transactions, but also where we have just one transfer of assets. However, one could read *Bussel* in a more restrictive way. The case involved

successive purchase of the assets and the plaintiff was without remedy against the original DPC, the original manufacturer. Thus, one could argue that the *Bussel* court held that where the plaintiff is without remedy against the original manufacturer it is irrelevant if he has recourse against an intermediate successor.

When dealing with successive transactions, such a reading could have already been implied from the Supreme Court of New Jersey's decision in *Nieves v. Bruno Sherman Corp.*³⁸ In that case the court extended *Ramirez* to impose liability on an intermediate successor corporation (Harris-Intertype Corporation) that had acquired the assets of the original manufacturer (T.W. & C.B. Sheridan Company) and after that had transferred those assets to its successor (Bruno-Sherman). The court stressed that *Ray* was concerned not with the availability of a particular viable successor, but with the unavailability of the original manufacturer as a result of the transfer of the assets. Thus, the court denied the order granting summary judgment to Harris and affirmed the order denying summary judgment to Bruno-Sherman because both could be liable for the injury suffered by the plaintiff.³⁹

The decision in *Nieves* indicates that to apply *Ray* when dealing with successive transfers of the assets the court is concerned only with the destruction of plaintiff's remedy against the original manufacturer, being irrelevant the existence of recourse against another successor.

In California the courts have not read *Ray* in the same way, at least not in cases involving just one successor. In 1993 the Supreme Court decided *Beatrice Co. v. Bd. of Equalization*,⁴⁰ a case where a corporation had transferred all of its assets to a subsidiary, receiving shares issued by the latter as consideration. The subsidiary assumed also substantially all the liabilities of the parent company. The court observed that in *Ray* there was no indication that a change of ownership had occurred and the defendant company had held itself out as the same enterprise. Under these circumstances, the court noted, liability could be imposed on the acquiring corporation when the plaintiff had no recourse against the predecessor. On the contrary, liability could not be imposed on the successor where the injured party had recourse against the predecessor and the two corporations have con-

tinued as separated entities.⁴¹ Not only is the destruction of plaintiff's remedy necessary to apply *Ray* in California, but the Court of Appeals decided that it is also necessary that some causation exist between the succession and the destruction of plaintiff's remedy.⁴²

A similar result was reached by Washington Supreme Court in *Hall v. Armstrong Cork*.⁴³ *Hall* involved UNARCO Industries, Inc., a manufacturer of asbestos products. One of its products was Unibestos pipe insulation. Although Pittsburgh Corning Corporation had acquired all the assets related to Unibestos, UNARCO had continued to manufacture and sell other asbestos-containing products. Moreover, Pittsburgh had not held itself as a continuation of UNARCO. Thus, the court held Pittsburgh not liable for claims arising out of defective products manufactured by UNARCO. Even though there had been the sale of the product line, Pittsburgh had not purchased substantially all of the assets of UNARCO which continued to exist, manufacturing other products; Pittsburgh had acquired only the goodwill associated to Unibestos, not the goodwill associated to UNARCO. Moreover, the court said that to apply the product line approach it would be necessary that the plaintiff had lost his remedy against UNARCO, and that the loss had been caused by the purchase of the assets.⁴⁴ The court went further to say that it could "discern no reason for extending the product line exception when the predecessor has not been extinguished, in law or fact, by succession or dissolution."⁴⁵

Two other observations must be made about the product line exception. First, its application is limited in California to tort liability, as the Supreme Court stressed in *Ray*⁴⁶ and *Beatrice*.⁴⁷ Second, the Court of Appeals of California in *Rawlings* considered irrelevant, in order to apply *Ray*, the defendant's assertion that the product which had caused the plaintiff's injury had not been mass-produced by the predecessor, but had been manufactured in accordance with the plans and specifications of the owner.⁴⁸

Finally, I think that in *Goncalves v. Wire Technology*⁴⁹ the New Jersey Superior Court went too far in its application of the product line approach when it held that a purchaser of assets in a liquidation proceeding under a Chapter 7 of the Bankruptcy Code⁵⁰ can be liable as a suc-

cessor corporation. First, one of the arguments to impose successor liability in *Ray* was that the successor had destroyed the plaintiff's remedy. In a Chapter 7 case the predecessor is already defunct before the transfer of the assets.⁵¹ Second, one who buys something in a bankruptcy proceeding, at least as a general rule, does it free of debtor's liabilities. Otherwise we would have an open-ended proceeding, with successive acquisitions of the assets of the bankrupted estate and the respective assumption of liabilities with each purchaser assuming the remaining liabilities of its predecessor. The *Goncalves* court apparently failed to consider the basic idea that a liquidation proceeding exists mainly to distribute to the creditors their share of the amount of the debtor's property included in the estate, and to do this we have to transfer the property of the estate. The same transfer we could have when trying to enforce a judgement that awards damages for personal injury arising out of a defective product. The defendant's property is the only guarantee the plaintiff has that he will receive the whole amount fixed by the court. If that property is not enough, the result is that the plaintiff will not receive the whole amount. And the one who eventually buys, in a judicial proceeding, some of the assets of the defendant, the proceeds of which sale are used to pay defendant's creditors will not be liable for the part of the indemnity that will not be paid. There is nothing different in a Chapter 7 case. The one who buys the assets of the estate cannot be liable as a successor, absent any other factor.⁵² One could say that the situation is different in a Chapter 11 case where the bankrupted is not already defunct as in a Chapter 7 case, but to impose successor liability where the purchase of the assets is made in a liquidation proceeding fractures the whole judicial system. A third argument to reject liability where the successor purchases the assets from a bankrupted predecessor was used by the Eighth Circuit in *Tucker v. Paxson Machine Co.*⁵³ When the purchase is made under a liquidation proceeding the buyer does not have the ability to estimate the risks of claims for injuries arising out of previously manufactured defective products.

In sum, the rationales to apply the product line exception are:

- 1) the virtual destruction of the plaintiff's remedies against the original manufacturer as a result of the business acquisition;
- 2) the successor's ability to assume the risk-spreading role of the original manufacturer and
- 3) the fairness of requiring the successor to shoulder a responsibility for defective products that was a burden obligatorily connected to the original manufacturer's goodwill being enjoyed by the successor in the continued operation of the business.⁵⁴

It is irrelevant whether the plaintiff's injury occurred after or before the purchase of the assets by the successor corporation.⁵⁵ Also irrelevant is the fact that the predecessor was a sole proprietorship, not a corporation.⁵⁶

At least one decision of the Court of Appeals of California has decided that the product line exception can be applied where the product line has been terminated by the successor.⁵⁷ Moreover, changes in the product line as a result of technological improvements are irrelevant.⁵⁸ In those cases of successive purchase of the assets it is not relevant that all the same assets originally transferred from the original manufacturer to the first successor had been transferred to defendant.⁵⁹

The destruction of the plaintiff's remedy against the original manufacturer must be caused by the purchase of the assets to apply *Ray*.⁶⁰ However, where there is successive purchases of the assets it is irrelevant whether the plaintiff has recourse against an intermediate successor.⁶¹

At least in California the product line exception is limited to tort liability,⁶² and the Court of Appeals of the same state decided that the exception could be applied in a case involving a product that had not been mass-produced.⁶³

Finally, in a decision that fractures the whole judicial system, the New Jersey Superior Court applied *Ray* in a case where the assets had been purchased in a Chapter 7 case.⁶⁴

The Continuity of the Enterprise Exception

This exception resulted from an extension of two basic exceptions to the rule of no successor liability in case of purchase of assets: the de facto

merger or consolidation exception and the mere continuation exception.

The de facto merger or consolidation exception has been applied in those cases where the companies enter an agreement that achieves the same results as a merger or consolidation but do not follow the legal steps required of a merger or consolidation. The courts have considered the following factors to assess the existence of a de facto merger:

- a) continuity of the business enterprise between seller and purchaser, including continuity of management, employees, location and assets;
- b) shareholders' identity;
- c) dissolution of the seller or cessation of its activities as soon as practically and legally possible;
- d) assumption by the buyer of those liabilities and obligations of the predecessor that are necessary for the uninterrupted continuation of the business.⁶⁵

The mere continuation exception has been applied when the successor looks like a reorganized version of its predecessor and not like a new corporate entity. The factors considered by the courts when dealing with this issue are similar to those mentioned above and include:

- a) identity of the same production facility in the same place;
- b) continuity of employees and supervisory personnel;
- c) production of the same product;
- d) use of the same name;
- e) continuity of assets;
- f) continuity of the general business operations;
- g) whether the successor holds itself as a continuation of its predecessor.⁶⁶

Although some courts have emphasized, at least when dealing with a de facto merger, that it is not necessary to satisfy all the factors in order to find a de facto merger or consolidation,⁶⁷ the identity of shareholders traditionally has been considered indispensable in a de facto merger or consolidation case,⁶⁸ while the key point in a mere continuation case is the identity of management and ownership.⁶⁹ It is easy to understand that traditional view. The first exception was created to deal with situations where corporations were entering by the "back door"⁷⁰

into mergers. Since the identity of shareholders is an element of a merger, without this identity one could not say that there is a de facto. The mere continuation exception, on the other hand, was constructed to deal with those cases where the assets of one corporation were purchased by another company, both owned by the same people.⁷¹ Under this scenario, the successor would be nothing more than a reincarnation of the predecessor.

The decisions that will be discussed basically dealt with the question whether the de facto or consolidation exception, or the mere continuation exception should be expanded to include those cases of purchase of assets where there is no identity of ownership.

*Cyr v. B. Offen & Co., Inc.*⁷² has been cited as the first case to expand the mere continuation exception.⁷³ Actually, the reasoning in *Cyr* could also be considered the first case applying the product line approach.⁷⁴ *Cyr* can be included under the present heading because *Cyr* was used as guidance in *Turner v. Bituminous Casualty Co.*⁷⁵ which is an expansion of the de facto merger exception.

The First Circuit applied New Hampshire law in *Cyr* and assumed that the courts of that state would adopt an extension of the mere continuation exception.⁷⁶ On October 20, 1969, the plaintiffs were injured when cleaning press rollers. They were inside the ovens into which the rollers directed the printed paper for drying when the gas-fired burners ignited. The solvent that was being used in the roller cleaning exploded. As a result, both plaintiffs suffered serious burns, and one of them died two weeks later.

The press had been designed, manufactured and sold by B. Offen Company, a sole proprietorship owned by Bernard Offen. After his death key employees continued to run the business, and the enterprise was finally sold to them and an outside investor in 1963. B. Offen & Co., Inc. was then created and assumed the service obligations of the proprietorship, continued to service and renovate old dryers, including those of the kind involved in the accident, and purchased the assets of the predecessor. Moreover, no notice was given to customers that a new or different business was beginning.

The court relied mainly on the continuation of the business test and held B. Offen & Co.,

Inc. liable. Under these circumstances the dictates of freedom of business to terminate an enterprise are less compelling than they had previously been. Moreover, two of the policies of imposing strict liability could be used to justify the successor liability. First, assuming the ongoing business, carrying on the experience and expertise of the predecessor, the successor is in a better position to gauge the risks and costs of meeting them. That is because the latter knows the product, can calculate the risks, obtain insurance and spread the cost of these among consumers. Second, the successor is able to improve the quality of the product. The imposition of liability would be an incentive to do this.⁷⁷

Turner v. Bituminous Casualty Co., decided by the Michigan Supreme Court in 1976,⁷⁸ can be considered the leading case about the continuation of enterprise exception. Charles Turner had been injured by a power press manufactured by T.W. & C.B. Sheridan Company (Old Sheridan). Five years before, Harris-Intertype Corporation had purchased the entire business of Old Sheridan, including its goodwill, name and assets. Following the transaction, Old Sheridan changed its name and Harris created a subsidiary, T.W. & C.B. Sheridan Company (New Sheridan) which was designated to receive the assets of Old Sheridan. New Sheridan and Harris signed an agreement upon which the former assumed Old Sheridan's liabilities. Old Sheridan was dissolved following the payment by Harris and its distribution to the former's shareholders. Finally, New Sheridan was merged with Harris.

The court reversed the decision of the circuit judge that had granted the motion of defendants for summary judgment, holding that they were not liable for claims arising out of defective product that they had not manufactured, sold or distributed. Deciding the case, the Supreme Court first observed that the traditional rule of no successor liability and its exceptions were developed because the courts were concerned with tax assessments, creditors' protection or shareholders' rights. As a result, that rule and its exceptions could not meet the problems related to products liability torts.⁷⁹ The court noted that it would be illogical, all the other factors being equal, to allow product liability recovery when the purchase of assets is made for stock

and to not allow recovery when the acquisition is made for cash. The absence of continuity of ownership should not be decisive because the stockholders of the seller could receive just a small quantity of stock in the new corporation or the continuity could be more symbolic than real. Likewise, the need for identity of shareholders would permit, in those cases where there is no real business reason for choosing a cash acquisition, the use of the corporate law for purposes neither really intended for it, nor in the public interest.⁸⁰

New Sheridan had tried to incorporate Old Sheridan into its system with as much of the same structure and operation as possible. The maintenance of Old Sheridan's goodwill, product, personnel and policy would help New Sheridan to retain the former's clients and acquire new clients attracted by the established reputation. Under these circumstances, "to say Old Sheridan is a stranger to New Sheridan, and vice versa, is to honor form over substance."⁸¹ Since continuity had been New Sheridan's purpose, this should be the key fact considered by the court.⁸² The court went further to say that justice would be offended if a company that holds itself out as a particular corporation for purpose of sales, was not stopped from denying that it is that corporation for the purpose of determining product liability.⁸³

Finally, the Michigan Supreme Court announced its test to assess the enterprise continuity. When dealing with this issue, the factfinder should consider basically the same factors analyzed in a de facto merger case except the identity of ownership. Accordingly, the court should consider:

- a) whether there was continuity of the business enterprise between seller and purchaser, including continuity of management, employees, location, assets, business operations and trade name;
- b) whether there was the dissolution of the seller or the cessation of its ordinary business as soon as practically and legally possible and
- c) whether there was the assumption by the buyer of those liabilities and obligations of the predecessor that were necessary for the uninterrupted continuation of the business.⁸⁴

These factors are not requirements but only guidelines to be used by the courts when assessing the identity of an enterprise. Thus, continuity of the predecessor corporation and its dissolution are not prerequisites to apply the exception as decided by the Michigan Court of Appeals in *Haney v. Bendix Corp.*⁸⁵

In 1980, the same Court of Appeals decided that the continuation of the enterprise exception could not be applied where both the predecessor and the successor were sole proprietorships and the successor had not held itself out as a continuation of the predecessor.⁸⁶ The court noted that a corporation cannot avoid liability by altering its form although retaining the business. Thus, the successor liability was developed to mitigate the effects of this kind of practice. In this case, however, the predecessor had not been dissolved, and neither the management or control had remained the same. Moreover, the trade name had been used only for a short time. The court not only found that not all the factors required in *Turner* to show a prima facie were present, but it stressed that there was no case in Michigan imposing successor liability in a noncorporate situation such as the one found in the case.⁸⁷

When deciding *Fenton Area Public Schools v. Sorensen-Gross Construction Co.*,⁸⁸ in 1983, the same court applied *Turner's* guidelines. In the same year the Supreme Court of Alabama applied *Turner* in *Rivers v. Stihl, Inc.*⁸⁹ In this case, one of the plaintiffs had been injured when operating a Stihl chain saw distributed by Stihl American, Inc. The latter had been substituted by Stihl, Inc. as exclusive distributor of Andreas Stihl's products in the United States. The case was relatively simple because Stihl, Inc. had entered into an agreement with Stihl American, Inc. upon which the former had assumed liability for products liability claims arising out of Stihl products previously sold by Stihl American. Even so, following *Turner*, the court adopted a "basic continuity of enterprise" test and held Stihl, Inc. liable because the totality of the transaction demonstrated a basic continuity of the enterprise.⁹⁰ The court relied on the fact that Stihl, Inc. had acquired all the predecessor's assets and the exclusive rights in the United States to the Stihl trade name, and had been assigned American's contract rights. Moreover,

the court relied on the assumption of liabilities by Stihl, Inc. and stressed that the lack of use of predecessor's plant and the employment of all Stihl American's, Inc. employees were not controlling factors, "since exactly the same products manufactured by the same manufacturer were being distributed in the same market under the same trade name."⁹¹

More recently, *Turner* was applied in *Thompson v. Mobile Aerial Towers, Inc.*⁹²

THE ARGUMENTS AGAINST TURNER AND RAY, AND THE ANALYSIS OF THE ISSUE

The majority of the jurisdictions have not followed either *Ray* or *Turner*.⁹³ We are going to take a look at some decisions and the arguments that have been used to reject both exceptions.

Ray was decided in 1977. In the same year, the Seventh Circuit refused to apply *Ray* in a case involving the Wisconsin law.⁹⁴ The court stated that the adoption of the product line exception would result in wide-ranging ramifications on society and the courts are ill-equipped to balance the equities among future plaintiffs and defendants.⁹⁵

This is really a strong argument against the extension of the four traditional exceptions, but we cannot forget that the rule of no successor liability and its exceptions were a creation of the courts. Thus, the courts that are now refusing to make any change in the traditional rule are the same courts that had created it before the adoption of the strict liability principles.⁹⁶

The Supreme Court of Florida rejected both approaches in *Bernard v. Kee Manufacturing Co.*⁹⁷ The plaintiff had been injured by a defective lawn mower manufactured and sold by Kee Manufacturing Company. The accident occurred in 1976. The plaintiff sought relief against Kee, Inc. which four years prior to the injury had acquired the manufacturing plant, inventory, goodwill, and the trade name from Flechas J. Kee, who had done business as Kee Manufacturing Company. After the purchase Kee, Inc. continued to use the same manufacturing process, the assets bought were used to manufacture the lawn mowers, and the factory personnel was maintained. Moreover, Kee, Inc. continued to provide replacement parts for the same model of lawn mower that was used by the pla-

intiff, and Kee's, Inc. brochure stated that it had been manufacturing lawn mowers since 1948, while the transaction occurred in 1972.

The court decided not extend the general rule of successor liability because it would threaten small businesses. According to the court, corporate acquisitions would be discouraged as a result of business planners' fears of liability. Consequently, instead of having more ownership transfers we would have more companies going into liquidation, and would decrease the number of small companies being replaced by other successful small corporations. The net result of that would be the decrease of the small and the increase of the large manufacturers with a greater centralization of business; a bad result for the United States.⁹⁸ The court also relied, to reach the same conclusion, on the difficulty and high costs that a small business would have in obtaining products liability insurance for defects in a predecessor's product.⁹⁹ Furthermore, the extension of the liability to the successor in cases of purchase of assets would not be consistent with one of the policies of the strict liability that is to make the manufacturer that put the product into commerce to be responsible for the injuries resulting from a defective product. Since the successor has not put the product into commerce, neither has invited its usage nor implied its safety, the successor was never in a position to eliminate the risk.¹⁰⁰

Six years later the Court of Appeals in Florida applied *Bernard* in *Safarik v. Garrison Bight Marina, Inc.*¹⁰¹

The first argument in *Bernard* is not convincing. The existence of liability in a merger case is something that has to be considered by the parties involved when deciding whether to enter into an agreement. But, it seems, this factor alone was neither responsible for more small companies going into liquidation nor for the reduction in the number of mergers. We have already seen and we still see many such transactions nowadays.¹⁰²

The same could be said about the difficulty and high costs that small business would have in obtaining products liability insurance. In addition, the difficulty or high costs involves in obtaining insurance were never conceived as arguments to free somebody from their liability when they have caused an injury, for example.

The question is not who can get insurance or whether it would be difficult or not. The point is to know who should be liable. Moreover, high or low cost is something always considered and present in any kind of business, the whole competition that exists in a free market economy is entirely based on the ability of the competitors to produce with lower costs. We are always going to have companies with lower and companies with higher costs and the reduction of the costs is something that should be pursued by the businessmen. That is the market rule! Otherwise, why should one care about antitrust law? Moreover, whether small corporations are at a definite disadvantage vis-à-vis larger competitors in passing through the cost of liability insurance,¹⁰³ this is not enough to avoid liability. Economy of scale is not condemned by the law, neither is the fact of being a big corporation. Another argument, mentioned in *Ramirez*,¹⁰⁴ that could have some relation with the reasoning in *Bernard* is that the liability would force the small manufacturing corporation to reduce the price of the transaction. But this would result, in fact, in a more accurate measure of the true worth of the business.¹⁰⁵ How to evaluate the business is something that should be left to businessmen and even if it were difficult to assess the risk of liability, those who want to buy a business generally have an idea about how much they are willing to pay for it.

The third argument used by the court seems to be irrefutable. The consequence is that one cannot base the successor liability on the same reasons that had supported the strict liability. The same argument was also used also in the next case which we are going to look at.

Turner and *Ray* were also rejected by the Court of Appeals of Illinois in *Nguyen v. Johnson Machine & Press Corp.*¹⁰⁶ In 1978, Manh Hung Nguyen suffered severe injuries to his hands from a punch press manufactured by Bontrager Corporation. The same kind of press had been previously manufactured by Johnson Machine and Press Company that had transferred all its assets and liabilities to Bontrager. Although transacting no business as a manufacturing entity, Johnson had continued to exist after the transaction as a Bontrager wholly owned subsidiary. In 1962, Amsted Industries, Inc. bought

all the assets of Bontrager including the assets of Johnson as a way to use the Johnson trade name. Bontrager and Johnson were dissolved after the buy-and-sell agreement. Amsted continued to manufacture the same kind of press through a wholly owned subsidiary, South Bend Lathe, Inc. This subsidiary was later transformed in to an unincorporated division of Amsted. In 1975, Amsted sold the Johnson press line to LWE, Inc. which further changed its name to South Bend Lathe, Inc. (South Bend II). Amsted agreed to indemnify LWE, Inc. for claims arising out of defective Johnson presses.¹⁰⁷

The court started by noting that both *Ray* and *Turner* were not clear whether they were imposing liability on the successor on its own, or whether they were imposing liability because the successor corporation should assume the potential liability of the predecessor. If the former, the court was unwilling to impose liability in the corporate successor where it had not created the risk of injury. If the latter, the corporate principles should guide the decision and a change in the corporate rules should be made. In this case, the question would not be whether to apply the corporate law or the strict liability law, but whether a change in the corporate law should be made based on the principles of strict liability.¹⁰⁸ When dealing with that issue, one should not misapprehend the importance of the continuity of shareholders, and the separateness between the legal entity and its stockholders. The shareholders are the ones that ultimately enjoy the profits and suffer the losses. Since in a merger the assumption of liability is justified because one corporation is carried over into the other and its shareholders become security holders of the successor corporation, they should not be allowed to enjoy the continuing profits at the same time that they escape liability.¹⁰⁹ But why did the court stress the separateness between the legal entity and stockholders and later rely on the identity of shareholders to justify the imposition of successor liability in a merger? If the key point is the separateness, then the identity of shareholders should not be important to impose liability. On the contrary, why did the court emphasize the separateness between the legal entity and its shareholders? Moreover, why did the court emphasize that suc-

cessor and predecessor were two separate entities? If it were solely because they did not have the same shareholders, then the court was negating the separateness, because one entity is not the same as the other just because both have the same shareholders. Maybe the court did it because it relied on the fact that in a merger one corporation is carried over into the other, while the key point to be considered in a merger should be the fact that the patrimony of one corporation is carried over into another; a patrimony formed by the whole mass of existing or potential rights and liabilities attached to the corporation. That is, or at least should be, the main rationale to impose liability in a merger case.

The court went on to say that in a purchase of assets case the seller corporation remains with the cash to meet whatever liabilities, and the buyer corporation should not be liable after having paid a substantial price for the predecessor's assets. Moreover, that the consumer has no remedy against the predecessor cannot be a reason to impose liability on the successor corporation. This is merely a statement of the problem. The consumer has no remedy because of the corporate law. The observation is correct but the court should have gone further, to see that the issue in the case was exactly the change of the corporate law; the same corporate law that was created by the courts. Although we know as the judge said in the Auden's poem that "law is the law",¹¹⁰ one cannot answer a question about whether one should change the law just by saying that the "law is". The question is not only about what the law is, but if the law should continue to be as it is. To answer this question, as we are going to see further, the court needs to focus, not on whether the predecessor received adequate consideration for the transfer of the assets, but on what the object of the transaction was.

The court also noted that one of the reasons to impose strict liability is to impose the costs of the liability on the manufacturer that is in a better position to gauge the risks, get insurance, and spread the cost on the consumers. Although, there were some studies, the court noted, indicating that some manufacturers are not able to get insurance,¹¹¹ they still could make a kind of self insurance and spread the cost among consumers. And even if that was not possible,

still the main reason to impose strict liability would be valid, the manufacturer shall be liable because it creates the risk of injury, because it put the defective product into commerce, because it has a duty to prevent injury.¹¹² This rationale could not be used to impose successor corporation liability because the successor did not put the defective product into the stream of commerce. Thus, to impose liability on the successor based only on the ability to bear the costs one should be sure about whether the successor had placed the defective product into the stream of commerce. To determine this issue the legislature is in a better position than the courts. We have already discussed these arguments.

Finally, the court stated that the enjoyment of accumulated goodwill was not enough justification to impose liability on the successor corporation, and if it were, then the liability should not be restricted to cases of liability arising out of defective products.¹¹³ The court did not explain why the transfer of goodwill should not be enough, but the latter observation seems to be correct since we find no logic to have a different rule in cases of liability not arising out of a defective product.

The Wisconsin Supreme Court also rejected the extension of the traditional exceptions but was contradictory in its decisions. In July, 1982, the court decided *Tift v. Forage King Indus., Inc.*¹¹⁴ On October 4, 1975, Calvin Tift was injured while operating a tractor with a defective chopper box attachment used for cutting and removing silage. The defective chopper box had been manufactured by a sole proprietorship doing business under the name of Forage King Industries. After the date when the chopper box had been manufactured the owner of the business formed a partnership converted later into a corporation. The former owner and another man were the only stockholders of the company that retained the same employees, continued to manufacture the same products and to use the same dealers as before. In the same year of the creation of the corporation the former owner bought the stocks of the other shareholder. Finally, some years later he sold his stocks to Tester Corporation.

The court first held that the successor can be liable under the traditional corporate rule even when the predecessor is a sole proprietor-

ship.¹¹⁵ The court noted then that the de facto merger or consolidation exception and the mere continuation exception were developed to deal with those cases where the successor's business is basically the same as the business prior developed by the predecessor. When the court faces a situation like that it must just determine that the defendant is essentially the same as the original manufacturer despite the business transformations.¹¹⁶ Finally, the court reversed the summary judgment dismissing the complaint because Forage King Industries, Inc. had acquired all the assets of the former proprietorship, and had continued to manufacture the same product, under the same manufacturing operation. Under these circumstances, Forage could not be considered as a matter of law, free of any possible liability. Furthermore, Forage's liability should not be dependent on the existence or not of recourse against the former proprietorship.¹¹⁷

It seems that the court adopted, in this case the continuity of enterprise exception.¹¹⁸ But maybe the court was not adopting any of the two exceptions which we are discussing in this essay. Instead of this, the court was just stressing that a sole proprietorship cannot avoid liability by creating a corporation to run his business. In this sense, the corporation would be a mere continuation of the predecessor business organization. If we read *Tift* in this way then the decision could possibly make some sense when compared with the following cases that we are going to deal with. If we do not, then they are really contradictory.¹¹⁹

On the same day when the court decided *Tift* the court also decided *Cody v. Sheboygan Machine Co.*,¹²⁰ a case where the court found that the facts did not demonstrate any continuity or identity of business organizations. In *Cody*, the plaintiff had been injured while operating a drum sander manufactured by Sheboygan Machine Company (Sheboygan I). Seventeen years before the accident Sheboygan Locke, Inc. had bought all the Sheboygan I's assets which changed its name to Allester. Sheboygan Locke, Inc., by its turn, had changed its name to Sheboygan Machine Company, Inc. (Sheboygan II). There was no common identity of managers and shareholders between the two companies. Five years before the accident Sheboygan II had sold part of

its inventory and assets to Monitor Machine Company, Inc. The buy-and-sell agreement included real estate, customers lists, good will and trade name. Sheboygan II adopted its old name and Monitor changed its name to Sheboygan Machine Company, Inc. (Sheboygan III).

Sheboygan III had never manufactured sanders before the accident and neither had Sheboygan II done so. Instead Sheboygan III had been a job shop, doing repair work and fashioning replacements, and had manufactured parts for a variety of machines, including the Sheboygan sanders. Under these circumstances, the court held that Sheboygan III could not be liable because it had only its name and place of business in common with the original manufacturer. In sum, there was in the case, no identity of business organizations.

Finally the Wisconsin Supreme Court decided *Fish v. Amsted Indus., Inc.* in 1985,¹²¹ a case involving the same companies as in *Nguyen*.¹²² *Tift* had not been a unanimous decision and one of the dissenting judges wrote the opinion of the court in *Fish*.

The court interpreted *Tift* as applying the traditional rule of successor liability. While refusing the direct application of the de facto merger or consolidation, and the mere continuation exceptions when a sole proprietorship is involved, the *Tift* court had considered that the successor was the same business organization as the predecessor.¹²³ Actually, the court in *Fish* was just playing with words so as to justify its decision without overruling *Tift*. Let us assume, as the court said in *Fish*, that *Tift* had held that direct application of the de facto merger or consolidation, and the mere continuation exceptions were not possible in a case involving a sole proprietorship. But then the court applied a different concept, the idea of "common identity" or "same business organization". In this case, the *Tift* court definitely did not apply the traditional intercorporate rule of nonliability with its four exceptions. Instead, the court applied in *Tift* a fifth exception. If we do not read *Tift* in this way, then we must recognize that the decision extended the mere continuation exception while applying it in a case involving a sole proprietorship. In this case, the *Tift* court did not hold that direct application of the de facto merger or consolidation, and the mere continuation

exceptions is impossible when a sole proprietorship is involved. As you see, the Wisconsin Supreme Court constructed a fallacy in *Fish* as a way to make a strict application of the traditional rule of liability. Any way, the court affirmed an order granting summary judgment because there was in the case neither identity of ownership nor identity of management. Moreover, the court noted that broad public policy decision in actions based on product liability law would be better made by the legislature, an argument already discussed in this essay. Finally, the court refused to adopt the product line or the continuation of enterprise exceptions.¹²⁴ As in *Tift* the decision in this case was not unanimous.

The New York Court of Appeals addressed the issue of successor liability in *Schumacher v. Shear Co.*¹²⁵ and granted a motion for summary judgment. The court relied on its previous decision in *Hartford Accident & Indemnity Co., Inc. v. Canron, Inc.*,¹²⁶ a case where liability was rejected because none of the four traditional exceptions to the rule of no successor liability was found. Thus, the court in *Schumacher* basically granted the motion applying the traditional rule and its four exceptions.¹²⁷ But the court also went further to say that the facts of the case did not allow application of the new exceptions. First, there was not identity of management, key personnel and physical location, which are key factors under *Turner*. Second, the predecessor had not been dissolved shortly after the acquisition of its equipment, and the successor had not used essentially the same factory, name and office personnel after the transaction to produce the same product. Thus, the facts of the case were distinguishable from those in *Ray*.¹²⁸

The product line and the continuity of enterprise exceptions were also rejected by the Supreme Court of Vermont in *Ostrowski v. Hydra-Tool Corp.*, a case judged in 1984.¹²⁹ In Maryland, the continuity of enterprise exception was rejected by the Court of Appeals in *Nissen Corp. v. Miller*.¹³⁰ The court noted that the successor should not be liable if he did not put the defective product in the market. Furthermore, it would not be fair to require the successor to bear the cost of unassumed and un contemplated products liability claims essentially because he is still doing business and is considered as a "deep

pocket".¹³¹ The first argument was already analyzed and we agree with the second. Further, an extension of the traditional exceptions was also refused in *Lesane v. Hillenbrand Indus.*¹³²

Other arguments have been used against the adoption of the new exceptions. One of them was pointed out in *Turner*,¹³³ the surprise faced by the successor in the case of a change in the law. The argument had already been used in *Cyr* and the First Circuit noted that "this kind of surprise is endemic in a system where legal principles are applied case by case and is no more an injustice than was the retroactive application of the strict liability doctrine in *Stephan v. Sears, Roebuck & Co.*, 110 N.H. 248, 266 A.2d 855 (1970)."¹³⁴

Another argument used against the adoption of *Ray* and/or *Turner* is that liability under those cases would result in a windfall to the plaintiff who has been given a remote additional party to sue.¹³⁵ However, the same windfall could occur on the regular course of business. The corporation can lose or make money in the regular course of its business and sometimes get extra and great profits as a result of some investment.

Others say that the profits earned during the original manufacturer ownership should bear the burden of liability for damages growing out of defective products.¹³⁶ But when dealing with liability the law makes no difference if the tortfeasor got the money after or before manufacturing the product. Why should we make the distinction in a case involving successor liability? Since we focus on the continuity of the ongoing business there is no reason for that.

As you see, the courts rejecting both the product line exception and the continuity of enterprise exceptions do not offer convincing reasons why the exceptions to the rule of no successor liability should not be extended. However, they seem to be correct when they stress that the reasons used to impose strict liability cannot be used to impose successor liability. The observation is true, as we saw, when we think about the rationale of making liable the manufacturer that put the defective product into the stream of commerce, and is also true when we think about the idea that liability would make the manufac-

turer improve the product. In a successor liability case this result could be obtained making the successor liable for future claims, not claims arising out of defective products manufactured before the transaction. Actually, improvement of a product line has no relevance to injuries caused by products marketed before the transaction as pointed out by Justice Callow in his dissenting opinion in *Tift*.¹³⁷ The spreading role of the manufacturer, a rationale many times used to justify strict liability, was analyzed *supra*.

Let us take a look now at the arguments used by the courts to apply the product line exception and the continuity of enterprise exception. *Ray* considered basically three factors:

- 1) the virtual destruction of the author's remedies against the original manufacturer as a result of the business acquisition;
- 2) the successor's ability to assume the risk-spreading role of the original manufacturer; and
- 3) the fairness of requiring the successor to shoulder a responsibility for defective products that was a burden obligatorily connected to the original manufacturer's goodwill being enjoyed by the successor in the continued operation of the business.¹³⁸

First of all, one cannot be really sure about the necessity of all the factors to apply the product line approach. Although some courts have suggested that the key point should be the benefit received by the successor, others have stated that the existence of the three circumstances mentioned in *Ray* must be met to apply the exception.¹³⁹ It seems unreasonable to subordinate liability to the existence of recourse against the original manufacturer. The lack of recourse can result from the manufacturer's regular course of business, but this is not enough reason to impose liability on someone else. The successor should be liable because of its acts. The argument that the transaction destroyed the plaintiff's remedies against the predecessor is not correct since we are assuming that adequate consideration was given.¹⁴⁰ Thus, it is not the purchase of assets but some subsequent act that in fact destroys the consumer's remedies. Let us say, for instance, that after the sale of its assets the original manufacturer continued to exist for two years and finally was dissolved.

Since adequate consideration was given, the destruction of consumer's remedy was a result of the dissolution, not of the buy-and-sell agreement. The same example can be used to show why any imposition of successor liability could not be conditioned to the "immediate" or "as soon as possible" dissolution of the selling corporation. The predecessor corporation can survive the transaction as a hollow shell

The second rationale in *Ray* seems to be even less convincing. The successor should not be liable because it can more easily assume the risk-spreading role of the original manufacturer. The successor should be liable because it made something that resulted in the injury. In the case of strict liability arising out of defective products the manufacturer is liable because it puts a defective product into the stream of commerce. It does not matter if it is able to spread the costs among consumers. Actually, this is not a good question to be made in torts cases. Instead of asking who can more easily spread the costs, one should ask who should bear the costs. Moreover, the manufacturer does not always have the means to spread that cost or find itself in a better position to do it. That can be the case where a small manufacturer sells its product to a big corporation. But the manufacturer certainly has the means to avoid entrance into the stream of commerce of a defective product. For the same reasons we do not accept as relevant the argument that the successor is in the same position as was the predecessor to estimate the risks. And definitely we reject the argument that the manufacturer is "in a better position both to judge whether avoidance costs would exceed foreseeable accident costs and to act on that judgment."¹⁴¹ This argument would exonerate the tortfeasor if he can prove that the costs to avoid the accident were higher than the amount of the injuries. No reasonable law system can accept this!

The best argument in *Ray* seems to be the third one, the fairness of requiring the successor to shoulder a responsibility for defective products that was a burden obligatorily connected to the original manufacturer's goodwill being enjoyed by the successor in the continued operation of the business. Let us imagine a wholly owned subsidiary. If somebody buys the stocks of such a company he will assume exactly the

same position as former owner, control the enterprise, have exactly the same ongoing business. The result of that is that the same company will still be liable for its debts and any claim arising out of defective products. But let us say that the buyer still wants to buy the enterprise but does not want to assume its debts and liabilities. In this case the buyer should purchase only the assets of the corporation, more than that, he should buy the whole business but not assume the legal entity. The question then should be whether the legal system should allow this kind of transaction with this effect. The only difference between both agreements is that in the second the buyer does not become the controller of the legal entity. But should this fact alone justify liability in the first case and no liability in the second? The buyer did not get exactly what he was looking for: the ongoing business? Moreover, if we consider a merger case when just a small group of shareholders of the original manufacturer get a small quantity of stocks in the successor corporation, should it be enough to justify liability in a merger case and not in a case involving the purchase of substantial all of the assets of the corporation where the price is paid in cash? The whole idea of a corporation is to permit the shareholders to set up a business without being liable with all of their patrimony. A completely different thing is to use the corporate veil to sell an ongoing business with more profit because the owner can transfer it without liability. This results in the use of a legal entity for purposes that were not pursued by the legislator. Despite the fact that literally speaking there would be no problem with this situation, we have known for some time that the courts have questioned the use of legal institutes for purposes, other than those for which the institute had been created. The "piercing the corporate veil" doctrine is an example of this.

We really think that in cases of purchase of assets the courts should focus on the object of the agreement. So far as the buyer purchases the ongoing business it should be liable for claims arising out of defective products manufactured by the original manufacturer. That is because an ongoing business is composed not only by the assets. Instead of this the ongoing business is formed by the assets and the liabilities related to it. That puts the emphasis on the en-

terprise and not on the legal entity, which is also more appropriate to modern jurisprudence.¹⁴² The continuity of the enterprise, not of the legal entity is the concern in a chapter 11 case; the managers shall act for the benefit of the enterprise, not only for the benefit of the shareholders.

In sum, it is not fair to allow the purchaser to enjoy the manufacturer's goodwill without requiring the former to shoulder a responsibility for defective products that was a burden obligatorily connected to the referred goodwill. If not always, in most cases what makes the buyer purchase the assets instead of just set up a new business is exactly the possibility to benefit from the goodwill. Moreover, when the buyer represents itself as being the continuation of the original manufacturer it would also be unfair to allow it to deny this fact for purposes of products liability.¹⁴³

In *Cyr* the court basically adopted two arguments that we have already discussed: the successor is in a better position to gauge the risks and costs of meeting them; the successor is able to improve the quality of the product. The *Turner* court, on the other hand, stressed that when there is continuity of enterprise one should not deny liability only because there is no identity of ownership, a statement that we agree with. The exclusion made by *Turner* of the identity of ownership as a requirement to recognize liability had the result of focusing the new exception on the continuation of the business operation instead of continuation of management and ownership as in the traditional *de facto merger* or consolidation, or mere continuation exceptions.¹⁴⁴

To assess the continuation of the enterprise the *Turner* court said that one should consider the other factors usually used to apply the traditional *de facto merger* or consolidation exception:

- a) whether there is continuity of the business enterprise between seller and purchaser, including continuity of management, employees, location, assets, business operations and trade name;
- b) whether there was the dissolution of the seller or the cessation of its ordinary business as soon as practically and legally possible and

- c) whether there was the assumption by the buyer of those liabilities and obligations of the predecessor that were necessary for the uninterrupted continuation of the business.¹⁴⁵

The dissolution of the selling company cannot be decisive for the reasons stated *supra*. The other factors can be used but they should not be seen as necessary to find continuation of the enterprise. We agree with the assertion made by the court in *Dawejko*¹⁴⁶ that it is preferable to phrase the new exception in general terms, allowing the courts to assess the existence of continuity on a case by case basis.

CONCLUSION

When dealing with defective product liability some courts have expanded the exceptions to the traditional rule of no successor liability. Two new exceptions have been developed: the product line and the continuity of enterprise exceptions.

However, the majority of the courts still apply the traditional rule with its four exceptions. As a result of the difference in the law between the states, liability of the manufacturer will depend on the law to be applied in each case, creating undesirable uncertainty.

In those cases where the purchaser corporation buys not only the assets of the original manufacturer but its ongoing business, the successor should be liable. The limitation of liability to those cases where there is identity of ownership would result in the use of the legal entity for purposes that were not pursued by the legislator.

The assessment of the object of the transfer, whether it included an ongoing business, should be made by the courts on a case by case basis.

REFERENCE NOTES

- 1 A collection of cases invoking the general rule can be found in the dissenting opinion in *Turner v. Bituminous Casualty Co.*, 397 Mich. 406, 434 n.1 (1976). See also, 15 Fletcher, Private Corporations, sec. 7122 n.1.
- 2 *Nissen Corp. v. Miller*, 323 Md. 613, 617 (1991); *Hall v. Armstrong Cork*, 104 Wash. 2d 258, 262 (1984);

- Rivers v. Stihl, Inc.*, 434 So. 2d 766, 771 (Ala. 1983); *Bernard v. Kee Mfg. Co.*, 409 So. 2d 1047, 1048 (Fla. 1982); *Tift v. Forage King Indus., Inc.*, 108 Wis. 2d 72, 75-6 (1982); *Ramirez v. Amsted Indus., Inc.*, 86 N.J. 332, 340-1 (1981); *Ray v. Alad Corp.*, 19 Cal. 3d 22, 28 (1977); *Nguyen v. Johnson Machine & Press Corp.*, 104 Ill. App. 3d 1141, 1143 (1982); *Dawejko v. Horgensen Steel Co.*, 290 Pa. Super Ct. 15, 18 (1981); *Leannais v. Cincinnati, Inc.*, 565 F.2d 437, 439 (7th Cir. 1977); 15 W. Fletcher, *Cyclopedia of the Law of Private Corporations* sec. 7122, at 231 (rev. perm. ed. 1990); Jerry J. Phillips, *Product Line Continuity and Successor Corporation Liability*, 58 N.Y.U.L.R. 906, 908 (1983).
- 3 *Ramirez v. Amsted Indus., Inc.*, 86 N.J. 332, 341 (1981). This exception is sometimes included by other courts as a part of the first four exceptions. See, for example, *Ramirez v. Amsted Indus., Inc.*, 86 N.J. 332, 341 (1981); *Ray v. Alad Corp.*, 19 Cal. 3d 22, 28-9 (1977).
- 4 *Nichols v. Roper-Whitney Co.*, 843 F. Supp. 799, 803 (D.N.H. 1994); *Cyr v. B. Offen & Co., Inc.*, 501 F.2d 1145, 1152 (5th Cir. 1974).
- 5 *Ramirez v. Amsted Indus., Inc.*, 86 N.J. 332, 342 (1981); *Nguyen v. Johnson Machine & Press Corp.*, 104 Ill. App. 3d 1141, 1143 (1982); *Leannais v. Cincinnati, Inc.*, 565 F.2d 437, 439-40 (7th Cir. 1977); Phillips, *supra*, note 1, at 909. *But see*, *Ray v. Alad Corp.*, 19 Cal. 3d 22, 28 (1977) (consideration should consist wholly of stocks).
- 6 *Ramirez v. Amsted Indus., Inc.*, 86 N.J. 332, 342 (1981); *Ray v. Alad Corp.*, 19 Cal. 3d 22, 29 (1977); *Hill v. Trailmobile, Inc.*, 412 Pa. Super. Ct. 320, 327 (1992); *Dawejko v. Horgensen Steel Co.*, 290 Pa. Super Ct. 15, 19 (1981); *Leannais v. Cincinnati, Inc.*, 565 F.2d 437, 440 (7th Cir. 1977).
- 7 *Korzetz v. Amsted Indus., Inc.*, 472 F. Supp. 136 (E.D.Mich.).
- 8 *Hernandez v. Johnson Press Corp.*, 70 Ill. App. 3d 664 (1979) (although apparently applying the mere continuation exception).
- 9 *Ramirez v. Amsted Indus., Inc.*, 86 N.J. 332 (1981).
- 10 *Nguyen v. Johnson Machine & Press Corp.*, 104 Ill. App. 3d 1141, (1982).
- 11 *Fish v. Amsted Indus., Inc.*, 126 Wis. 2d 293 (1985).
- 12 See, *Tracey by Tracey v. Winchester Repeating Arms Co.*, 745 F. Supp. 1099, 1111 (E.D.Pa. 1990) (citing other cases); *Sullivan v. Joy Mfg. Co.*, 70 N.Y.2d 806 (1987) (simple service call is not sufficient to establish a "special relationship").
- 13 *Id.* at 1112.
- 14 *Travis v. Harris Corp.*, 565 F.2d 443, 449 (7th Cir. 1977); *LaFountain v. Webb Indus. Corp.*, 759 F. Supp. 236, 243 (E.D.Pa. 1991) (citing other cases).
- 15 See, about the duty to warn, *LaFountain v. Webb Indus. Corp.*, 545 F.2d 544 (3rd Cir. 1991); *Leannais v. Cincinnati, Inc.*, 565 F.2d 437 (7th Cir. 1977); *Travis v. Harris Corp.*, 565 F.2d 443 (7th Cir. 1977); *Nichols v. Roper-Whitney Co.*, 843 F. Supp. 799 (D.N.H. 1994); *LaFountain v. Webb Indus. Corp.*, 759 F. Supp. 236 (E.D.Pa. 1991); *Tracey by Tracey v. Winchester Repeating Arms Co.*, 745 F. Supp. 1099, 1111 (E.D.Pa. 1990); RICHARD A. EPSTEIN, CASES AND MATERIALS ON TORTS 692-715 (Little, Brown and Co., 5th ed. 1990); George L. Lenard, *Products Liability of Successor Corporations: A Policy Analysis*, 58 Ind. L.J. 677, 705-6.
- 16 *Ray v. Alad Corp.*, 19 Cal. 3d 22 (1977).
- 17 *Id.* at 24-8.
- 18 *Id.* at 28-30.
- 19 *Id.* at 31.
- 20 *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, 24 Cal. 2d 453, 462 (1944).
- 21 *Ray v. Alad Corp.*, 19 Cal. 3d 22, 31 (1977). *Ray* was followed in *Foster v. Mooney Aircraft Corp.*, 68 Cal. App. 3d 887 (1977), a case where the court decided that the defendant, a New Jersey corporation, could be sued in California (the petition for a hearing by the Supreme Court was denied on May 26, 1977). Two years later, the Court of Appeals decided *Sanders v. CEG Corp.*, 95 Cal. App. 3d 779 (1979). *Sanders* involved a de facto merger, but the court noted that even if that was not the case, the defendant would be liable under the reasoning in *Ray*, *cert. denied* in 09-20-79.
- 22 86 N.J. 332 (1981).
- 23 Describing these facts we considered also what was recited in *Fish v. Amsted Indus., Inc.*, 126 Wis. 2d 293 (1985), and *Nguyen v. Johnson Machine & Press Corp.*, 104 Ill. App. 3d 1141 (1982), two cases involving the same companies.
- 24 *Id.* at 341-2.
- 25 290 Pa. Super. Ct. 15 (1981). The Third Circuit assumed in *Conway v. White Trucks, Div. of White Motor Corp.*, 885 F.2d 90, 93 (1989), that the Pennsylvania Supreme Court would follow the product approach. See also, *Tracey by Tracey v. Winchester Repeating Arms Co.*, 745 F. Supp. 1099, 1103-5 (E.D.Pa. 1990).
- 26 *Id.* at 26.
- 27 *Id.*
- 28 412 Pa. Super. Ct. 320, 328 (1992). The court in *Dawejko* said that "it will always be useful to consider whether the three-part test stated in *Ray v. Alad Corp.*, *supra*, has been met", 290 Pa. Super. Ct. 15, 26 (1981). The expression "it will be always useful" cannot be read as imposing the presence of the three requirements, neither can it be read as leaving for another moment the decision about the necessity of the three requirements to apply *Ray*. "To be useful" means that one could consider the presence of the three requirements to decide whether to apply *Ray*. Thus, at least the way we read *Dawejko*, the court gave a step back in *Hill*.
- 29 102 Wash. 2d 581 (1984).
- 30 *Rawlings v. D.M. Oliver, Inc.*, 97 Cal. App. 3d 890, 900 (1979).
- 31 *Id.* at 894.

- 32 *Id.* at 901.
- 33 *Ramirez v. Amsted Indus., Inc.*, 86 N.J. 332, 350 (1981); *Bussel v. DeWalt Products Corp.*, 259 N.J. Super 499, 518-9 (1992) ("The *Ramirez* Court held that what is 'most important' is the 'continuity in the manufacturing of the [original manufacture's] product line throughout the history of these asset acquisitions", *cert. denied*, 133 N.J. 431).
- 34 *Bussel v. DeWalt Products Corp.*, 259 N.J. Super 499, 508 (1992).
- 35 *Id.* at 517-8 ("essentially" does not mean "identically").
- 36 *Id.* at 518-9.
- 37 *Id.* at 520.
- 38 86 N.J. 361 (1981).
- 39 See also, *Bussel v. DeWalt Products Corp.*, 259 N.J. Super 499, 518 (1992).
- 40 6 Cal. 4th 767 (1993).
- 41 *Id.* at 778-9.
- 42 *Stewart v. Telex Communications, Inc.*, 1 Cal. App. 4th 190 (1991) (a case where the issue is analyzed with some detail).
- 43 103 Wash. 2d 258 (1984).
- 44 103. Was. 2d 258, 265-7 (1984).
- 45 *Id.* at 267. In *In re Related Asbestos Cases*, 578 F. Supp. 91, 92-3 (N.D. Cal. 1983), a case involving the same companies, the District Court had already concluded that the destruction of plaintiff's remedy must be caused by the transaction. See also, applying Pennsylvania law, *LaFountain v. Webb Indus. Corp.*, 951 F.2d 544, 548 (3rd Cir. 1991) (the availability of a remedy against the original manufacturer makes the product line exception inapplicable); *Tracey by Tracey v. Winchester Repeating Arms Co.*, 745 F. Supp. 1099, 1105 (E.D.Pa. 1990) (*Ray* requires that the transfer of assets have caused the destruction of plaintiff's remedy); *Diaz v. South Bend Lathe, Inc.*, 707 F. Supp. 97, 103 (E.D.N.Y. 1989) (in order to apply *Ray*, plaintiff should be left without remedy against the original manufacturer).
- 46 *Ray v. Alad Corp.*, 19 Cal. 3d 22, 25 (1977).
- 47 *Beatrice Co. v. State Bd. of Equalization*, 6 Cal. 4th 767, 777-9 (1993).
- 48 *Rawlings v. D.M. Oliver, Inc.*, 97 Cal. App. 3d 890, 896-8 (1979). The court also said that the allegation that the product had not been mass-produced was not proven in the case.
- 49 253 N.J. Super. 327 (1991).
- 50 11 U.S.C. sec. 701 *et seq.*
- 51 This argument was used in *Tracey by Tracey v. Winchester Repeating Arms Co.*, 745 F. Supp. 1099, 1106-8 (E.D.Pa. 1990) (citing *Nelson v. Johns-Manville*, 745 F.2d 1217 (9th Cir. 1984)). See also, *Stewart v. Telex Communications, Inc.*, 1 Cal. App. 4th 190 (1991) (refusing to recognize liability when the purchase of the assets was made in a bankruptcy proceeding unless it was demonstrated that the bankruptcy had been used as a subterfuge to avoid the holding in *Ray*).
- 52 Express Assumption of liabilities, for example.
- 53 645 F.2d 620, 625 (1981).
- 54 *Ray v. Alad Corp.*, 19 Cal. 3d 22, 31 (1977).
- 55 *Rawlings v. D.M. Oliver, Inc.*, 97 Cal. App. 3d 890, 900 (1979).
- 56 *Id.* at 894.
- 57 *Id.* at 901. *But see, supra*, note 33.
- 58 *Bussel v. DeWalt Products Corp.*, 259 N.J. Super 499, 518-9 (1992).
- 59 *Id.* at 517-8.
- 60 See, *Beatrice Co. v. Bd. of Equalization*, 6 Cal. 4th 767 (1993); *Hall v. Armstrong Cork*, 103 Wahs. 2d 258 (1984). *But see* what we wrote about *Bussel v. DeWalt Products Corp.*, 259 N.J. Super 499, (1992), *supra*, p. 14.
- 61 See, *Nieves v. Bruno Sherman Corp.*, 86 N.J. 361 (1981); *Bussel v. DeWalt Products Corp.*, 259 N.J. Super 499, (1992).
- 62 *Ray v. Alad Corp.*, 19 Cal. 3d 22, 25 (1977); *Beatrice Co. v. State Bd. of Equalization*, 6 Cal. 4th 767, 777-9 (1993).
- 63 *Rawlings v. D.M. Oliver, Inc.*, 97 Cal. App. 3d 890, 896-8 (1979).
- 64 *Goncalves v. Wire Technology*, 253 N.J. Super 327 (1991).
- 65 *Turner v. Bituminous Casualty Co.*, 397 Mich. 406, 420 (1976); *Nguyen v. Johnson Machine & Press Corp.*, 104 Ill. App. 3d 1141, 1143 (1982); *Louisiana-Pacific Corp. v. Asarco, Inc.*, 909 F.2d 1260, 1264 (9th Cir. 1990); *Nichols v. Roper-Whitney Co.*, 843 F. Supp. 799, 803-4 (D.N.H. 1994); *Tracey by Tracey v. Winchester Repeating Arms Co.*, 745 F. Supp. 1099, 1109 (E.D.Pa. 1990); *Diaz v. South Bend Lathe, Inc.*, 707 F. Supp. 97, 100 (E.D.N.Y. 1989).
- 66 *Nichols v. Roper-Whitney Co.*, 843 F. Supp. 799, 804 (D.N.H. 1994).
- 67 *Diaz v. South Bend Lathe, Inc.*, 707 F. Supp. 97, 100-1 (E.D.N.Y. 1989) (citing two more cases).
- 68 *Nguyen v. Johnson Machine & Press Corp.*, 104 Ill. App. 3d 1141, 1143-4 (1982); *Louisiana-Pacific Corp. v. Asarco, Inc.*, 909 F.2d 1260, 1264-5 (9th Cir. 1990); *Travis v. Harris Corp.*, 565 F.2d 443, 447 (7th Cir. 1977).
- 69 *Nissen Corp. v. Miller*, 323 Md. 613, 620 (1991); *Dawejko v. Jorgensen Steel Co.*, 290 Pa. Superior Ct. 15, 19 (1981); *Tracey by Tracey v. Winchester Repeating Arms Co.*, 745 F. Supp. 1099, 1110 (E.D.Pa. 1990).
- 70 The expression was used in the dissenting opinion in *Turner v. Bituminous Casualty Co.*, 397 Mich. 406, 448 (1976).
- 71 In a de facto merger case we have different companies, one buys the assets of the other, and the shareholders of the seller become shareholders of the buyer corporation. In a mere continuation, both companies were originally owned by the same people. The dissolution of the seller corporation is not a requirement to apply the mere continuation exception.

- 72 501 F.2d 1145 (1st Cir. 1974).
- 73 *Bernard v. Kee Mfg. Co.*, 409 So. 2d 1047, 1049 (Fla. 1982); *Ramirez v. Amsted Indus., Inc.*, 86 N.J. 332, 343 (1981).
- 74 *LaFountain v. Webb Indus. Corp.*, 951 F.2d 544, 547 (3rd Cir. 1991). Despite the observation made in *Ray v. Alad Corp.*, 19 Cal. 3d 22, 30 (1977).
- 75 397 Mich. 406(1976).
- 76 The product line approach was later rejected by the Supreme Court of New Hampshire in *Simoneau v. South Bend Lathe, Inc.*, 130 N.H. 466 (1988).
- 77 *Cyr v. B. Offen & Co., Inc.*, 501 F.2d 1145, 1153-4 (1st Cir. 1974).
- 78 397 Mich. 406.
- 79 *Id.* at 417-8.
- 80 *Id.* at 421-3.
- 81 *Id.* at 426.
- 82 *Id.*
- 83 *Id.*
- 84 *Turner V. Bituminous Casualty Co.*, 397 Mich. 406, 420 (1976). See also, about the factors analyzed in a de facto merger case *Nguyen v. Johnson Machine & Press Corp.*, 104 Ill. App. 3d 1141, 1143 (1982); *Louisiana-Pacific Corp. v. Asarco, Inc.*, 909 F.2d 1260, 1264 (9th Cir. 1990); *Nichols v. Roper-Whitney Co.*, 843 F. Supp. 799, 803-4 (D.N.H. 1994); *Tracey by Tracey v. Winchester Repeating Arms Co.*, 745 F. Supp. 1099, 1109 (E.D.Pa. 1990); *Diaz v. South Bend Lathe, Inc.*, 707 F. Supp. 97, 100 (E.D.N.Y. 1989).
- 85 88 Mich. App. 747 (1979). See also, *City Environmental, Inc. v. Chemical Co.*, 814 F. Supp. 624, 635 (E.D. Mich. 1993).
- 86 *Lentire v. Garrard Drugs*, 95 Mich. App. 520.
- 87 *Id.* at 525.
- 88 124 Mich. App. 641.
- 89 434 So. 2d 766.
- 90 *Id.* at 771-2.
- 91 *Id.* at 772.
- 92 862 F. Supp. 175, 178 (E.D.Mich. 1994).
- 93 See, for example, *Nissen Corp. v. Miller*, 323 Md. 613, 632 (1991)(“Like the majority of our sister states, we adhere to the general rule of nonliability of successor corporations with its four traditional exceptions. in products liability cases); *Bernard v. Kee Mfg. Co.*, 409 So. 2d 1047, 1049 (1982)(few jurisdictions have begun to extend products liability); *Reed v. Armstrong Cork Co.*, 577 F. Supp. 246, 248 (E.D.Ark. 1983)(assuming that Arkansas would join the majority of the courts in retaining the traditional approach).
- 94 *Leannais v. Cincinnati, Inc.*, 565 F.2d 437. The Wisconsin law will be analyzed further in this essay.
- 95 *Id.* at 441. See also, *Travis v. Harris Corp.*, 565 F.2d 443 (7th Cir. 1977).
- 96 See, Justice Bablitch dissenting opinion in *Fish v. Amsted Indus., Inc.*, 126 Wis. 2d 293, 322 (1985).
- 97 409 So. 2d 1047 (1982).
- 98 *Id.* at 1049-50.
- 99 *Id.* at 1050.
- 100 *Id.*
- 101 534 So. 2d 1253 (1988).
- 102 See, *Turner v. Bituminous Casualty Co.*, 397 Mich. 406, 427-8 (1976).
- 103 This argument was used by Justice Callow in his dissenting opinion in *Tift v. Forage King Indus., Inc.*, 108 Wis. 2d 72, 97 (1982).
- 104 *Ramirez v. Amsted Indus., Inc.*, 86 N.J. 332, 354 (1981).
- 105 *Id.*
- 106 104 Ill. App. 3d 1141 (1982). *Nguyen* was followed in *Myers v. Putzmeister, Inc.*, 232 Ill. App. 3d 419, 423 (1992).
- 107 Describing these facts we considered also what was recited in *Fish v. Amsted Indus., Inc.*, 126 Wis. 2d 293 (1985), and *Ramirez v. Amsted Industries, Inc.*, 86 N.J. 332 (1981), two cases involving the same companies.
- 108 104 Ill. App. 3d 1141, 1146-7 (1982).
- 109 *Id.* at 1148.
- 110 W. H. Auden, *Law Like Love*.
- 111 104 Ill. App. 3d 1141, 1150 (1982).
- 112 This was recognized by the court as one of the policies to impose strict liability. *Id.*
- 113 104 Ill. App. 3d 1141, 1150-1 (1982).
- 114 108 Wis. 2d 72.
- 115 *Id.* at 77.
- 116 *Id.* at 78-9.
- 117 *Id.* at 80.
- 118 See George L. Lenard, *Products Liability of Successor Corporations: A Policy Analysis*, 58 Ind. L.J. 677, 703 (1983)(Tift imposed liability “under a greatly expanded mere continuation exception”). But see, Richard A. Epstein, *Cases and Materials on Torts* 661 (Little, Brown and Co., 5th ed. 1990)(Tift applied the mere continuation exception).
- 119 Actually, one could argue that even if the court was only stressing that the sole proprietorship could not avoid liability by creating a corporation to run his business the court was in fact extending the mere continuation exception.
- 120 108 Wis. 2d 105.
- 121 126 Wis. 2d 293.
- 122 See *supra* p. 43-47.
- 123 *Id.* at 301-2.
- 124 *Id.* at 310-2.
- 125 *Schumacher v. Shear Co.*, 59 N.Y. 2d. 239 (1983).
- 126 43 N.Y. 2d 823 (1977).
- 127 See also, *Bardere v. Zafir*, 63 N.Y. 2d 850 (1984) (affirmed a decision to dismiss the complaint for failure to state a cause of action because there was missing allegation of any one of the four circumstances that traditionally support a claim of successor liability).
- 128 But one could ask if *Ray* could not really be applied given the facts in *Schumacher*. Here, the successor had acquired all the assets, including the exclusive right to manufacture and sell the predecessor's products, the inventory and the tra-

- de name. Moreover, the predecessor had discontinued its business, and at the time of the judgment had no liability insurance, employees or business volume, but only a few assets. Moreover, not all the factors described in *Turner* should be present to apply the continuity of enterprise exception. *Haney v. Bendix Corp.*, 88 Mich. App. 747 (1979); *City Environmental, Inc. v. Chemical Co.*, 814 F. Supp. 624, 635 (E.D.Mich. 1993).
- 129 144 Vt. 305.
- 130 323 Md. 613 (1991).
- 131 *Id.* at 624.
- 132 791 F. Supp. 871 (D.D.C. 1992).
- 133 *Turner v. Bituminous Casualty Co.*, 397 Mich. 406, 428 (1976).
- 134 *Cyr v. B. Offen & Co., Inc.*, 501 F.2d 1145, 1154 (1st Cir. 1974).
- 135 The argument was used by Justice Callow in his dissenting opinion in *Tift v. Forage King Indus., Inc.*, 108 Wis. 2d 72, 86 (1982).
- 136 *Id.* at 99.
- 137 *Tift v. Forage King Indus., Inc.*, 108 Wis. 2d 72, 97-8 (1982).
- 138 *Ray v. Alad Corp.*, 19 Cal. 3d 22, 31 (1977).
- 139 See *supra*, pp. 11-14.
- 140 Otherwise we would apply one of the traditional exceptions to the rule of no successor liability.
- 141 *Suter v. San Angelo Foundry and Machine Co.*, 81 N.J. 150, 173-74 (1979).
- 142 This is not a new idea. See, Phillips, *supra*, note 2, at 929 (successor product liability should turn on the issue of whether an ongoing business has been purchased).
- 143 *Nieves v. Bruno Sherman Corp.*, 86 N.J. 361, 369 (1981).
- 144 See, *Nissen Corp. v. Miller*, 323 Md. 613, 620 (1991)(this distinction is made between the mere continuation exception and the continuity of enterprise exception).
- 145 *Turner V. Bituminous Casualty Co.*, 397 Mich. 406, 420 (1976).
- 146 290 Pa. Super. Ct. 15 (1981).

Poder Legislativo e Poder Regulamentar na Constituição Moçambicana de 30 de Novembro de 1990

GILLES CISTAC

Professor de Direito Público

Faculdade de Direito. Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique*

O estudo do regime jurídico do acto administrativo necessita de ser interrogado, no quadro do procedimento de elaboração do acto, sobre o domínio em que uma autoridade administrativa pode intervir¹. É uma das questões mais clássicas do direito administrativo que tem consequências jurídicas sobre a validade do acto. Com efeito, o agente que adoptaria um acto fora do seu domínio de competência veria o seu acto manchado de irregularidade jurídica². Isto quer dizer que uma autoridade administrativa só pode adoptar um acto no quadro dos poderes que lhe são investidos, ou mais precisamente, da competência que lhe é atribuída³. Quanto ao número de irregularidades que podem ser levantadas contra um acto desta natureza, em direito administrativo francês, figura evidentemente, o vício de incompetência "*ratione materiae*" devido ao objecto do seu acto resultante do facto que o acto adoptado intrinsecamente se-ia no domínio do poder legislativo⁴, ou, em direito português, o vício de usurpação de poder⁵.

A questão da delimitação da intervenção do poder regulamentar tem, pois, incidências práticas importantes sobre a capacidade de acção deste poder.

O objecto do presente estudo é proceder a uma tentativa de avaliação da capacidade de intervenção do poder regulamentar moçambicano. Mas, uma investigação desta natureza, não pode fazer economia da delimitação deste poder em relação ao poder legislativo; tanto é verdade que só se pode definir em relação a outrem, ou pelo menos em relação a um terceiro, o que nos

fornece a dimensão da existência do que constitui objecto de definição. Consequentemente, a delimitação do domínio de intervenção do poder legislativo opera automaticamente a delimitação do domínio de intervenção do poder regulamentar e vice-versa.

Nalguns sistemas jurídicos, tendo em conta a sua importância, algumas matérias estão reservadas ao legislador; elas dependem da competência legislativa. É o caso da Constituição francesa de 4 de Outubro de 1958⁶. De 1789 a 1958 pode-se observar o carácter ilimitado do domínio legislativo⁷. A lei pode intervir em todas as matérias. Com a Constituição de 1958, ela passa a ser delimitada pelo artigo 34. Este texto enumera limitativamente as matérias para as quais o legislador é competente; ele distingue, por um lado, as matérias em que a lei "*estabelece os regulamentos*" — por exemplo, os direitos civicos e as garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas — e, por outro lado, aquelas em que a lei só pode "*determinar os princípios fundamentais*" — por exemplo, a organização geral da defesa nacional, o regime da propriedade, o direito trabalhista. Neste domínio da lei, o legislador é o único mestre; mas, ao mesmo tempo, ele é prisioneiro; ele só é competente para estatuir sobre as matérias que lhe são reservadas, sendo incompetente para todas as outras. Segundo o artigo 37, "*As outras matérias, fora do domínio da lei terão carácter regulamentar*", e dependem, pois, segundo o artigo 21, do Primeiro-Ministro⁸.

O domínio do regulamento deduz-se, ao contrário, da enumeração das matérias legislativas indicadas pelo artigo 34: ele só é limitado por esta enumeração. O resultado é: a autoridade regulamentar possui teoricamente a competência de direito comum, no que concerne à elaboração das regras gerais, exercendo o legislador apenas uma competência de atribuição; que em princípio, nas matérias regulamentares, o governo exerce uma competência não condicionada e estatui com uma liberdade análoga a do legislador; este poder regulamentar autónomo deixa substituir o seu campo de acção tradicional definido pela "*execução das leis*"; como na época anterior, compete-lhe, em matéria legislativa, adoptar os regulamentos que podem exigir a aplicação dos textos aprovados pelo Parlamento; mas ele só exerce, neste caso, uma competência subordinada e limitada. Para além da personalidade dos conceptores da Constituição de 1958, particularmente o General De Gaulle, Michel Debré e René Capitant⁹, pode observar-se a vontade de "*racionalizar*" o parlamentarismo, prevendo na Constituição uma série de disposições tendentes a evitar que os ministros sejam importunados pelos deputados, e a permitir que o Primeiro-Ministro obtenha os meios para governar. A limitação do domínio legislativo figura entre aquelas disposições¹⁰. Por outras palavras, e para citar a expressão de Bernard Chantebout, trata-se "*da destruição da hegemonia parlamentar*"¹¹.

O que é que acontece na Constituição moçambicana?¹²

Em primeiro lugar, pode-se observar que a Constituição de 30 de Novembro de 1990 parece atribuir um domínio de competência material ilimitado ao poder legislativo. Com efeito, o artigo 133 da Constituição precisa: "A Assembleia da República determina as normas que regem o funcionamento do Estado e a vida económica e social através de leis e deliberações de carácter genérico"; do mesmo modo, o artigo 135 dispõe: "1. Compete à Assembleia da República legislar sobre as questões básicas da política interna e externa do país". Mesmo se o poder constituinte moçambicano apresenta nos números 2 e 3 deste artigo 135 uma lista enumerativa do domínio de intervenção do legislador, o poder constituinte moçambicano emprega o adjectivo "nomeadamente", o que quer dizer, se

empregarmos sinónimos, particularmente, especialmente, mormente¹³, com o objectivo de atrair a atenção sobre vários assuntos particulares do domínio de intervenção mais geral do legislador.

Em outras palavras, a enumeração dada é puramente indicativa e o legislador pode intervir sem limites sobre todas as "*questões (...) da política interna e externa*", do ponto de vista do seu domínio material de intervenção. Todavia, deveremos interpretar a acção do poder regulamentar na Constituição moçambicana unicamente como executivo, no sentido de que o governo só adopta regulamentos para a execução das leis; o que implicaria que ele só pode agir num determinado domínio quando o próprio legislador já tenha intervido nesse domínio? Nesta perspectiva, o governo dispõe apenas de uma competência residual: ele fixa os pontos que o legislador não precisou devidamente. A realidade moçambicana é mais complexa, ele coloca alguns limites de acção ao legislador (I) e atribui ao governo os meios de acção importantes, sem no entanto atribuir-lhe um poder para editar "*regulamentos autónomos*" no sentido do direito constitucional e administrativo francês (II).

I — OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DO DOMÍNIO DE ACÇÃO DO LEGISLADOR

A análise do próprio texto constitucional e da prática legislativa na matéria, permite operar uma distinção entre os limites de natureza estrutural (A) e os limites de natureza temporal (B).

A — Os Limites Estruturais

a) O número 2 do artigo 133 da Constituição define: "A Assembleia da República determina as normas que regem o funcionamento do Estado e a vida económica e social através de leis e deliberações de carácter genérico"¹⁴.

Em primeiro lugar, é necessário analisar a terminologia empregue neste artigo para qualificar os actos legislativos da Assembleia da República (1), antes de se interrogar sobre a incidência do carácter genérico atribuído a estes mesmos actos (2).

1. O número 2 do artigo 133 emprega os termos "*leis*" e "*deliberações*" para qualificar os

*Professor francês correspondente do grupo de pesquisas coordenado pela Prof^a Claudia Lima Marques, Dept^o de Direito Público e Filosofia do Direito, atualmente em missão de cooperação em Moçambique.

actos legislativos da Assembleia da República. Se o termo "leis" está suficientemente delimitado para não necessitar de desenvolvimentos substanciais, ao contrário, o termo "deliberações" pode suscitar algumas perguntas.

A generalidade do conteúdo da expressão disprove-lhe de toda a performance. Com efeito, na própria origem, o vocábulo é sinónimo de "acto (que) dimana de um órgão colegial"¹⁵; o próprio termo pode designar a vontade de toda a pessoa colectiva¹⁶, e, por isso, não tem o rigor e a precisão terminológica acabado do termo de "leis"¹⁷. Segundo a definição acima mencionada, a lei é também uma deliberação, o que em algumas hipóteses só tem um efeito de redundância sem consequências práticas reais se se considerar o termo "deliberação" no seu sentido original e comum¹⁸. Contudo, esta falta de precisão poderia ter sido evitada se se tivesse recorrido à nomenclatura estabelecida pelo artigo 141 da Constituição. Este último, está redigido da seguinte maneira: "Os actos legislativos da Assembleia da República assumem a forma de lei e as demais deliberações revestem a forma de resolução e são publicados no Boletim da República". Do ponto de vista lexicológico, o artigo 141 introduz nova terminologia ao designar por "resolução" os outros tipos de deliberações legislativas. Assim, seria mais judicioso substituir o termo "deliberações" pelo termo "resolução", para evitar algumas confusões ou redundâncias. Contudo, esta clarificação terminológica só desloca o problema para o terreno da definição do termo de "resolução". Segundo uma definição geralmente aceite, entende-se por resolução "certas deliberações de vários órgãos de soberania"¹⁹. O texto constitucional, embora se refira às resoluções, não fornece nenhuma noção de resolução. Neste aspecto, poderíamos tornar nossas as conclusões de M. Gomes Canotilho sobre a prática legislativa portuguesa das resoluções, e apoiar que ela "apenas se limita a seguir a prática constitucional que considera as resoluções como uma forma de assembléias (...) manifestarem as suas intenções e tomarem decisões, sem que seja necessário adoptar um acto normativo (lei, decreto-lei, decreto-regulamentar)"²⁰.

A doutrina portuguesa apresenta então a resolução como um acto legislativo não normativo. Contudo, esta apresentação foi criticada pela

doutrina, pela própria existência de resoluções que "têm um sentido normativo evidente"²¹; citemos a título de exemplo, as resoluções da Assembleia da República referentes à não ratificação de decretos-lei legislativos regionais²², as resoluções respeitantes à suspensão da execução dos decretos-lei e decretos legislativos regionais²³, as resoluções da comissão permanente da Assembleia da República de autorização da declaração de guerra e exercício da paz pelo Presidente da República²⁴, as resoluções de aprovação de tratados²⁵. No direito constitucional português, constata-se então a existência de actos normativos, que não são leis, adoptados pelo Parlamento. Do ponto de vista prático, qual é o interesse de manter essa distinção? Podem identificar-se dois que não estão isentos de críticas. O primeiro baseia-se no facto de, do ponto de vista formal, a resolução não ser alvo de promulgação da parte do Presidente da República²⁶; o segundo reside no facto de as resoluções não estarem sujeitas ao controle jurisdicional²⁷.

Da própria confissão da doutrina portuguesa, "o problema da natureza jurídica das resoluções continua a suscitar discussões, devendo confessar-se que, até ao momento, não há nenhuma elucidação clara do conceito"²⁸.

O direito moçambicano adopta uma posição intermediária. Nalguns aspectos, ele adopta uma posição comparável ao direito constitucional português, parecendo dissociar-se noutros. Um exame da actividade legislativa da Assembleia da República permitir-nos-á apresentar a prática do legislador moçambicano na matéria.

Do ponto de vista dos actos adoptados, a actividade do legislador moçambicano pode constituir objecto de uma divisão entre os actos legislativos, no sentido restrito do termo, e os actos que não o são.

Com efeito, como as autoridades administrativas podem adoptar actos que não são administrativos²⁹, o legislador em geral³⁰, e o legislador moçambicano em particular, pode adoptar actos que não são de natureza legislativa. Aliás, o texto do artigo 141 da Constituição, convidanos a fazer tal distinção. Com efeito, se todos os actos do legislador fossem actos legislativos, porquê sacrificar-se a utilizar o epíteto "legislativos" para qualificar tais actos. O termo "actos" seria suficiente. Se o constituinte moçambicano sacrificou-se em qualificar os actos

adoptados pelo poder legislativo como "legislativos" é porque a necessidade de distinguir tais actos dos actos que têm o mesmo actor, mas que se distinguem em diversos pontos, se fazia sentir, essencialmente, do ponto de vista normativo.

Na primeira categoria, podem colocar-se a lei e a resolução, na segunda a moção³¹.

A principal dificuldade provém essencialmente do conteúdo do termo "resolução", pelos motivos aduzidos anteriormente. Com efeito, a resolução pode ser normativa — caso da resolução através da qual a Assembleia da República ratifica os tratados internacionais³², em virtude do alínea k) do número 2 do artigo 135 da Constituição³³ — ou não normativa — no caso de resoluções que designam os deputados da lista de suplentes da Assembleia da República, para garantirem a substituição de deputados falecidos³⁴ ou das resoluções inerentes à apreciação da acção política do governo³⁵. Nestas diferentes hipóteses, se houver uma manifestação de normas de conduta, não há manifestação de um poder normador objectivo. Assim, um acto legislativo pode ter natureza não normativa. A distinção pode operar-se segundo o critério dos efeitos do acto em causa: criador ou não de direito, vontade ou ausência de vontade de modificar o ordenamento jurídico.

Assim, podem observar-se três tipos de actos tomados pelo poder legislativo no quadro do artigo 141 da Constituição: a lei, a resolução normativa e a resolução não normativa.

Neste estado da análise, colocam-se duas questões. A primeira é relativa à possível classificação de tais actos, a segunda abarca a diferença real entre a resolução não normativa e a moção.

A primeira questão que é possível formular é relativa à diferença entre a lei e a resolução normativa. Para diferenciá-las, não se pode basear na diferença sobre os efeitos, pois, na realidade, os dois actos são normativos. Só as podemos distinguir dum ponto de vista formal: uma, a lei, é promulgada pelo Presidente da República³⁶, a outra, a resolução, conforme a prática constitucional portuguesa³⁷, não é objecto de nenhum processo de promulgação. Nestas condições, mantendo a terminologia estabelecida pelo artigo 141 da Constituição, porque não modificar a prática legislativa e reservar à lei a

forma do acto legislativo normador? Nesta hipótese o acto de ratificação seria uma lei e não uma resolução, e, por via de consequência, reservar a área da actividade legislativa não normativa à resolução? Esta tipologia baseada sobre a normatividade do acto, relacionada com uma forma jurídica única que lhe seria atribuída, teria o mérito de evitar a dificuldade onipresente em direito constitucional português, que é de saber se uma resolução é um acto normativo ou não³⁸.

A segunda refere-se a possível diferença entre a resolução não normativa a moção, e sobre o interesse em manter tal distinção. Com efeito, que diferença pode existir entre uma moção e uma resolução normativa?

Se nos colocarmos do ponto de vista formal, nos dois casos, o acto é "aprovado" pela Assembleia da República e assinado pelo Presidente da Assembleia.

Se nos situarmos no plano do conteúdo, dificilmente podemos identificar uma diferença fundamental entre os dois tipos de actos. Na realidade, que diferença se pode realçar entre a situação em que "a Assembleia da República, tendo ouvido a informação sobre o estado da nação, apresentado por Sua Excelência o Senhor Presidente da República e examinado os relatórios do Primeiro-Ministro e do Ministro das Finanças (...) Decide: 1. Agradecer a deferência de Sua Excelência o Presidente da República (...) prestando uma informação ampla e valiosa contendo as normas essenciais para o prosseguimento da acção estatal. 2. Expressar o seu apreço e louvor (...) ao Conselho de Ministros e especialmente ao Primeiro-Ministro (...), pela dedicação e competência expressa pelo governo"³⁹, e a situação em que "A Assembleia da República (...) tendo apreciado a informação do Governo sobre a implementação do Acordo Geral de Paz (...) decide: 2. Enaltecer a acção do Presidente da República (...), na defesa da aplicação do espírito e da letra do Acordo de Roma; (...) 7. Apoiar o Governo da República de Moçambique no sentido de prosseguir consequentemente nas medidas que assegurem a unidade nacional e a administração, ordem e a tranquilidade públicas, no quadro da Constituição da República, e da implementação do Acordo Geral de Paz"⁴⁰.

Nestas duas situações, é difícil identificar elementos objectivos de diferenciação, senão o

carácter mais solene da segunda situação, em relação à primeira; será que por isso ela mereceria, do ponto de vista da forma, que se lhe introduza um novo conceito de fundo discutível para qualificá-la?

No presente caso, o constituinte moçambicano poderia ter feito a economia de um dos termos (moção ou resolução), para qualificar os actos não normativos do legislador.

Como já o havíamos assinalado precedentemente, o constituinte moçambicano adoptou, em alguns pontos, uma posição comparável ao direito e à prática constitucional portuguesa, essencialmente na qualificação dos actos adoptados pelo poder legislativo e a ausência de promulgação das resoluções adoptadas pela Assembleia da República. Contudo, quanto ao regime jurídico de alguns destes actos, ela parece dissociar-se.

Atardar-nos-emos essencialmente no regime das resoluções. Por um lado, no direito constitucional português, a resolução caracteriza-se pela desnecessidade de promulgação pelo Presidente da República, e por outro lado, pela ausência de um controle jurisdicional⁴¹.

Sobre o primeiro aspecto, pudemos julgar a identidade do regime entre o direito constitucional moçambicano e o direito constitucional português. No que concerne ao segundo, convém chamar a atenção sobre a originalidade do direito constitucional moçambicano que admite o controle da constitucionalidade das resoluções, pelo menos no seu princípio. Com efeito, o artigo 181 da Constituição moçambicana, referente às competências do Conselho Constitucional, dispõe o seguinte: "1. *Compete ao Conselho Constitucional: a) apreciar e declarar a inconstitucionalidade e ilegalidade dos actos legislativos (...)*". Nos desenvolvimentos anteriores, pudemos medir o conteúdo do vocábulo "*actos legislativos*" que engloba os actos integrados no artigo 141 da Constituição, isto é, as leis e as resoluções. Então, podemos notar aqui um progresso no controle da legalidade dos actos do Parlamento, exigido pelo princípio da constitucionalidade no Estado de direito⁴².

2. Convém, desde já, interrogar-se sobre a natureza e o alcance do "carácter genérico"⁴³ atribuído a estes actos diversos. Podemos fazer duas interpretações da expressão "carácter

genérico". Por um lado, pode pensar-se que a expressão refere-se exclusivamente a "deliberações" ou, por outro lado, que a expressão se refere às "leis" e às "deliberações".

No primeiro caso, pode deduzir-se que só as deliberações devem ter um carácter genérico, e que, por consequência, a lei possa regulamentar detalhadamente um domínio material da sua competência, noutra hipótese, a lei e as deliberações devem ter um carácter genérico, o que significa que tem um carácter geral. O acto adoptado pela Assembleia da República não seria detalhadamente regulamentado no domínio considerado, mas somente fixaria as regras gerais da matéria ou os seus grandes princípios. Por outras palavras, o legislador só pode colocar normas de princípios; é-lhe proibido ir mais longe.

Resta o problema da sanção, no caso em que uma lei rege em pormenor uma matéria em que ela só possui o poder para definir normas genéricas. Para resolver o diferendo, conhece-se o órgão competente que é o Conselho Constitucional⁴⁴, mas hoje, não temos nenhuma resposta para este assunto, por falta de Conselho Constitucional⁴⁵.

b) Outro limite do carácter formalmente ilimitado do domínio legislativo, reside na natureza dos problemas tratados. O número 1 do artigo 135 da Constituição, precisa que "compete à Assembleia da República legislar sobre questões básicas da política interna e externa do país"⁴⁶. Em outros termos, o legislador moçambicano só pode legislar sobre "questões básicas". Neste artigo, tanto como no artigo 133, o poder constituinte moçambicano emprega uma terminologia de natureza geral e abstrata. O termo "básicas", na expressão "questões básicas", é empregue no seu significado comum que é "fundamental". Nesta fase da análise, podemos fazer duas observações.

A primeira é referente à semelhança dos artigos 133 e 135 da Constituição. Poderíamos ter a tendência de dar uma interpretação mais ampla ao termo "genérico", que não só se aplicaria às "deliberações" como também às "leis".

A segunda observação é sobre a limitação do domínio material de intervenção do legislador. Não se trata de uma limitação de natureza do domínio de intervenção propriamente dito, porque o legislador pode intervir sobre todas as

"questões (...) da política interna e externa do país", mas uma limitação do grau de intervenção do legislador.

Ele só pode intervir sobre "questões básicas" da política interna e externa do país, o que quer dizer, só sobre as questões fundamentais destas políticas. O verdadeiro problema nestas circunstâncias é o problema da definição do conteúdo do termo "básicas"; o que é uma questão básica? Coloca-se um problema de qualificação susceptível de diferendo, porque ele pode influenciar as delimitações das competências entre o legislador e o poder regulamentar. Aqui, também se pode pensar que o Conselho Constitucional terá um papel importante a desempenhar.

B – Os Limites Temporais

Os limites temporais da acção do poder legislativo, são outro tipo de limites. Com efeito, ao abrigo do artigo 139 da Constituição moçambicana⁴⁷, "A Assembleia da República reúne-se ordinariamente duas vezes por ano e extraordinariamente sempre que a sua convocação for requerida pelo Presidente da República, pela Comissão Permanente da Assembleia da República ou por um terço, pelo menos, dos deputados da Assembleia da República". Noutros termos, a Assembleia da República não se reúne de maneira permanente⁴⁸. Ela só pode legislar durante as sessões ordinárias ou extraordinárias, fora do tempo de sessão, o processo de produção das normas legislativas está parado. A situação não é chocante: é o caso do regime comum da maior parte dos parlamentos do mundo⁴⁹. Contudo, ela devia ser mencionada como um limite objectivo da actividade do legislador moçambicano.

Da argumentação apresentada, salienta-se o facto de o domínio de intervenção do legislador moçambicano ser um domínio "assinado". Dai, convém interrogar-se sobre o domínio de intervenção do poder regulamentar.

II – O DOMÍNIO DE INTERVENÇÃO DO PODER REGULAMENTAR⁵⁰

Face a estas limitações constitucionais objectivas no domínio da acção do poder legislativo, qual é o domínio de intervenção do poder regulamentar?

Por outro lado, podemos tentar delimitar o domínio de acção do poder regulamentar, em função da natureza deste poder: poder regulamentar complementar ou executivo, no sentido literal do termo, e, por outro lado, poder regulamentar autónomo, nas suas relações com a lei⁵¹. No entanto, a situação analisada está tão confundida que seria temerário tentar distinguir os dois pontos de vista. No plano metodológico, adoptaremos o procedimento seguinte: tomaremos como referência as relações susceptíveis de se estabelecerem entre a lei e o regulamento, afim de determinar em cada caso a natureza do poder regulamentar em causa.

Podemos imaginar três situações: Uma lei precede a acção do poder regulamentar (A), a ausência de textos legislativos que regulamentam a matéria (B), e o caso em que o governo adopta um regulamento em qualquer matéria e o legislador decide intervir na regulamentação desta matéria (C).

A – Primeira Situação: Uma Lei Precede a Acção do Poder Regulamentar

Nesta hipótese, podem imaginar-se várias situações, em função da forma e do conteúdo do texto legislativo.

1. Primeiro Caso

A lei ou a deliberação tem um carácter genérico e é relativa a uma questão básica de política interna e externa do país.

Neste caso, pode pensar-se que estamos perante o caso clássico do poder regulamentar, no sentido do poder executivo⁵² das leis que só têm ao seu cargo executar as leis⁵³, através de regulamentos de aplicação complementares ou de execução⁵⁴.

No quadro desta missão, o poder regulamentar pode tomar todas as medidas exigidas pela aplicação da lei. Pode-se procurar na Constituição, um fundamento formal desta actividade jurídica do Conselho de Ministros. Ao abrigo do número 1 do artigo 152 "O Conselho de Ministros assegura a administração do país, garante a integridade territorial, vela pela ordem pública e pela segurança e estabilidade dos cidadãos, promove o desenvolvimento e consolida a legalidade e realiza a política exterior do país". As

expressões "O Conselho de Ministros assegura a administração do país" e "consolida a legalidade", podem ser interpretadas como índices deste poder de execução das leis. Também se pode considerar que a missão de execução das leis é uma actividade inerente ao poder executivo, sobre o fundamento dos próprios poderes implícitos.

2. Segundo Caso

A lei ou a deliberação não tem nenhum carácter genérico e/ou não é relativa a uma questão básica de política interna e externa do país. Podem imaginar-se três hipóteses:

2.1. A primeira pode situar-se durante a discussão da lei ou da deliberação perante a Assembleia da República, quando a iniciativa da lei pertence às comissões da Assembleia da República ou aos Deputados⁵⁵, o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, ou o Procurador Geral da República, podem considerar que algumas disposições deste texto não são do domínio legislativo porque não têm um carácter genérico e/ou não colocam sobre questões básicas de política interna e externa do país. Nesta hipótese, cabe ao Presidente da Assembleia da República estatuir: ou então, ele pede o parecer do Governo e decide que as disposições litigiosas são do domínio regulamentar, ou ele considera que as disposições litigiosas são da competência da Assembleia da República, e, neste caso, o seu exame é suspenso provisoriamente. Teoricamente, este tipo de diferendo é da competência do Conselho Constitucional, em virtude dos artigos 180 e 181 da Constituição. Com efeito, o artigo 180 da Constituição precisa que "O Conselho Constitucional é um órgão de competência especializada no domínio das questões jurídico-constitucionais" e a alínea b) do número 1 do artigo 181 dispõe "1. Compete ao Conselho Constitucional: b) dirimir conflitos de competência entre os órgãos de soberania". Nesta eventualidade, as autoridades acima mencionadas poderão recorrer ao Conselho Constitucional⁵⁶ que deverá estatuir sobre esta "questão jurídico-constitucional"⁵⁷.

Ele pode ter uma interpretação restrita dos termos "genérico" e "básicas" ou, pelo contrário, fazer uma interpretação extensiva destes termos; neste último caso, a lei poderia regulamentar os

mais pequenos detalhes do domínio material em causa.

2.2. A segunda hipótese de trabalho possível, é a situação do texto legislativo votado, mas que ainda não está promulgado pelo Presidente da República⁵⁸. A lei é uma instância de promulgação, mas ela parece quer para o Presidente da República, quer para o Primeiro-Ministro, quer para o Presidente da Assembleia da República ou quer para o Procurador Geral da República, que ela contém disposições inconstitucionais. Então, para estas personalidades, e ao abrigo dos artigos 180 e 181 da Constituição, é possível recorrer ao Conselho Constitucional e pedir que ele declare toda ou uma parte da lei inconstitucional.

2.3. A terceira situação possível é o caso em que uma lei foi aprovada e promulgada, mas o Governo apercebe-se que algumas destas disposições apresentam um carácter regulamentar. Nesta situação, o Presidente da República, o Primeiro-Ministro ou o Procurador Geral da República, poderia recorrer ao Conselho Constitucional que decidiria em última instância, perante cada uma das disposições da lei, se essa disposição é de natureza regulamentar ou se ela é de natureza legislativa. Nesta situação, o Conselho Constitucional poderia autorizar o Governo a abrogar ou a modificar as medidas, erradamente tomadas em forma de lei, por um acto regulamentar.

B – Segunda Situação

Há ausência de textos legislativos que regulamentam a matéria. A questão é a seguinte: O Governo pode intervir nestas matérias?

Pode dar-se uma resposta afirmativa a esta pergunta, por duas razões: A primeira é simultaneamente de origem lógica e jurisprudencial; sendo a segunda de origem constitucional.

1. Com base numa célebre sentença do direito administrativo francês, pode-se apresentar este primeiro elemento de resposta: Sentença do Conselho de Estado de 8 de Agosto de 1919 Labonne⁵⁹. Em 1899, o Presidente da República francesa adopta um decreto para regulamentar a circulação automóvel; aliás, o que constitui o primeiro código de estrada.

O senhor Labonne viu-se-lhe privado do seu "certificado de capacidade para a condução de

veículos automóveis", o que significa, na linguagem actual, a sua carta de condução; este último contestava a competência do Presidente da República de intervir na matéria, porque a lei confiava esta competência às autoridades departamentais e municipais. O problema era pois de saber se o Presidente da República podia intervir, na ausência de uma habilitação legislativa. O Conselho de Estado rejeitou a argumentação do queixoso e reconheceu ao Chefe de Estado um poder próprio de regulamentação. O Chefe de Estado tinha um poder próprio de política sobre o conjunto do território. Cabe, pois, ao Chefe do executivo assegurar a ordem pública⁶⁰ sobre o conjunto do território, mesmo na ausência de qualquer disposição legislativa expressa. De facto, o Chefe do executivo detem um poder próprio de regulamentação, independentemente de toda delegação legislativa. Esta concepção foi confirmada pelo Conselho Constitucional francês, em 1987⁶¹, em que a alta jurisdição decidiu "que o artigo 34 da Constituição não retirou ao Chefe do Governo as atribuições de polícia geral que ele exercia anteriormente, em virtude dos seus próprios poderes e fora de toda habilitação legislativa". A transposição de tal princípio geral do direito administrativo francês em direito administrativo moçambicano é totalmente admissível para fundamentar uma intervenção do poder regulamentar nesta matéria. Assim, do nosso ponto de vista, o Governo moçambicano, na ausência de intervenção prévia do legislador, pode adoptar regulamentos da sua própria iniciativa em matéria de polícia administrativa geral ou para assegurar o bom funcionamento dos serviços colocados sob a sua autoridade. Por outras palavras, trata-se de assegurar as condições necessárias para a continuidade da vida nacional, isto é, a manutenção da ordem pública e a bom desenrolar dos serviços públicos e isto independentemente das prescrições formais do legislador. Este argumento da "necessidade regulamentar" do poder executivo e a fortiori válido em casos de circunstâncias excepcionais (tempo de guerra)⁶².

2. Os Argumentos Constitucionais Neste Sentido

2.1. Antes de examinar o texto constitucional, convém assinalar que se considerarmos fun-

dada a interpretação precedente relativa à definição e aos limites do domínio de acção do poder legislativo, podemos interrogar-nos para saber se a forma da norma de carácter genérico que é relativa a uma questão básica da política interna e externa do país, é da competência exclusiva do legislador.

Na Constituição moçambicana nada proíbe o poder regulamentar de adoptar normas de carácter genérico sobre questões básicas da política interna e externa do país. Por um lado, os artigos 133 e 135 da Constituição não estabelecem uma competência exclusiva do legislador na utilização da forma da norma de um carácter genérico sobre questões básicas da política interna e externa do país. Do nosso ponto de vista, há uma verdadeira concorrência na escolha da formulação da regulamentação entre o poder legislativo e o poder regulamentar. Com efeito, nada impede ao poder regulamentar no âmbito do artigo 152 de adoptar normas com carácter genérico senão a habilitar tal ou tal ministro a adoptar diplomas ministeriais para assegurar a realização da norma geral e impositiva.

2.2. O artigo 152 estabelece claramente "1. O Conselho de Ministros assegura a administração do país, garante a integridade territorial, vela pela ordem pública e pela segurança e estabilidade dos cidadãos, promove o desenvolvimento económico, implementa a acção social do Estado, desenvolve e consolida a legalidade e realiza a política exterior do país". Em primeiro lugar, pode-se realçar que em nenhuma ocasião o artigo 152 comporta o termo de lei que deixaria supor uma certa relação de subordinação no procedimento de produção normativa. A segunda observação é que o texto emprega os termos de "assegura" à administração do país, "vela" pela ordem pública, "promove" o desenvolvimento económico, "implementa" a acção social do Estado, "desenvolve" e "consolida" a legalidade e "realiza" a política exterior do país. Todos os verbos estão no presente do indicativo, o que significa obrigação de fazer. Nesta actividade material que se lhe impõe, o governo pode regulamentar por via de normas gerais e impessoais, e isto mesmo na ausência de uma lei. Tomemos o caso da ordem pública. O governo tem a obrigação de assegurar a ordem pública e isto em virtude do número 1 do artigo 152 e da ali-

nea b) do número 1 do artigo 153 da Constituição. De um ponto de vista prático, se a necessidade de assegurar a ordem pública surge entre duas sessões da Assembleia da República e que não haja nenhum texto legislativo no domínio em que o Governo quer ou deve regulamentar.

Que deve fazer o Governo⁶³? Deveria esperar por uma lei que lhe habilitaria a intervir neste domínio: Deve-se interpretar o texto no sentido de dar-lhe a sua plena eficácia, o que quer dizer que há possibilidade, através do poder regulamentar, de intervir nestas matérias na ausência de uma regulamentação legislativa. Aqui, poderíamos tornar nossas as célebres conclusões do comissário do Governo Romeu quando do Processo da "Société Immobilière de St-Just" concernente ao recurso à execução forçada, em direito administrativo francês, para ilustrar esta necessidade prática de acção do poder regulamentar: "É essência própria do papel da administração agir imediatamente e empregar a força pública sem prazo nem procedimento, desde que o interesse imediato da conservação pública o exija; quando a casa arde, não nos dirigimos ao juiz para pedir autorização de chamar os bombeiros"⁶⁴.

A esta necessidade prática pode acrescentar-se uma interpretação formal. Da expressão "desenvolve e consolida a legalidade" pode deduzir-se um índice deste poder de regulamentação fora de uma regulamentação legislativa. O constituinte moçambicano não emprega somente "consolida" o que poderia levar a crer que devia existir um texto legislativo para fundamentar a sua acção porque só é possível "consolidar" uma causa já existente. Mas o constituinte moçambicano utiliza o termo "desenvolve" que leva a supor que tem a competência de intervir pela sua própria iniciativa fora de um texto legislativo para desenvolver a legalidade que deve ser interpretado aqui como o ordenamento jurídico moçambicano.

Mas estas interpretações podem ser contestáveis e devem ser apoiadas pela interpretação do artigo 153 da Constituição. Com efeito, o artigo 153 é mais explícito que o artigo 152. Tomemos as alíneas e) h) e i) do número 1 para fundamentar a nossa argumentação. A alínea e) do número 1 do artigo 153 precisa "Compete, nomeadamente, ao Conselho de Ministros: e) promover e regulamentar a actividade econômi-

ca e dos setores sociais". Nesta alínea, o constituinte moçambicano emprega o termo "regulamentar". O Conselho de Ministros pode regulamentar a actividade económica e a dos setores sociais. Não podemos ser mais explícitos. O texto constitucional dá ao Conselho de Ministros a possibilidade jurídica de intervir diretamente nestes setores determinados, sem a existência preliminar de um texto legislativo. Quais são os setores sociais? A Constituição dá alguns exemplos na sua alínea h) do número 1 do artigo 153 "os setores sociais do Estado, em especial a educação e a saúde". Poderíamos aproximar a alínea h) da i) que está redigida nos seguintes termos: "dirigir e promover a política de habitação" que é também um setor social.

Assim, pode-se interpretar esta redação como dando competência ao Conselho de Ministros de regulamentar os setores da educação, da saúde e da habitação. Neste estágio da análise, podem-se fazer duas observações. A primeira é referente ao termo "nomeadamente" no início da redação do artigo 153 da Constituição. A segunda abrange a relação "setores sociais" da alínea e) do número 1 do artigo 153 e "questões básicas da política interna e externa do país". Com efeito, o início do artigo 153 precisa "1. Compete, nomeadamente, ao Conselho de Ministros...". Isto significa, em primeiro lugar, que os domínios de intervenção do Conselho de Ministros não é limitado e, por isso, pode estender-se a outras matérias. Se mantivermos esta posição, isso quer dizer também que a competência formal que ele detém de regulamentar, essencialmente em virtude da alínea e) do número 1 do artigo 153 pode estender-se a outros domínios sem que possamos distinguir os limites formais. Aliás, cabe aos setores sociais e a alínea h) do número 1 do artigo 153 emprega o termo "em especial" o que significa que é possível ao Conselho de Ministros regulamentar outros setores que os da educação, saúde e da habitação.

A segunda observação é relativa à relação das expressões "setores sociais" da alínea e) do número 1 do artigo 153 e "questões básicas da política interna e externa do país" do número 1 do artigo 135. A aproximação destas duas expressões realça a possível concorrência da produção normativa do legislador e do poder regulamentar. Com efeito, como não compreender na locução "questões básicas" os termos "setores

sociais"? Os setores sociais estão evidentemente integrados nas questões básicas da política interna. Assim, pode-se realçar, por um lado, a verdadeira concorrência ao nível da produção normativa, e, por outro lado, o fundamento formal destas competências. Enfim, se os setores sociais são questões básicas, o Conselho de Ministros pode regulamentar questões básicas da política interna e externa do país que não são, então, da competência exclusiva do legislador.

Esta interpretação literal do texto constitucional parece estar fortificada pela observação e análise da prática do poder regulamentar na matéria. A exposição de alguns exemplos significativos recentes bastará para demonstrar a adequação entre a carta constitucional e a prática regulamentar.

O primeiro é referente à criação da Instituição Nacional de Transportes. Após a exposição dos motivos que fundamenta a decisão da criação deste organismo, o decreto do Conselho de Ministros expõe o fundamento jurídico da sua competência regulamentar: "Nestes termos, ao abrigo da alínea d) do n.º 2 do artigo 153 da Constituição da República, o Conselho de Ministros decreta:..."⁶⁵.

O segundo é relativo à criação do Instituto de Cereais de Moçambique⁶⁶. Afim de assegurar a realização concreta da política do Estado no quadro da promoção e da comercialização dos cereais e de outros produtos agrícolas, o poder regulamentar foi levado a criar uma instituição encarregue de "assegurar o fomento da produção e da comercialização de cereais e outros produtos agrícolas, bem como realizar ações que visem garantir a segurança alimentar e a gestão de reservas estratégicas"⁶⁷. O fundamento jurídico deste decreto consta na última alínea da exposição dos motivos: "Nestes termos, ao abrigo da alínea e) do n.º 1 do artigo 153 da Constituição da República, o Conselho de Ministros decreta:..."

O último exemplo⁶⁸, é relativo à modificação da regulamentação fiscal sobre os combustíveis⁶⁹. Perante a necessidade de proceder a um ajuste das taxas em matéria de combustíveis, o Conselho de Ministros adopta um decreto cujo fundamento jurídico não faz nenhuma dúvida quanto à sua forma: "no uso das competências conferidas pela alínea e) do artigo 153 da Constituição, decreta:..."

Nestes exemplos diferentes, extraídos da prática regulamentar moçambicana, o único fundamento jurídico da competência do autor do acto é com certeza o contexto constitucional, essencialmente estas alíneas e) do número 1 do artigo 153 e d) do número 2. Assim, verifica-se a adequação entre a interpretação literal da Constituição e a prática concreta do poder regulamentar na matéria.

C — Terceira e Última Situação

O governo adopta um regulamento em qualquer matéria sem que uma lei regule previamente a matéria e o legislador decide intervir na regulamentação desta matéria.

1. Deve-se lembrar previamente, quais os problemas relacionados com a natureza da lei e o seu domínio de intervenção — "carácter genérico" e "questões básicas" — que se podem colocar.

2. Mas independentemente destes problemas já tratados, é na realidade o problema da hierarquia das normas — lei, deliberação e regulamento — que está em causa. Não é possível apoiar a teoria do regulamento autónomo porque nenhuma matéria escapa totalmente à competência do legislador. Com efeito, uma das características principais dos "regulamentos autónomos" é que o poder regulamentar, de que eles são os vetores formais, exerce-se de modo independente da lei nos domínios que lhe são reservados⁷⁰. O regulamento será superior à lei? A nova lei poderá modificar o regulamento já adoptado?

A meu ver, em direito moçambicano deve adoptar-se uma hierarquia de normas de tipo tradicional e reconhecer à lei ou à deliberação uma autoridade superior a do regulamento. Nesta perspectiva, a lei ou a deliberação podem modificar ou anular um regulamento. A lei mantém-se em relação às regras editadas pelo poder regulamentar a norma superior; "se o regulamento contrariar uma lei, é ilegal"⁷¹. A Constituição moçambicana parece orientar-se nesta direção, contudo com uma crítica que diz respeito à redação do texto. Com efeito, o artigo 150 da Constituição moçambicana estabelece: "Na sua atuação, o Conselho de Ministros observa as decisões do Presidente da República e as deliberações da Assembleia da República"⁷².

Por outras palavras, este artigo estabelece uma hierarquia das normas; o Conselho de Ministros "observa" — verbo observar, na sua significação de levar a cabo o que está prescrito, o tempo presente, o que quer dizer que é imperativo; o Conselho de Ministros deve observar, deve levar a cabo o que está prescrito — as deliberações da Assembleia da República. Assim, parece estabelecer-se uma hierarquia entre as normas com proeminência da lei ou da deliberação sobre o regulamento. Contudo, deve-se fazer uma observação relativamente ao número 1 do artigo 150.

Assim, no termo desta demonstração, podemos circunscrever as áreas de acção respectivas do poder legislativo e do poder regulamentar moçambicano.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 P. Devolve, *L'acte administratif*, Éd. Sirey, Paris, 1983, nº 281.
- 2 D. Freitas do Amaral, *Direito administrativo*, Vol. III, Lisboa 1989, nº 60; M. Caetano, *Manual de direito administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1990, nº 99 e 193.
- 3 G. Vedel, e P. Devolve, *Droit administratif*, Vol. I, P.U.F., 12 éd. 1992, p. 279
- 4 Sobre exemplos em direito administrativo francês: C.E. 17 de Dezembro de 1948, Azoulay, RDP 1949, p. 76, nota M. Waline; 23 de Maio de 1951, Syndicat intercommunal de Plombières-Les-Dijon, CJEG, 1951 p. 384.
- 5 "A *usurpação de poder*", escreve Diogo Freitas do Amaral, "é o vício que consiste na prática por um órgão de Administração de um acto incluído nas atribuições do poder legislativo ou do poder judicial", *Direito administrativo*, Vol. III, op. cit., p. 295.
- 6 J. Rivero e J. Waline, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 14ème éd., 1992, nº 52 e s.; A de Laubadere, *Traité de droit administratif*, LGDJ, Paris, 1980, nº 84 et s.; B. Chantebout, *Droit constitutionnel et Science politique*, A. Colin, Éditeur, Paris, 1991, p. 401 e s. e 574 et s.; G. Vedel e P. Devolve, *Droit administratif*, Vol. I, op. cit., p. 52 e s., p. 326 e s.; J. Moreau, *Droit administratif*, P.U.F. 1989, nº 74 e s.; R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1/6ème Ed. Montchretien E.J.A., 1992, nº 73 e s.
- 7 G. Vedel e P. Devolve, *Droit administratif*, Vol. I, op. cit., p. 25.
- 8 Artigo 21 da Constituição da 1958: "O Primeiro-Ministro dirige a acção do Governo. Será responsável pela defesa nacional. Garantirá a execução das leis. Sem prejuízo das disposições do artigo 13, exercerá o poder regulamentar e efetuará nomeações para os postos civis e militares...".
- 9 B. Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, op. cit., p. 377.
- 10 B. Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, idem, p. 378.
- 11 B. Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, ibid., p. 395.
- 12 Trataremos o problema colocado de um ponto de vista exclusivamente jurídico. A questão de saber se o poder dominante deve ser o poder legislativo ou o poder executivo, se o Parlamento deve limitar-se a controlar o Governo ou se deve imiscuir-se na acção governamental e aí tomar iniciativas, "é uma questão política (M. Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*, Ed. Librairie du Recueil Sirey, 2ème ed. 1929, p. 383) à qual nos reservamos de responder.
- 13 *Dicionário da Língua Portuguesa*, 7.ª Ed. Porto Editora, ver *Nomeadamente*; *Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa*, 4.ª Ed., Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1976, Ver *Nomeadamente*.
- 14 Do mesmo modo, artigo 1.2 do Regulamento Interno da Assembleia, Resolução nº 7/91, B.R., 12 de Dezembro de 1991, I Série — Nº 50.
- 15 J. Melo Franco e Antunes Martins, *Dicionário de conceitos e princípios jurídicos*, e Ed. Livraria Almedina, 1993, Ver *Deliberação*.
- 16 M. Caetano, *Manual de direito administrativo*, Vol. I, op. cit., nº 93.
- 17 Por exemplo, o termo "*deliberação*" é utilizado para designar a reunião de uma sociedade comercial ao longo da qual é nomeado o Conselho de Administração desta mesma sociedade.
- 18 Em último recurso, seríamos tentados a aconselhar a supressão do termo "*deliberação*" do texto constitucional que é, si mesmo, um factor de confusão e não acrescenta nada de concreto aos conceitos já utilizados pelo constituinte moçambicano.
- 19 J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 5ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1992, p. 944.
- 20 J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, ibid., p. 945.
- 21 J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, idem, p. 945.
- 22 Artigo 172/3 e 224/4.
- 23 Artigo 172/2 e 229/4.
- 24 Artigo 169/6, 182/3/f.
- 25 Artigo 169/5 e 6.
- 26 Artigo 169/5. Isto explica-se mesmo pelo facto de a origem das resoluções consideradas como constitutivas de acto puramente interno do órgão de soberania que as adopta.
- 27 J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, ibid., p. 945.
- 28 J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, ibid., p. 946.
- 29 P. Devolve, *L'acte administratif*, op. cit., nº 149 e s..
- 30 P. Devolve, *L'acte administratif*, ibid., nº 134.
- 31 Por exemplo, ver Moção: Concernente ao agradecimento à deferência de Sua Excelência o Presidente da República e louvor ao Conselho de Ministros,

- especialmente ao Primeiro-Ministro, B.R., 6 de Janeiro de 1993, I Série — Nº 1; moção: sobre a Lei Eleitoral, B.R., 12 de Janeiro de 1994, I Série — nº 2.
- 32 Por exemplo, A.R. Resolução nº 9/92: Ratifica, na República de Moçambique, a Convenção que institui a Agência Multilateral de Garantias e Investimentos, bem como a adesão de Moçambique a esta Agência, B.R., 25 de Setembro de 1992, I Série — Nº 39.
- 33 Bem como a alínea k) do número 2 do artigo 5 do Regulamento Interno da Assembleia da República.
- 34 Nesta última hipótese encontra-se o conteúdo original da noção entanto que constituindo "*um acto puramente interno do órgão de soberania*", J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, op. cit., p. 945.
- 35 Por exemplo, Resolução nº 7/93: Atinente à apreciação pela Assembleia da República da Informação do Governo sobre a Implementação do Acordo Geral de Paz de Moçambique, assinado em Roma a 4 de Outubro de 1992, B.R. de 15 de Junho de 1993, I Série — Nº 23.
- 36 O número 1 do artigo 124 da Constituição.
- 37 J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, op. cit., p. 945.
- 38 J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, op. cit., p. 946.
- 39 Moção: Concernente ao agradecimento à deferência de Sua Excelência o Presidente da República e o louvor ao Conselho de Ministros, especialmente ao Primeiro-Ministro, B.R., 6 de Janeiro de 1993, I Série — nº 1.
- 40 Resolução nº 7/93: Atinente à apreciação pela Assembleia da República da Informação do Governo sobre a Implementação do Acordo Geral de Paz de Moçambique, assinado em Roma a 4 de Outubro de 1992, B.R. 15 de Junho de 1993, I Série — 23.
- 41 J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, op. cit., p. 945.
- 42 Tal controle havia sido desejado pela doutrina portuguesa, Ver, J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, ibid., p. 945.
- 43 Entende-se, geralmente, por "*genérico*" todo termo que contém um sentido geral, comum, Ver, *Dictionnaire de didactique des Langues*, Librairie Hachette, 1976, Ver *Générique*; Le Petit Robert, *Dictionnaire de la Langue Française*, Ver *Générique*.
- 44 Artigo 180 e a alínea b) do número 1 do artigo 181 da Constituição.
- 45 Até agora o Conselho Constitucional ainda não foi criado materialmente. Contudo, deve precisar-se que segundo o artigo 202 da Constituição que diz que "*até a entrada em funcionamento do Conselho Constitucional, as suas competências são exercidas pelo Tribunal Supremo*".
- 46 Assim como, o número 1 do artigo 5 do Regulamento Interno da Assembleia da República. Encontramos a mesma formulação na Constituição de 25 de Junho de 1975, artigo 44 a).
- 47 Assim como o artigo 6 do Regulamento Interno da Assembleia da República.
- 48 Sobre o regime das sessões, ver artigo 7 do Regulamento Interno da Assembleia da República.
- 49 Uma excepção notável é a do Parlamento Europeu que se reúne em sessão anual e contínua, J. Motade Campos, *Direito comunitário*, v. I, 6ème ed., Ed. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 338 e s.
- 50 Entenderemos por "*poder regulamentar*", "o poder de elaborar regulamentos, isto é, de tomar decisões executórias de carácter geral e impessoal (G. Vedel e P. Devolve, *Droit administratif*, Vol. I op. cit., p. 326) ou, noutros termos, "*a competência atribuída ao poder executivo para editar unilateralmente actos com abrangência geral*" (J. Moreau, *Droit administratif*, op. cit., p. 104); J. Rivero e Waline, *Droit administratif*, op. cit., nº 65; D. Freitas do Amaral, *Direito administrativo*, Vol. III, op. cit., p. 41 e s. Sobre a noção de "*Regulamento*", ver D. Freitas do Amaral, *Direito administrativo*, Vol. III, idem p. 13 e s.
- 51 Sobre a distinção, ver D. Freitas do Amaral, Vol. III, op. cit., p. 18 e s.
- 52 Sobre a noção, ver M. Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*, Ed. Librairie du Recueil Sirey, 2ème ed. 1929, p. 376 e s.
- 53 A noção de execução das leis, como lembra Georges Vedel, é muito mais rica do que parece à primeira vista e comporta diversas missões a cargo do poder executivo: a publicação das leis e a chamada de atenção das suas disposições, o emprego da obrigação para assegurar a execução, a execução das leis na realização das tarefas que elas confiam ao Governo, a manutenção da ordem pública e o funcionamento dos serviços públicos. (G. Vedel e P. Devolve, *Droit administratif*, Vol. I, op. cit., p. 28 e s.).
- 54 Sobre a natureza destes regulamentos, ver D. Freitas do Amaral, *Direito administrativo*, Vol. III, op. cit., nº 3 e s; M. Caetano, *Manual de direito administrativo*, Vol. I, op. cit., nº 44. Por exemplo, no Direito moçambicano das telecomunicações, a lei nº 22/92: Define as bases gerais a que obedecerá o estabelecimento, gestão e exploração das infra-estruturas e serviços de telecomunicações, B.R., 31 de Dezembro de 1992, I série, nº 53 é acompanhada do seu "*Regulamento Básico*", Conselho de Ministros, decreto nº 23/93: Aprova o Regulamento Básico de utilização de rádio-comunicações, B.R., 5 de Outubro de 1993, I série, nº 39.
- 55 As alíneas b) e c) do artigo 137 da Constituição, as alíneas b) e c) do artigo 18 do Regulamento Interno da Assembleia da República.
- 56 Em virtude do artigo 183 da Constituição.
- 57 Artigo 180 da Constituição.
- 58 Ao abrigo do número 1 do artigo 124 da Constituição "Compete ao Presidente da República promulgar e mandar publicar as leis no Boletim da República".
- 59 Rec. 737.

- 60 Deve considerar-se a ordem pública na acepção administrativa do termo, isto é como sendo constituído por um certo mínimo de condições essenciais para uma vida social conveniente, ver, G. Vedel e P. Devolve, *Direito administrativo*, Vol. I, op. cit., p. 31.
- 61 C.C. Nº 87-149 L. 20 de fevereiro 1987, Rec. 22.
- 62 Ver, M. Long e Al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 10^{ème} ed., Éd. Dalloz, 1993, p. 183 et s.
- 63 O problema colocava-se em termos diferentes na Constituição de 25 de Junho de 1975 pois a Comissão Permanente da Assembleia Popular podia assegurar a função de Assembleia Popular entre os períodos da sessão da Assembleia (ver artigo 51).
- 64 T.C. de 2 de Dezembro de 1902, *Société immobilière de St-Just*, Rec. 713; D.P. 1903.3.41, note Hauriou.
- 65 Decreto nº 5/93: Cria o Instituto Nacional de Viação, B.R., 15 de Abril de 1993, I Série — Nº 15.
- 66 Decreto nº 3/94: Cria o Instituto de Cereais de Moçambique, B.R., 11 de Janeiro de 1994, 2º Suplemento, I Série — Nº 1.
- 67 Artigo 1 do Decreto nº 3/94: Cria o Instituto de Cereais de Moçambique.
- 68 Poderíamos citar outros exemplos tais como a criação do Fundo Nacional do Turismo (Decreto nº 10/93: Cria o Fundo Nacional do Turismo, B.R., 22 de Junho de 1993, 4º Suplemento, I Série — Nº 24; A modificação dos estatutos do Fundo de Fomento à Pequena Indústria aprovados pelo Decreto nº 3/90, de 12 de Março, B.R., 11 de Janeiro de 1994, Suplemento, I Série — Nº 1.
- 69 Decreto nº 8/93: Procede ao ajustamento das taxas constantes da tabela anexa ao Regulamento do Imposto sobre os Combustíveis, B.R., 15 de Junho de 1993, Suplemento, I Série — Nº 23.
- 70 R. Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., nº 701 e s.; D. Freitas do Amaral, *Direito administrativo*, Vol. III, op. cit., p. 20 e s. e 33 e s.
- 71 D. Freitas do Amaral, *Direito administrativo*, Vol. III, op. cit., p. 17 e 33.
- 72 Se encontrarmos a mesma formulação na Constituição de 25 de Junho de 1975. Os fundamentos não são exatamente os mesmos. Na Constituição de 25 de junho de 1975, o Presidente da República, embora nomeie o Primeiro-Ministro (a alínea b) do artigo 54), é organicamente diferenciado do Conselho de Ministros (Artigo 59). Na Constituição moçambicana de 30 de Novembro de 1990, não existe uma diferenciação orgânica propriamente dita, pois o Presidente da República é o "Chefe do Governo" (o número 3 do artigo 117). O fundamento e a própria existência do número 1 do artigo 150 só se pode conceber e justificar-se por um desdobramento da função do órgão presidencial que pode agir como "Chefe do Estado" (Artigo 120), mas também como "Chefe do Governo" (Artigo 121). Na área reservada à actividade do Presidente da República como "Chefe de Estado", o Governo deve "observar" as decisões do Presidente que não foram tomadas a título de "Chefe do Governo", mas a título de "Chefe de Estado".

Reflexões Sobre a Interpretação Literal de Normas no Direito Tributário

ÍGOR DANILEVICZ

Professor de Direito Tributário da PUCRS e UFRGS.
Mestrando em Direito na PUCRS

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Breves Considerações Sobre a Idéia de Sistema; 3. Sistema x Literalidade; 4. Algumas Decisões Sobre a Matéria; 5. Conclusões.

RESUMO

O problema da interpretação literal no Direito Tributário. É possível sua utilização exclusiva em determinados casos apontados na lei? Sistema versus Literalidade. Decisões sobre a matéria.

ABSTRACT

The problem of literal interpretation in Law Tax. Is it possible your exclusive utility in any cases indicated in the law? System versus Literal Method. Decisions about the subject.

1. INTRODUÇÃO

A proposta de reflexão — como o título está a indicar —, não foi outra do que a fixação do sentido e alcance do disposto no artigo 111 do Código Tributário Nacional — Lei nº 5.172, de 25-10-1966 —, *verbis*: "Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II — outorga de isenção; III — dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias."

Delimitado o objeto de nossa análise, faz-se imperativo tecer algumas considerações hermenêuticas preliminares. Assim, "a *Hermenêutica* tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decor-

rentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito de sua aplicação: a *Interpretação*, por meio de regras e processos especiais, procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a *Aplicação* das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos e assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam."¹

Considerando a complexidade, a abrangência da vida, e as experiências como um todo, devemos interpretar a simbologia posta para interagirmos com o meio e as pessoas. A simbologia aqui, deverá ser entendida na forma mais ampla possível que a acepção da palavra permita, inclusive o silêncio — eis que até ele se interpreta, como afirma Emilio Caldara ("Interpretare è definire il significato di qualche cosa — azione, leggi, contratti, parole, ecc. Tutto si può interpretare e in ogni modo: si interpretano i concetti e le intenzione, si interpretano gli indizi, si interpreta anche il silenzio.")² Nada demasiado termos à mão, além da lingüística, a semiologia jurídica.

É neste contexto que será feita a investigação sobre este que é um dos mais debatidos enunciados do Sistema Tributário, despertando controvérsias não raro por equívocos na definição dos seus termos.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A IDÉIA DE SISTEMA

Da observação da norma suso mencionada, pretende-se chegar a uma interpretação “conforme” o sistema jurídico. Ou, como disse Ludwig Enneccerus, “interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente ‘tornar claro’ o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.”³

Depreende-se da maciça doutrina hermenêutica, que a *utilização exclusiva* do método de “interpretação literal” é inadequada ou imprópria. Afirmar sua possibilidade de uso absoluto é sofismar — é assistemático.⁴ Com base nesta afirmação *a priori*, tentaremos desenvolver e comprovar no presente trabalho a sua validade — enquanto proposição de uma lógica intra-sistêmica.⁵

Importante ressaltar que, ao utilizarmos a expressão sistema, também temos presente um pensamento sistemático. Características inerentes são a adequação valorativa e unidade interior do Direito, sintetizadas nas expressões ordem e unidade. Então chegaremos a uma definição de sistema jurídico como ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais, moldada por Canaris.⁶

Visto por outro ângulo, poderemos dizer que um sistema jurídico não é meramente formal ou dedutivo. Neste sentido convém trazer à colação a preciosa observação de Norberto Bobbio, para quem “Num sistema dedutivo, se aparecer uma contradição, todo sistema ruirá. Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, em caso de incompatibilidade de duas normas, não mais a queda de todo o sistema, mas somente de uma das normas ou no máximo das duas.”⁷

Deste modo concebido o Direito em sua dinamicidade, resulta claro, em todos os seus ramos, que, para utilizar expressão consagrada, não devemos interpretar o fenômeno jurídico em tiras. O que poderá ocorrer, quando alguém busca o sentido possível de uma regra, analisando-a isoladamente, sem tentar encontrar seu elemento teleológico e, por conseguinte, ignorando o sistema? Poderá ser dada à literalidade um sentido que o legislador certamente não pretendeu, qual seja, o de leitura isolada do comando

legal, quando literalidade parece querer dizer apenas interpretação o mais restritiva possível.

De outra parte, surge a questão das contradições de valores e de princípios, que Canaris chama de aparentes “quebras no sistema”.⁸ O disposto no artigo 111 do Código Tributário Nacional parece se aproximar disto. De um lado, temos, no Direito posto, a determinação de utilização do método literal, quando se tratar de alguma das hipóteses ali previstas, I — suspensão ou exclusão do crédito tributário; II — outorga de isenção; e III — dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. De outra parte, a hermenêutica jurídica demonstrando que a interpretação literal não constitui no único passo, senão o primeiro. A literalidade, quando muito, corresponderá a um *prius* lógico; e a exegese sistemática, um *posterius* necessário. Norberto Bobbio chama a isto de antinomia imprópria, da espécie que sucede entre princípios. Neste caso, haveria valores contrapostos. No assunto em tela, a norma indicada pelo Direito Tributário Positivo, opondo-se aparentemente à indicação da Ciência do Direito. No entanto, trata-se de uma antinomia “solúvel”, sendo que “a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das normas. O jurista e o juiz tendem, tanto quanto possível, à conservação das normas dadas.”⁹

Se a diagnose estiver correta, o remédio a esta “quebra no sistema” será a interpretação literal iluminada pela exegese sistemática.¹⁰

3. SISTEMA X LITERALIDADE

Depreende-se, de uma forma ou de outra, que a utilização exclusiva do método literal de interpretação torna-se inadequado. Por que? Porque a percepção do Direito, enquanto sistema, dificultaria uma postura que podemos chamar de isolacionista. Esta expressão é aqui utilizada, para considerar aquela posição em que eventualmente o intérprete, colocar-se-ia diante do caso concreto e da regra investigada. Não negamos a abstração das demais regras do sistema, para através de um “isolamento” identificarmos a regra aplicável ao caso concreto. Entretanto, tal abstração antes pressupõe do que exclui a utilização da totalidade do sistema à obtenção da regra aplicável à espécie. Neste sentido é que

o saudoso e venerável Alfredo Augusto Becker asseverou que, “a regra contida na lei (fórmula literal legislativa) é a resultante lógica de um complexo de ações e reações que se processam no sistema jurídico onde foi promulgada. A lei age sobre as demais leis do sistema, estas, por sua vez, reagem; a resultante lógica é a verdadeira regra jurídica da lei que provocou o impacto inicial.”¹¹ Ora, se é falsa a resultante lógica que conclui a partir da interpretação da “fórmula literal legislativa” isolada, não podemos dizer o mesmo quando a ilação resulta das ações e reações oriundas do “sistema” — ou ocorridas dentro do sistema. Nenhuma dedução de veracidade ou falsidade — resultando num sentido apropriado para a vida real — advirá se a mesma tiver origem fora do sistema. Ou seja — inevitável ser tautológico para clareza deste ponto —, a conclusão válida resultará necessariamente de uma *lógica intra-sistêmica*. Para que obtenhamos a “regra jurídica” — aplicável ao caso concreto —, resultante da dinâmica imposta ao processo hermenêutico — ação e reação —, faz-se mister a compreensão de totalidade do “sistema jurídico”. Assim, levaremos em conta, por exemplo, os diversos princípios, institutos e categorias deste, cujos elementos integram o modelo em questão. Ou como disse Emilio Betti: “*non può limitarsi a considerarne separatamente le parti in cui si articola, ma deve metterle in correlazione fra loro secondo il canone della totalità.*”¹²

Esta dialética é imposta ao hermeneuta, justamente pela pluralidade do sistema. Das diversas teses e antíteses, extrairá a síntese. O que entendemos impossível, se ao invés da pluralidade dos elementos do sistema, o exegeta trabalhase na singularidade de uma “fórmula literal legislativa”. Na particularidade excludente, não haveria dinâmica, mas regra jurídica estática. Haveria regra jurídica e vácuo jurídico circundante.

Em que pese o Código Tributário Nacional — logo, também seu artigo 111 —, ter-se integrado ao ordenamento jurídico no dia 01-01-1967 — data do início de sua vigência, conforme previsto no artigo 218 do referido diploma legal —, certamente o pensamento jurídico de então não infirmava a idéia de sistema. Porém, ainda que se sustentasse o contrário, a dinamicidade do Direito importaria mudanças. Neste sentido, lem-

bra o filósofo Miguel Reale que, “as transformações havidas no mundo dos valores ou das valorações podem importar em interpretação nova e imprevista do mesmo texto legal, ainda que este continue formalmente imutável.”¹³

Conforma este entendimento o pensamento do tributarista Carlos da Rocha Guimarães. Tratando da interpretação literal prevista no artigo 111, notadamente acerca do inciso II, afirma que tal comando “não quer realmente negar que se adote, na interpretação das leis concessivas de isenção, o processo normal de apuração compreensiva do sentido da norma, mas simplesmente impedir que se estenda a exoneração fiscal a casos semelhantes, alargando, além do seu exato limite, o que diz a letra da lei, sem, no entanto, deixar de incluir, na interpretação do texto legal, todos os casos que a sua significação indica como nele incluídos, sem o que a própria letra da lei também estaria ferida, e a exoneração, assim truncada, ficaria sem sentido.”¹⁴

Qualquer que seja a nossa opção — entre vontade do legislador ou espírito da lei —, o seu fundamento deverá estar alicerçado em bases jurídico-epistemológicas sólidas. O que será obtido através da análise crítica das estruturas e elementos inerentes daquela premissa eleita. A bipolaridade *mens legislatoris* — *mens legis* é real ou aparente? É uma separação didática e de possível coexistência dentro do sistema jurídico?¹⁵

Não nos parece que o intérprete deva fazer *tabula rasa*, relativamente às “teorias relativas ao escopo próprio da interpretação”, quando da utilização dos tradicionais métodos de interpretação (gramatical, sistemático e teleológico). Karl Engisch nos ensina, que o casamento entre a determinação objetivista ou subjetivista do escopo interpretativo, com os tradicionais métodos de interpretação, será salutar. Somente assim poderão ser obtidas decisões seguras.¹⁶

No que tange à análise histórica de uma lei, nosso ponto de partida poderia ser o pensamento de então do legislador. Não olvidando a complexidade do pensamento humano — o legislador e seu pensamento de então —, teríamos inevitavelmente de analisar outros aspectos. Dentre os quais, os fatos contemporâneos ao legislador. A situação sócio-econômica dele e do destinatário da regra; só para falar em alguns, pois admitimos como relevantes outros inúmeros fatos con-

textuais — presente a natureza complexa do ser humano, não podemos resumir-lo simplesmente a determinados aspectos, tais como: econômico, religioso, etc., sob pena de chegarmos a uma conclusão falsa. Neste sentido, o aspecto voluntarista tem demonstrado sua importância.

Lembremos, a propósito, da problemática envolvendo o representante comercial e a Lei nº 7.713, de 22-12-1988, *verbis*:

“Art. 51. A isenção do imposto de renda de que trata o art. 11, item I, da Lei nº 7.256, de 27-11-1984, não se aplica à empresa que se encontre nas situações previstas no art. 3º itens I a V, da referida Lei, nem às empresas que prestem serviços profissionais de corretor, despachante, ator, empresário e produtor de espetáculos públicos, cantor, músico, médico, dentista, enfermeiro, engenheiro, físico, químico, economista, contador, auditor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, ou assemelhados, e qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.”

Do dispositivo mencionado, e do sistema em geral, não se infere a quebra da isenção tributária à atividade de representante comercial. Entretanto, posteriormente, foi expedido o Ato Declaratório Normativo CST nº 24, de 13-12-89, que definiu:

“Declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal e demais interessados, que a atividade de representação comercial, na intermediação de operações por conta de terceiros, por ser assemelhada à de corretagem, exclui a sociedade que a exerce dos benefícios concedidos à microempresa.”

E o Ato Declaratório Normativo CST nº 25, de 13-12-1989, diz:

“Declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal e demais interessados, que o representante comercial que exerce exclusivamente a mediação para a realização de negócios mercantis, como a define o art. 1º da Lei nº 4.886, de 09-12-1965, terá seus rendimentos tributados na pessoa física do beneficiário, uma vez não a tenha praticado por conta própria. Irrelevante a existência de registro como fir-

ma individual na Junta Comercial e no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda.”

A análise e comparação simples de tais regramentos demonstra que a Lei nº 7.713/88, em seu texto — apesar de ter sido transcrito somente o art. 51 — não contempla a atividade de representante comercial como passível de tributação pelo imposto de renda. Porém, o Fisco Federal, ao interpretar o texto legal, lançou mão da expressão “corretor... ou assemelhados” — art. 51, Lei nº 7.713/88 —, e concluiu pela eleição do representante comercial como contribuinte do referido imposto. Ressaltamos que o presente desenvolvimento restringe-se ao título proposto. Entretanto, não invalidamos a argumentação possível envolvendo o *princípio de estrita legalidade tributária* (artigo 150, inciso III, alínea “b” da Constituição Federal); proibição/limitação da *analogia* em direito tributário (artigo 108, inciso I, e § 1º do Código Tributário Nacional); *analogia por compreensão* (interpretação extensiva) ou *analogia por extensão* (analogia propriamente dita); só para citar algumas.

Mas, qual foi o pensamento do legislador histórico? Tributar tal atividade? Para buscarmos a *mens legislatoris* — e considerando que o “tempo não pára” —, devemos lançar mão de todos os elementos possíveis. De tudo que tenha estado o mais próximo possível do íntimo do legislador histórico. Relativamente ao exemplo em questão, “buscou-se” o pensamento do legislador através do Diário do Congresso Nacional — Seção I, pp. 3.321 — 3.324 —, do dia 21-9-1988, que traz na íntegra o Projeto de Lei nº 1.064/88, mais tarde transformado na Lei nº 7.713/88, *verbis*: “A isenção do imposto de renda (...), não se aplica (...) nem às empresas que prestem serviços profissionais de corretor, despachante, representante comercial, ator...”

Ora, ainda que de relance, sem querer ser simplista, depreende-se que ao constar do Projeto de Lei o representante comercial como sujeito passivo de uma obrigação tributária; e após votação final no processo legislativo, ter sido excluída tal atividade, não é exagerado afirmar que a *mens legislatoris* é pela manutenção da isenção fiscal.

A sensibilidade jurídica do intérprete determinará o espaço a ser reservado à interpretação subjetiva. Já no tocante a interpretação objeti-

vista, a mesma busca, não o voluntarismo interpretativo, mas a *mens legis*. Qual a intenção da lei? Qual a mensagem que a lei traz ao seu destinatário, independentemente da vontade do legislador? Se utilizarmos o exemplo legislativo anteriormente analisado sob a ótica voluntarista, agora pelo ângulo da teoria objetivista da interpretação, certamente chegaríamos à mesma conclusão — no sentido de manutenção da isenção do representante comercial. Entretanto, apesar desta — talvez — precipitada conclusão, iremos nos cingir à análise teórica da vontade provável da lei. E assim é que devemos considerá-la — *mens legis*. A lei será sempre avaliada de acordo com o sistema e o contexto existencial da mesma. O sentido da lei a ser perseguido será aquele que a ela se conforma. Aquele que reverbera o momento presente do universo a que pertence. Utilizando — aqui também — os métodos tradicionais de interpretação tendo em vista um escopo objetivista-interpretativo, o intérprete apreenderá uma parcela de representação do real.

O que efetivamente ocorre na interpretação da “lei”, é a óbvia — porém nem sempre lembrada — existência de um sujeito em face da lei — ou sujeitos — que chamamos de intérprete, e a “lei” — ou leis, sistema,... — enquanto objeto de análise, cujo resultado — conclusão — será uma representação do real.

O produto da interpretação será a resultante do processo dialético estabelecido. Este produto terá a marca indelével da tábua de valores do intérprete, ainda que o mesmo procure colocar-se em *epoché* (epoch), para obter o pensamento do legislador ou da lei. Se alguém estranhar nossa afirmativa, no sentido da impossibilidade do intérprete tornar-se imune aos próprios valores no momento do ato interpretativo, devemos lembrar que foi a partir de Kant que a posição dos valores foi deslocada do objeto para o sujeito.¹⁷

Podemos considerar o ato de interpretar como elemento básico de um processo cognitivo — ao menos para o presente estudo. Possivelmente não o único, face à complexidade desta atividade mental. Ainda sobre o escopo interpretativo, objetivista ou subjetivista, devemos ter presente que tal dicotomia serve muito mais ao entendimento do fenômeno, do que ao fenômeno em si. Ou seja, a relação entre ambas — objetivista

e subjetivista —, está longe de ser maniqueísta. Conforme procuramos demonstrar, o objeto — lei a ser interpretada de acordo com o sistema — é complexo, bem como o sujeito também — intérprete. Se a complexidade está presente, a utilização isolada de uma das duas hipóteses mencionadas fracassará. Não produzirá resultado seguro. Quando nos referimos à bipolaridade, o fizemos de forma didática. Entendemos que deve haver uma interação entre ambas, no mais das vezes predominando uma hipótese.

Também neste sentido concordamos com Karl Larenz ao professar que “a cada uma destas teorias subjaz uma parte da verdade; por isso, nenhuma delas pode ser aceita sem limitações.” Antes, porém, ele faz retrospectiva histórica das duas teorias; lembrando serem adeptos do voluntarismo Windscheid, Bierling, Philipp Heck e Savigny; e imanentista à lei — i.e., *interpretatio ex-nunc e não ex-tunc* — Kohler, Binding, Wach, Radbruch, Sauer e Binder.¹⁸ Encontram-se numa posição intermediária, segundo Engish, o próprio Karl Larenz, mais Schreier, Bartholomeyczik e Dahm.¹⁹

A interpretação literal — de forma exclusiva —, historicamente demonstrou sua fragilidade irremediável. É imperiosa, pois, a função jurídica da interpretação, como critério do método interpretativo correto. O método científico norteará o trabalho do intérprete. Colocará à disposição do hermeneuta o instrumental necessário à obtenção do “sentido possível” da lei.

4. ALGUMAS DECISÕES SOBRE A MATÉRIA

Parece-nos que a pragmática jurídica tem resolvido bem a questão. Neste sentido, uma simples retrospectiva histórica demonstra como o assunto tem sido tratado em nossos tribunais. Em meados do presente século, o Supremo Tribunal Federal decidiu, *v.g.*:

“IMPOSTO DE RENDA — ISENÇÃO FISCAL — INTERPRETAÇÃO DA LEI

— A tributação é a regra e a isenção uma exceção, que precisa ser expressa.

— A interpretação estrita, *ut verba sonant*, só é admissível em matéria de exceção. Os princípios admitem em geral interpretação por força de compreensão.”

Companhia de Seguros “A Mannreim” versus União Federal.

Ap. nº 7.565 — Relator: Ministro José Linhares — Ac. unânime da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 19-10-1943.²⁰

“ISENÇÕES FISCAIS — INTERPRETAÇÃO — IMPOSTO DE RENDA — CARACTERIZAÇÃO DA RENDA

— As isenções fiscais se interpretam sempre restritamente, o que aliás não impede a regra, sempre aplicável, da força de compreensão.

A renda de uma indústria não se confunde com a sua exploração, embora encontre nesta a sua fonte. O imposto de renda não incide na exploração nem grava o produto; recai no lucro da indústria ou do trabalho.”

União Federal versus Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira

Ap. nº 7.339 — Relator Ministro Orozimbo Nonato — Ac. unânime da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 09-11-1943²¹.

Em momento mais recente, o Superior Tribunal de Justiça exarou decisões em que o problema da interpretação esteve presente.

Exemplificativamente podemos citar a decisão assim ementada:

“TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CÂMBIO NAS IMPORTAÇÕES. DECRETO-LEI Nº 2.434, DE 19.5.1988, ARTIGO 6º. A isenção tributária, como o poder de tributar, decorre do *jus imperium estatal*. Desde que observadas as regras pertinentes da Constituição Federal, pode a lei estabelecer critérios para o auferimento da isenção, como no caso *in judicio*.

“O real escopo do artigo 111 do Código Tributário Nacional não é o de impor a interpretação apenas literal — a rigor impossível — mas, evitar que a interpretação extensiva ou outro qualquer princípio de hermenêutica amplie o alcance da norma isentiva.

“Recurso unanimemente improvido.”

(S.T.J., Relator Ministro Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, RESP. Nº 0012315-PE)²²

5. CONCLUSÕES

Pelo exposto, temos elementos suficientes para entender a complexidade do texto legal, no que tange ao ato interpretativo — ou atos de interpretação. A simples leitura de uma palavra em um dispositivo legal, requer sua definição.

Num crescendo, teremos de identificar o conjunto de palavras que compõem um artigo; buscar o sentido possível do texto, o que fatalmente nos obrigará a “conhecer” o contexto — não olvidando que a mesma palavra possui normalmente vários significados.

Está claro que não repudiamos o método literal de interpretação. O que sustentamos é a impossibilidade de sua utilização exclusiva e isolacionista, pois, convém enfatizar, “toda a interpretação de um texto há de se iniciar com o sentido literal.”²³ Iniciar-se pressupõe um desenvolvimento, e não um fim em si mesmo. O desenvolvimento terá como limite o sentido possível da lei. Agora, para encontrarmos o sentido possível da lei, buscaremos este desiderato através das teorias relativas ao escopo da interpretação, e dos tradicionais métodos interpretativos. Este conjunto de teorias e métodos podemos unificar em torno da expressão “método”. E utilizando o “método” “teleológico-objetivo”, “teleológico-subjetivo”, “gramatical-subjetivo”, etc., poderemos erguer a ponta do véu de Ísis e vislumbrar o “real”.

Com relação ao *dever*, o hermenêuta invocará os métodos de interpretação existentes e através do processo cognitivo alcançará a sua representação do real — ou do conhecido que se aproxima do real. E com um pouco de inspiração, repensará o sistema, visto que o Direito é dinâmico.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 Ráo, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 542.
- 2 *Aut. cit. in Interpretazione delle Leggi*. Milano, Società Editrice Libreria, 1908, p. 4.
- 3 *Apud* Carlos Maximiliano, *op. cit.*, p. 10.
- 4 Sofismas como “argumentos que parecem sê-lo, mas que de veras são paralogismos e não argumentos.” E, paralogismo, como argumento “baseado em proposições que, embora adequadas à ciência em causa, não são evidentes.” Aristóteles, *Organon*. Lisboa: Guimarães Editores, 1986 e 1987, vol. VI, *Elencos Sofísticos*, vol. V, *Tópicos*, pp. 09 e 11, respectivamente.
- 5 Lógica intra-sistêmica no sentido de conexão intrínseca de pensamentos, conforme prefere e/ou utiliza Karl Engish, quando diz: “Essencial é e será que, no sentido lógico, a conexão intrínseca dos pensamentos jurídicos forme aquela premissa maior com a qual se combinam a premissa menor e, através dela, a conclusão.” *Aut. Cit. in Introdução ao Pensa-*

mento Jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, pp. 122-123.

- 6 Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 283: “Sistema como uma ordem teleológica (aberta e fundamentalmente imóvel), logo daí resulta que o argumento sistemático apenas representa uma forma especial de fundamentação teleológica.” “Aberto. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou ‘sistema científico’, como para o próprio sistema da ordem jurídica, o ‘sistema objetivo’.” A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais. Mobilidade. No sentido que este termo recebeu de Wilburg, significa a igualdade fundamental de categoria e a mútua substituíbilidade dos critérios adequados de justiça, com a renúncia simultânea à formação de previsões normativas fechadas.” (pp. 281-282)
- 7 *Aut. cit. in Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, pp. 77-80.
- 8 *Id.*, p. 285.
- 9 *Aut. e op. cit.*, pp. 85-92, 102-105.
- 10 *Id.*, p. 280: Devemos lembrar que Canaris não é estruturalista, mas funcionalista. Preocupa-se em buscar um conceito de sistema que possa cumprir uma função significativa na Ciência Jurídica.
- 11 *Aut. cit.*, in *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 104. Becker quando fala no “cânone hermenêutico da totalidade do sistema jurídico”, tem presente que “toda norma é, com efeito, parte integrante do sistema jurídico a que pertence. Desde o momento da sua criação, entre todas as normas de um mesmo sistema se exerce um complexo de ações e reações, que decorrem da necessária amalgamação das normas no ordenamento vigente. Já foi exatamente observado que a norma jurídica isolada não existe como tal na realidade da vida jurídica. Toda norma é válida e obrigatória, unicamente em uma relação necessária de influências recíprocas com um número ilimitado de outras

normas, que a determinam mais expressamente, que a limitam, que a completam de modo mais ou menos imediato. Na verdade, constitui, agora, uma definitiva conquista o conceito da unidade e imanenência de toda a lei vigente.” *id.*, p. 105.

- 12 *Aut. cit. in Interpretazione Della Legge e Degli Atti Giuridici (Teoria Generale e Dogmatica)*. Milano: Dott. A. Giuffrè-Editore, 1949, p. 257.
- 13 *Aut. cit.*, in *Miguel Reale na UnB*. Brasília: Coleção Itinerários, Universidade de Brasília, 1981, p. 75.
- 14 *Aut. cit.*, artigo escrito na coletânea “Proposições Tributárias”, organizada em memória de Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, pp. 59, 61, *apud* Luiz Antonio Mattos Pimenta Araújo. *Interpretação de Isenção Objetiva*. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 83/88, p. 171.
- 15 Luiz Fernando Coelho, examinando a Jurisprudência tradicional, salienta que “...procurando identificar-se a realidade imaginada do direito, ou seja, a sua ideologia, com dados empíricos, por exemplo, a vontade do legislador, a intenção da lei, a vontade do estado, como se fosse possível reconstituir a vontade real de um legislador que já morreu, ou a intenção de uma entidade abstrata hipostasiada, ou mesmo a vontade de uma ficção.” *aut. e op. cit.*, p. 209.
- 16 *Aut. e op. cit.*, p. 183.
- 17 Não pode o intérprete ficar infenso aos seus próprios valores. “O valor, para toda a Filosofia antiga e clássica, era algo que estava nas coisas.” A partir de Immanuel Kant deslocou-se para o sujeito. Vide Antônio Xavier Teles in *Introdução ao Estudo da Filosofia*. São Paulo: Ática, 1986, p. 82.
- 18 *Aut. cit.*, in *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 380-381, relativamente a Savigny, p. 19.
- 19 *Aut. e op. cit.*, pp. 172-173.
- 20 Revista Forense, vol. 102/71.
- 21 Revista Forense, vol. 100/59.
- 22 DJ. 03-2-92, p. 436.
- 23 Karl Larenz, *op. cit.*, p. 385.

Reforma Constitucional e o Controle de sua Validade*

JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA
Ministro do Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A Missão da Universidade e o Compromisso com a Sociedade e os Valores Fundamentais da Pessoa Humana: A Democracia Como Valor; A Consciência Jurídica Como Consciência de Valores na Vida Social; A Realização da Cidadania; A Universidade e a Reforma Constitucional; 3. A Mudança na Constituição e Sua Importância Para a Sociedade: Inconveniência de Repetidas Alterações; Soberania do Congresso Nacional Quanto ao Juízo de Conveniência e Oportunidade de Emendar a Constituição; 4. Mudança na Constituição e o Exercício do Poder Constituinte Instituído. Limites Materiais, Formais e Circunstanciais; 5. Cláusulas Pétreas e o Art. 60, § 4º, da Constituição. Inviabilidade de *Revisão Total*. A Extensão dos Limites Materiais. A Cláusula dos "Direitos e Garantias Individuais": Sua Amplitude. A Questão do *Direito Adquirido*; 6. A Cláusula Imutável da Separação dos Poderes e a Independência do Poder Judiciário: A Independência do Judiciário Como Poder Político; A Independência da Autoridade Judiciária; A Autonomia Administrativa e Financeira (C. F., art. 99) Como Nova Dimensão da Independência do Judiciário; O Sistema de Controle dos Atos do Judiciário e Sua Independência; As Limitações Materiais Não Abrangem Mudanças na Constituição Referentes à Redistribuição de Competências entre os Órgãos do Judiciário ou à Criação de Órgãos Administrativos ou Disciplinares Compostos no Âmbito do Poder; 7. Controle Judicial de Constitucionalidade das Mudanças na Constituição, em Face das "Cláusulas Pétreas": Precedentes; 8. A Função do Supremo Tribunal Federal; 9. A Força Normativa da Constituição e a Reforma Constitucional; 10. Encerramento.

1. Não é sem profunda emoção que participo do presente encontro com professores e alunos desta quase centenária Faculdade de Direito, umas glórias do ensino jurídico no País. Como seu modesto professor, dela estou afastado, faz vinte e cinco anos, desde quando desempenho funções no Distrito Federal. Pelo mistério do espírito, a ela me tenho, todavia, mantido preso, quer na saudade do doce e constantemente rejuvenescedor convívio com a beleza da juventude inteligente que a freqüente e do amável relacionamento diário com os ilustrados colegas que nela professam, quer, ainda, no acompanhamento das lições de seus mestres recebidas por quatro de meus filhos que aqui tiveram sua formação jurídica universitária, e dos quais um já integra seu corpo docente, o professor Domingos Sávio Dresch da Silveira, quer, também, pelo interesse que sempre possui no sentido de

informar-me sobre seus sucessos e atividades. Talvez, por isso mesmo, posso dizer que, não obstante esse quarto de século passado, quando a esta Casa veneranda retorno, para rápidos momentos de atividade docente, é como se jamais daqui efetivamente houvesse saído.

Agradeço, assim, ao ilustre professor Plínio de Oliveira Corrêa a distinção que me conferiu e a alegria que me proporcionou com o honroso convite para proferir esta aula inaugural.

2. Como escreveu Braga da Cruz, "são três os fins primordiais a que a Universidade se deve propor: *formação cultural* dos futuros dirigentes da sociedade e da Nação; *transmissão do saber*, com vistas à preparação para o exercício das profissões intelectuais de grau mais elevado; *investigação científica* e preparação de futuros investigadores, com vista ao progresso da própria ciência que lhe cumpre transmitir às

novas gerações" ("O Problema da Universidade", in *Obras Esparsas*, vol. IV, p. 315, Coimbra, 1985). Não é possível, além disso, compreender, em nosso tempo, a Universidade, sem um compromisso definido e exequível com a sociedade e com os valores fundamentais da pessoa humana, propugnando por sua liberdade e dignidade, segundo um sistema de plena "autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial", como assentou a Constituição em seu art. 207.

De fato, entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil apontam-se, no art. 1º da Constituição, a *dignidade da pessoa humana e a cidadania*.

De outra parte, no mundo cultural, onde inserido o Direito, os valores são objetivos a alcançar. Não são, com efeito, os valores, apenas, entes de razão que o homem contempla e admira, mas, como observa, agudamente, Miguel Reale, são, ao contrário, algo que o homem realiza em sua própria experiência, a qual vai assumindo expressões diversas e exemplares, ao longo do tempo. Realizabilidade e inexauribilidade, aponta o mestre paulista, são características básicas dos valores. Por via da primeira, confere-se ao valor uma dimensão real, na experiência histórica. A segunda dimensão evidencia que a realidade histórica revela o valor, mas não o esgota. Nessa perspectiva, cumpre entender, também, a *democracia*, enquanto forma de convivência social, como um valor e, dessa maneira, realizável e inexaurível.

A consciência jurídica é, nesse sentido, acima de tudo, uma consciência de valores na vida social. Nesta quadra do tempo, no mundo ocidental, embora conturbado e perplexo, tem-se, em princípio, como certo, que a ordem do convívio humano há de retratar a presença de *pensamento e liberdade*, pois ela é obra da razão que descobre fins e valores e da liberdade que consente em realizá-los. Estilizando-se tal convivência segundo normas, almeja-se constituam estas a efetiva objetivação da Justiça, eterno ideal que brilha no espírito de todos os homens, no dizer expressivo de Giorgio Del Vecchio.

Compreende-se, pois, a partir daí que a *cidadania* não é de ter-se como realizada, tão-só, na asseguuração do exercício de direitos políticos, no periódico participar dos cidadãos na elei-

ção de seus representantes, ou na possibilidade de merecerem o sufrágio dos demais. Decerto o exercício do direito de voto é dimensão significativa da cidadania, sem a qual não resta espaço, desde logo, a falar-se em convívio democrático. Não é possível, entretanto, alcançar a plenitude da cidadania, sem a garantia da definitiva participação de todos na administração da coisa pública, respeitado o áureo princípio da igualdade, inconciliável com qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, e da viabilidade de todos os integrantes da convivência social, e não apenas de alguns, serem sujeitos dos benefícios do desenvolvimento, em suas diversificadas manifestações, da cultura, das conquistas do espírito. São essas dimensões igualmente fundamentais na consecução dos itinerários da paz social e de um regime democrático autêntico, cumprindo, desse modo, se encontrem instrumentos eficazes para sua realização, notadamente, a partir dos princípios maiores da Constituição.

Por isso mesmo, a reflexão sobre uma ordem de liberdade e justiça, que todos almejamos, há de estar ausente das preocupações em torno da plenitude da cidadania. A Justiça, como "a estrela polar da realidade social", na expressão de Stammler, é a fonte, donde podem brotar, no convívio social, a verdadeira segurança, a paz e a liberdade, que somente se instauram, duradouramente, entretanto, em uma ordem de persuasão e nunca em uma ordem de compressão.

Todos esses acenos que respeitam a problemas da maior importância na vida da sociedade não podem ser desconsiderados pela Universidade e, em particular, pelas Faculdades de Direito, especialmente, quando, no País, se desenvolvem debates e propostas para alterar a Constituição da República.

3. Em verdade, a mudança na Constituição é, em qualquer tempo, sempre momento de grave reflexão, de extrema importância para a sociedade que, necessariamente, há de ter, na ordem jurídica positiva, parâmetros de sua convivência, sem os quais a vida social ficaria entregue ao arbítrio, ao desassossego e à instabilidade, inconciliáveis com os objetivos fundamentais do direito, do desenvolvimento harmônico e da paz, valores essenciais ao bem comum e à consecução da dignidade da pessoa humana e da cidadania, que estão, como referi, entre as

*Palestra proferida na Faculdade de Direito de Porto Alegre, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a 24 de agosto de 1995.

bases do Estado Democrático de Direito, assim proclamado no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Faço esse registro preliminar, também, porque não posso omitir intensa preocupação, quando verifico que a Nação passa a viver, pela segunda vez, em menos de sete anos de vigência da Constituição, clima de ampla reforma de sua estrutura normativa fundamental. Exato é que uma Assembléia Nacional Constituinte, pelo espaço de vinte meses, esteve reunida, na Capital da República, para elaborá-la, num aberto debate nacional, com a participação, sem precedentes, dos mais representativos segmentos da sociedade. Sua promulgação aconteceu com festa e pompa, a 5 de outubro de 1988. Sem que sequer se haja, ainda, inteirado, definitivamente, o instrumento normativo indispensável à sua incidência plena, com a promulgação das leis complementares e ordinárias que o Poder Constituinte originário estimou e ordenou deverem ser editadas, — quatorze alterações, em seu texto, já se introduziram, nesse lapso de tempo tão curto à existência de uma Constituição, sendo seis emendas decorrentes do processo de revisão previsto no art. 3º do Ato das Disposições Transitórias da Carta Política de 1988, ao longo do ano de 1994. Logo instalado, neste ano, novo Governo da República, eis que se desencadeia outra onda reformista da Constituição, de que resultaram já as últimas quatro emendas, publicadas a 15 de agosto em curso, anunciando-se, a seguir, alterações outras de profunda significação quanto ao sistema da Carta Política da República, a institutos e direitos do mais amplo interesse do povo.

Não pretendo, aqui, à evidência discutir esse tema. Consigno, todavia, a observação de Gomes Canotilho, para quem “é verdade evidente que nenhuma Constituição pode conter a vida ou parar o vento com as mãos, nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa”. A seguir, entretanto, acrescenta: “Mas há, também, que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e esta não compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. Não deve banalizar-

se a sujeição da lei fundamental à disposição de maiorias parlamentares “de dois terços”. Assegurar a continuidade da constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de uma *revisão total* (desde que isso não seja admitido pela própria constituição), mas também de *alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta*. Se isso acontecer, é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte, mas não perante uma manifestação do poder de revisão” (*in* Direito Constitucional, 5.ed., Coimbra, 1991, pp. 1135/1136).

É inequívoco, no ponto, porém, que, titular do poder de reforma da Constituição, o Congresso Nacional é soberano na formulação do juízo de conveniência e oportunidade de emendar a Lei Fundamental da República. O exercício, é certo, dessa competência excelsa, cumpre observar, entretanto, há de fazer-se nos limites materiais, formais e circunstanciais demarcados pelo próprio Poder Constituinte originário.

4. Com efeito, qualquer que seja a denominação utilizada, para o processo de mudança na Constituição, exato é que pressuposto está, a tanto, o exercício do poder criado e definido pela própria Lei Magna, que, assim, nela, encontra os limites de sua autoridade. Reforma, emenda ou revisão são manifestações, portanto, do poder constituinte instituído e, por sua natureza, limitado; sem a plenitude criadora, pois, inerente ao poder constituinte originário. Georges Burdeau, em minuciosa análise das formas do Poder Constituinte, define o instituído ou de revisão qual poder essencialmente limitado, qualificando-o como órgão do Estado, sujeito, à semelhança dos demais órgãos do Estado, às regras da Constituição relativas à sua estruturação e às condições de seu funcionamento (*apud Traité de Science Politique*, vol. IV, pp. 234-235). Raul Machado Horta anota que o reconhecimento da natureza limitada do Poder Constituinte instituído é tema comum aos publicistas brasileiros, citando, dentre outras, nesse sentido, as lições de Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição Federal de 1934*, Tomo II, p. 528); Pinto Ferreira (*Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, 2.ed., Tomo I, 1951, pp. 174-175); Nelson de Souza Sampaio (*O Poder de Reforma Constitucional Moderno*,

2.ed., 1961, pp. 40, 80, 88); José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional*, 7.ed., 1991, p. 58); José Alfredo de Oliveira Baracho (“Teoria Geral do Poder Constituinte”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 52, janeiro de 1981, pp. 40, 41, 50, 57) (*apud* “Permanência e mudança na Constituição”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 74/75, pp. 251/252).

Jorge Miranda, acerca da necessidade de limites materiais da reforma, escreve: “O problema dos limites materiais da revisão reconduz-se, no fundo, ao traçar de fronteiras entre o que vem a ser a função própria de uma revisão e o que seria já convalidação em Constituição diferente. Por detrás dele, encontra-se uma iniludível tensão dialética entre transformação e subsistência e entre aquilo que se oferece mutável e aquilo que imprime caráter e razão de ser à Constituição. É um problema que se põe diante de qualquer Constituição e até diante do sistema jurídico em geral. Porque, em toda e qualquer Constituição, a revisão consiste em adotar preceitos sem bulir com os princípios, ele surge sempre, haja ou não disposições que enumerem, mais ou menos, significativamente, certos e determinados limites” (*apud Manual de Direito Constitucional*, 2.ed., revista, 1983, Tomo II, pp. 173/174).

Não é diferente o que ensina Carl Schmitt, *in Teoria de la Constitución*, p. 119, para quem a reforma da Constituição há de operar-se “bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución, considerada como un todo”.

5. Exaurida a eficácia do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a edição das seis emendas aprovadas pelo Congresso Nacional, segundo o procedimento no dispositivo previsto e a disciplina adotada pelo órgão revisor, sujeitam-se eventuais novas mudanças no texto da Lei Maior à iniciativa e ao processo consignados em seu art. 60 e parágrafos 2º e 3º, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais, dos parágrafos 4º, 1º e 5º, do aludido artigo, ao preceituarem:

“§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I — a forma federativa de Estado;
- II — o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III — a separação dos Poderes;

IV — os direitos e garantias individuais.”
“§ 1º. A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal de estado de defesa ou de estado de sítio.

(...)

“§ 5º. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

Com efeito, não autorizada, de expresse, a *revisão total* do Estatuto Magno de 1988 e conferido, pelo constituinte originário, o caráter de imutabilidade quanto a determinados princípios ou preceitos, que se hão de considerar, destarte, como fundamentais à ordem constitucional estabelecida, a obra do constituinte derivado deve respeito, assim, a esses limites traçados pela Constituição.

Nessa linha, possível seria indicar, *ad exemplum*, normas que, desde logo, definem conteúdos imutáveis da Constituição, tais como, o art. 2º, quanto à separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; o art. 5º, quando define “direitos e garantias individuais”; o art. 14, ao prever o sufrágio universal, o voto direto e secreto, e o art. 1º, ao consignar a forma federativa do Estado brasileiro.

Nesse mesmo plano de considerações, parece acolhível a assertiva segundo a qual não cabe como objeto de deliberação emenda pretendendo introduzir a *Monarquia* ou o *Parlamentarismo*, eis que o constituinte originário decidiu submeter a plebiscito a forma e sistema de governo, para que o perfil do Estado Democrático de Direito previsto no art. 1º da Constituição se tornasse definitivo. Ora, por força dos resultados de plebiscito de 21 de abril de 1993, a que se refere o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os princípios republicano e presidencialista tornaram-se definitivos na caracterização de forma e sistema de governo do Estado federal brasileiro. A separação dos Poderes, própria do sistema presidencial, como cláusula pétrea (C. F., art. 60, § 4º, III), por igual, é, assim, ponto insubstituível do sistema constitucional, diante dos resultados do plebiscito, com a expressão que lhe confere o art. 2º da Lei Magna, ao preceituar:

“Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Neste breve aceno a dispositivos que dizem com conteúdos imutáveis da Lei Magna, não caberá, entretanto, desconsiderar, por sua relevância, a controvérsia acerca da repercussão do parágrafo 2º do art. 5º, da Constituição, no âmbito do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, pois, no primeiro, se estipula que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Escreveu, no particular, o ilustre professor Oscar Vilhena Vieira, referindo-se à extensão do limite material posto no art. 60, § 4º, IV, da Lei Magna, em conjunção com o aludido § 2º do art. 5º, *verbis*: “Não são apenas aqueles direitos e garantias individuais arrolados no art. 5º da Constituição, que se encontram resguardados dos processos de deliberação diferenciados, mas toda uma gama de outros direitos constitucionais de caráter individual dispersos na Constituição e disciplinados em tratados dos quais o Brasil seja parte. Além de direitos supra legais, que, embora não positivados pela Constituição, são compatíveis com o regime e os princípios por ela adotados” (*in Supremo Tribunal Federal — Jurisprudência Política*, RT, 1994, pp. 91/92).

Observou, acerca desse tema, com propriedade, Gilmar Ferreira Mendes:

“Em qualquer hipótese, os limites do poder de revisão não se restringem, necessariamente, aos casos expressamente elencados nas *garantias de eternidade*. Tal como observado por Bryde, a decisão sobre a imutabilidade de determinado princípio não significa que outros postulados fundamentais estejam submetidos ao poder de revisão (Bryde, ‘Verfassungsentwicklung’, p. 237). O efetivo significado dessas cláusulas de imutabilidade na prática constitucional não está imune a controvérsias. Se se entender que elas contêm uma ‘proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais’ (Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot), tem-se de admitir que o seu significado é bem mais amplo do que uma proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição (Revolutions — und Verfassungsbeistigungsverbot). É que, nesse caso, a proibição atinge emendas constitucionais que,

sem suprimir princípios fundamentais, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de erosão da própria Constituição (Bryde, ‘Verfassungsentwicklung’, p. 242) (*in* “AJURIS”, nº 60, março de 1994, p. 251).

Outra significativa questão poderia se destacar, nesta definição do âmbito das cláusulas pétreas. Refiro-me ao *direito adquirido* previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição. No dispositivo, estipula-se que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Decerto, emenda à Constituição não pode excluir de seu texto o inciso XXXVI do art. 5º, diante da cláusula posta no art. 60, § 4º, inciso IV, por versar regra de garantia. Se se considerar, de outra parte, que a Constituição emprega o termo “lei”, em acepção escrita, como norma legislativa infraconstitucional, dir-se-ia que não está, aí, interdita a ação do constituinte derivado, por via de “emenda à Constituição”. Exato ao constituinte originário sempre se admitiu, pela ilimitação, em princípio, de seus poderes, inserir, no texto da Constituição editada, disposição que venha alcançar direito adquirido. Assim ocorreu no art. 17 do Ato das Disposições Transitórias da Lei Magna de 1988, ao estabelecer: “Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”. Do próprio texto transcrito, exsurge, entretanto, em relevo a significação da garantia do “direito adquirido”, como valor fundamental integrante do núcleo essencial identificador do sistema da Constituição, a ponto de ressaltar sua não-incidência, em norma expressa, da qual emerge nítido o caráter de excepcionalidade, ao determinar-se que não seria invocável na hipótese concretamente definida. Não é possível deixar de ter presente, no tema dos limites à mudança na Constituição, a necessidade de resguardo dos princípios e valores imanentes à própria positividade do ordenamento constitucional que servem de base à identidade do sistema plantado pelo constituinte originário. Relevante é, também, no exame do ponto, compreender que a cláusula de imutabilidade do art. 60, § 4º, IV, da Constitui-

ção (os direitos e garantias individuais), não considerada a maior ou menor amplitude, já se consagrara, anteriormente, na Lei Fundamental de Bonn, art. 79, III, e na Constituição de Portugal, de 1976, art. 290, a traduzir tendências segundo a qual os direitos individuais compõem questão proeminente no Estado de direito democrático.

6. De outra parte, no que concerne à separação dos Poderes, cumpre entender que a *independência do Judiciário*, como Poder Político, é um dos princípios essenciais que definem a fisionomia da ordem constitucional republicana vigente no Brasil.

Com efeito, historicamente, desde a instauração da República, em 1889, é essa uma das notas características de nosso sistema constitucional, modelado que foi no regime político norte-americano. Em realidade, dentre os postulados básicos, em que assenta o constitucionalismo dos Estados Unidos da América, estão o *primado da Constituição*, à qual se subordinam todos os Poderes, e a *independência do Judiciário*, que se manifesta, por primeiro, na prerrogativa maior de proceder à revisão judicial das leis e dos atos de Governo, diante da Constituição, anulando-os quando com esta incompatíveis. A competência para operar, acerca da lei, a chamada “judicial review”, a *revisão judicial*, “característico mais original das instituições americanas”, revela, no Judiciário, inequívoco *poder político*, porquanto, se este existe no órgão que faz a lei, é de entender-se presente, também, no órgão que dispõe de império para declarar-lhe a invalidade.

Em tal ordem de compreensão, a *função judiciária*, por sua natureza, não pode ser visualizada apenas como atividade estritamente de técnica jurídica, de interpretação definitiva do direito positivo, sendo que se afirma, como prerrogativa eminente da soberania nacional. Por seu intermédio, não só se dirimem, de forma terminativa, os conflitos de interesses e se garantem os direitos e liberdades dos cidadãos, mas é possível, também, opor limite à ação do Governo ou da Legislatura, se contravier a Constituição ou as leis.

De outra parte, qual escreveu Edward S. Corwin, acerca do sistema americano, — como os poderes “legislativo” e “executivo”, sob a Constituição, o poder “judiciário” também implica

certos atributos incidentais ou *inerentes*. Um deles é a faculdade de interpretar o direito em vigor, seja a Constituição, quer as leis do Congresso ou os precedentes judiciais, com uma autoridade que obriga, constitucionalmente, ambos os ramos do Governo”. Noutra passo, acrescenta: “Intimamente ligado a esse atributo do poder judiciário existe outro, o de proferir “decisões finais”. Quando se confia a um tribunal dos Estados Unidos a determinação de uma questão, seja de direito ou de fato, sua decisão só pode ser revista, constitucionalmente, por um *tribunal* de instância superior, e não pelos outros dois ramos do Governo ou pelos seus órgãos” (*in* “A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual”, tradução de Leda Boechat Rodrigues, pp. 162/165). Cooley, à sua vez, anotou: “Os diversos departamentos governamentais são iguais em dignidade e em autoridade que é coordenada, não podendo nenhum deles submeter o outro a sua jurisdição, nem a privar de qualquer porção de seu poder constitucional. Mas o poder judiciário é autoridade suprema na interpretação da Constituição e na interpretação das leis e as suas interpretações devem ser aceitas e observadas pelos outros departamentos”. Dessa maneira, diante da decisão judicial definitiva, não cabe opção dos que lhe são destinatários, — quer se cuide de particulares, quer de detentores de poder, — no sentido do acatamento ou não do julgado. Por sua natureza, o que se contém na sentença judicial, desde que esta se torne irrecorrível, no âmbito do Poder Judiciário, constitui, na ordem democrática, comando incontestável, tornando-se, pois, fora de propósito, qualquer indagação ou perplexidade sobre se a autoridade executiva ou legislativa, ou mesmo judiciária de grau inferior, cumprirá a decisão judicial.

Essa dimensão política do Poder Judiciário, que constitui traço imprescindível de sua independência institucional, não cabe destarte, reconhecer, quando não se lhe confere o controle judicial dos atos do Congresso e do Governo. Tal sucedeu, entre nós, no período de 1824 a 1889, inspirada que foi a Constituição do Império do Brasil no liberalismo de tendência européia, situado o Judiciário em uma posição secundária, no confronto com o Legislativo e o Executivo.

Embora a Carta Política de 1824, no art. 151, estipulasse que o "poder judicial é independente", certo é que, na quadra monárquica, ele se limitava a decidir as controvérsias de direito privado e a aplicar a lei penal, escapando-lhe, por inteiro, ao controle, aos atos da administração pública. Já, em 1857, Pimenta Bueno anotava: "O poder judicial tem por encargo o domínio, a aplicação das leis que formam o direito particular, a ordem civil, que regulam e compõem os interesses dos indivíduos entre si na qualidade de particulares (...); é o protetor dos direitos e interesses individuais, da propriedade, da liberdade, honra, vida, de tudo o que é caro aos homens como homens; seu poder em vez de ser discricionário é restritamente legal; seus agentes, os magistrados, são perpétuos e independentes; seu processo dirigido sempre pelo direito positivo, circundado de garantias certas, de debates contraditórios e de fórmulas minuciosas, completas, previdentes". E, noutro passo, observa: "Ele não é autorizado a invadir as raias do Poder Legislativo, não tem por isso mesmo direito de decretar decisões por via de disposição geral, e só sim de estabelecê-las em relação à espécie que lhe é subordinada. Não possui jurisdição para decidir questões de ordem administrativa, pois que pertencem à competência exclusiva do governo" (*apud* "Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império", Senado Federal, ed. 1978, pp. 34/35). O controle da constitucionalidade das leis cabia ao Poder Legislativo e ao Poder Moderador. A independência do Judiciário havia de ser, dessa maneira, entendida, apenas, como *independência da autoridade judicial*, do magistrado, definida pelo mesmo Pimenta Bueno, como "a faculdade que ele tem, e que necessariamente deve ter, de administrar a justiça, de aplicar a lei como ele exata e conscienciosamente entender, sem outras vistas que não sejam a própria imparcial justiça, a inspiração de seu sagrado dever. Sem o desejo de agradar ou desagradar, sem esperanças, sem temor algum. (...) A independência do magistrado deve ser uma verdade, não só de direito como de fato: é a mais firme garantia dos direitos e liberdades, tanto civis como políticas dos cidadãos; é o princípio tutelar que estabelece e anima a confiança dos povos na reta administração da justiça; é preciso que o povo veja e

creia que ela realmente existe" (*op. cit.*, n. 457, p. 324).

A profunda reforma do sistema judiciário, com o advento da República, assinalou-a Campos Sales, na Exposição de Motivos, ao Presidente Deodoro da Fonseca, propondo a criação da Justiça Federal, o que se concretizou com o Decreto nº 848, de 11.10.1890. depois inserido, em seus preceitos gerais, na Constituição de 1891.

Quanto à figura do Juiz, como outro aspecto da independência do Judiciário, na fase republicana brasileira, por primeiro, não se há de tê-lo como autômato, na aplicação da lei, por sua letra, senão que lhe cumpre, desde logo, verificar de sua conformidade com a Constituição, e interpretá-la, com ampla independência. Não é menos procedente, entretanto, que o juiz, enquanto órgão do Poder Judiciário, não está autorizado, pela ordem constitucional, a desprezar a lei válida e decidir o caso concreto, por critérios pessoais, subjetivos, qual estivesse a criar a norma que lhe pareça mais justa ou mais conveniente, a solver a hipótese em exame. A autoridade do juiz decorre da Constituição e das leis em conformidade com a Carta Magna. A só investidura como autoridade judiciária não lhe empresta aptidão a decidir, discricionariamente, apenas, com invocação de princípios ideológicos ou de convicções pessoais, deixando à margem a lei válida (isto é, conforme à Constituição), aplicável à espécie. De contrário, seria admitir a substituição do legislador, pelo juiz, com evidente desconsideração ao preceito básico do sistema democrático relativo à separação e harmonia dos poderes, cujo exercício há de dar-se nos limites deferidos na Constituição. Com isso, não diminui a independência do magistrado na sua legitimação para, em solvendo litígios, interpretar a lei, atento a seus fins sociais e aos imperativos do bem comum, que também lhe cumpre promover, no ato de julgar. Nesse sentido, admiravelmente, observou o saudoso Ministro João Leitão de Abreu:

"Auscultando, em face da dramaticidade inerente ao caso concreto, as pulsações da vida social, o juiz, guardando as palavras da lei, porta-se com certa margem de liberdade na sua aplicação."

O terceiro aspecto da independência do Judiciário cumpre ainda anotar. Encarada a administração da Justiça, como serviço público essencial ao povo, cuja execução se confia, na ordem constitucional, ao Judiciário, enquanto Poder Político independente, e aos órgãos de sua atuação, que são os tribunais e juizes, institucionalmente dotados de independência funcional e organizados hierarquicamente, — ganhou particular espaço, com a Constituição de 1988, à boa execução desses serviços, o atributo que a nova ordem constitucional conferiu ao Judiciário, no artigo 99, ao assegurar-lhe *autonomia administrativa e financeira*, como nova dimensão inerente à sua independência.

Com efeito, o princípio da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, que concerne, como se acentuou, também à sua independência, ora consagrado constitucionalmente (Constituição, art. 99), é de assinalada significação histórica para a instituição judiciária, firmando-se, nesse sentido, a competência dos tribunais para a elaboração de suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias, tanto no plano federal, quando no dos Estados-membros. Exclui-se, pois, a sujeição das Cortes aos critérios e índices que entendam de arbitrar autoridades do Poder Executivo, quanto às propostas orçamentárias e aos elementos da despesa do Poder Judiciário. Nessa linha, de resto, assentou o Supremo Tribunal Federal, em sessão administrativa de 2.8.1989. De outra parte, o art. 168 da Lei Maior, como garantia da independência do Poder, determina que os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, serão entregues até o dia 20 de cada mês. No Mandado de Segurança nº 21.273-0/160-SP, tive oportunidade de registrar a tal respeito: "A liberação do numerário correspondente às dotações orçamentárias do Poder Judiciário, até o dia vinte de cada mês, nos termos do art. 168, da Constituição Federal, (...), constitui garantia do Poder Judiciário, que há de ser respeitada pelo Poder Executivo, guardando-se, outrossim, o princípio da independência e harmonia dos Poderes do Estado. Não cabe, dessa sorte, ao Poder Executivo, estabelecer datas diversas ou a data que lhe aprouver, cada mês, para liberar

os recursos orçamentários referentes ao Poder Judiciário."

Cumprindo, de outro lado, ao Judiciário, enquanto Poder Político do Estado, com exclusividade, a execução do serviço público de administração da justiça, importa entender que a Constituição, ao lhe conferir autonomia administrativa e financeira, quis assegurar-lhe competência não só para pensar e planejar as estruturas mais convenientes, quais meios, à execução do fim, mas, também, para propor, quando a tanto necessário, aos outros Poderes, as providências que considere indispensáveis, em ordem a dar-se prestação jurisdicional, de maneira mais eficiente e pronta, assegurando o acesso de todos à Justiça. Distintos os planos da atividade jurisdicional e da atividade administrativa, no âmbito do Judiciário, é certo que a hierarquia dos graus da *atividade jurisdicional* "nada mais traduz do que uma competência de derrogação e nunca uma competência de mando da instância superior sobre a inferior", na lição dos processualistas, resguardando-se, desse modo, a independência jurídica e funcional dos magistrados e tribunais entre si. Não menos exato é, entretanto, que a *atividade administrativa*, no âmbito do Poder Judiciário, na medida em que se manifesta como atos de administração, há de conceber-se numa perspectiva diferente, tornando viável, inclusive, um amplo plano de aperfeiçoamento do Poder Judiciário brasileiro, em suas dimensões nacional e estadual. É, neste ponto, que a *unidade do Poder Judiciário* deve discutir-se, para que os mecanismos de sua atuação a revelem, de maneira afirmativa, evitando-se que a pluralidade das autonomias o torne irreconhecível, sem uma fisionomia nacional, que o revele e o projete no concerto das instituições básicas da Nação. Essa unidade pressupõe um espírito comum, na Justiça da União e dos Estados, a informar a ação do Poder Judiciário, como um todo, modelada em valores marcantes de seu agir, que o identifiquem, perante a sociedade, em todos os recantos do imenso território nacional.

Feitas essas observações, certo é que a independência institucional do Poder Judiciário revela-se, pois, já na prerrogativa eminente do amplo controle dos atos de todos os Poderes, na sua expressão jurisdicional, onde se faz presente sinal de poder político, quer na autonomia

administrativa e financeira, ao elaborar suas propostas orçamentárias (art. 99, § 1º, CF) e planejar e executar os serviços da justiça, administrando os recursos humanos e materiais disponíveis. Na concepção de projetos que mais convenham à administração da justiça ao povo, manifesta-se, por igual, essa autonomia, insuscetível de ser substituída por critérios ou planos outros do Poder Executivo, ou de quem estranho ao Judiciário.

Outro ponto que considero da maior significação, no que concerne à independência do Judiciário, como poder político, é o sistema de controle de seus atos.

A atividade administrativa e financeira do Poder Judiciário está sujeita à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, como os demais Poderes, na forma dos arts. 70 a 75 da Constituição, com o pleno e efetivo controle do Tribunal de Contas da União e dos Estados.

No que concerne à responsabilidade criminal, estão os magistrados, nos crimes comuns ou de responsabilidade que pratiquem, sujeitos a processo e julgamento, perante os Tribunais a que se refere a Constituição: os membros dos Tribunais Superiores, no Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "c"); os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os juizes dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, no Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, letra "a"); os juizes dos Tribunais de Alçada e dos Tribunais de Justiça Militar dos Estados, que os possuem, no Tribunal de Justiça do mesmo Estado. Já os Tribunais Regionais Federais são competentes para processar e julgar, originariamente, os juizes federais de primeiro grau, da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (CF, art. 108, I, "a"), e os Tribunais de Justiça dos Estados e o do Distrito Federal, os juizes respectivos de primeira instância (CF, art. 96, III). Os Ministros do Supremo Tribunal Federal são processados e julgados, nos crimes comuns, no próprio Tribunal (CF, art. 102, I, "b"), e nos crimes de responsabilidade, perante o Senado Federal (CF, art. 52, II), hipótese em que funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal

Federal, tal como sucede no julgamento do Presidente e Vice-Presidente da República, em crimes de responsabilidade, e dos Ministros de Estado, em delitos da mesma natureza "conexos com aqueles" (CF, art. 52, parágrafo único). Releva, ainda, notar que os magistrados, por interesse público, poderão ser removidos, postos em disponibilidade e aposentados, por decisão do respectivo Tribunal, assegurada ampla defesa (CF, art. 93, VIII), regra que torna possível, assim, à própria Corte afastar, pelo mesmo fundamento, também, qualquer de seus membros.

No que respeita à atividade jurisdicional, compreendo que o resguardo da independência do Judiciário, no particular, se dá, desde que se exercite, na intimidade do Poder, a disciplina desses atos, como deflui, outrossim, da parte final da letra "b", do inciso I, do art. 96 da Constituição, onde se estabelece competir, privativamente, aos tribunais velar "pelo exercício da atividade correccional respectiva". Em tal linha de entendimento, sempre tive, "ad exemplum", o Conselho Nacional da Magistratura, previsto na Emenda Constitucional nº 7, de 1977, e disciplinado na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979), composto de sete Ministros do Supremo Tribunal Federal, como órgão disciplinar compatível com a independência do Judiciário, enquanto Poder Político. Não havia, nele, — contrariamente ao que sucede em Países, onde a independência do Judiciário não se reconhece, como Poder Político, — representantes do Executivo ou do Legislativo, ou mesmo de outros órgãos ou entidades da sociedade civil. Cabia-lhe conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, federais ou estaduais, sem prejuízo da competência censória das respectivas Cortes, podendo avocar processos disciplinares contra juizes de primeiro grau e, em qualquer caso, "determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço" (Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 120, § 1º, na redação da Emenda Constitucional nº 7/1977), disciplinando a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (arts. 50 a 60) o devido processo legal, com ampla garantia de defesa. Certo é que, assegurada aos interessados no processo, ou ao Procurador-Geral da Justiça do respectivo Estado, ou ao Procurador-Geral da

República, ou ao Presidente do Conselho Federal ou de Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, a reclamação, afirmava-se, no funcionamento do Conselho Nacional da Magistratura, principio de superior interesse na ordem democrática, em que todos os titulares de poder são igualmente responsáveis por seus atos e não almejam impunidade. Sempre entendi que o Conselho Nacional da Magistratura, — pela forma com que resguardava a dignidade do membro de Tribunal, federal ou estadual, acusado, durante a apuração dos fatos, — "por manifestamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo; de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções; ou de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário" (Loman, art. 56), — e, inclusive, porque, distante das paixões por vezes envolventes do caso, — era órgão que não atentava contra a independência do Judiciário, federal ou estadual, nem contra as garantias da magistratura, as quais não conferem aos atos dos juizes inviolabilidade ou perpétua impunidade, se contrários à lei ou aos deveres do cargo. Nem isso podem desejar os magistrados, perante os principios fundamentais da ordem democrática. De outra parte, ainda, a autonomia dos Estados-membros não era atingida, em face da natureza e posicionamento de sua Justiça, na unidade do Poder Judiciário nacional, tal como sucede com a eventual reforma das decisões dos Tribunais estaduais, pelo Supremo Tribunal Federal, e, hoje, também, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Extinto, pela Constituição de 1988, o Conselho Nacional da Magistratura, cuida-se, no Projeto do Estatuto da Magistratura, ora tramitando no Congresso Nacional, — a par da definição do regime disciplinar dos juizes, — da criação de órgão nacional que, embora sem atribuições punitivas, executará tarefas de significativa importância para o bom desempenho do Poder Judiciário, inclusive no que concerne à unidade de sua ação. Prevê-se, nesse sentido, o funcionamento do Conselho Nacional de Administração da Justiça, composto de membros do Supremo Tribunal Federal, inclusive de seu Presidente e Vice-Presidente, dos Presidentes dos Tribunais Superiores e de Presidentes de Tri-

bunais de Justiça dos Estados, competindo-lhe: "I — zelar pela autonomia do Poder Judiciário, bem como pelo respeito às prerrogativas e pelo cumprimento dos deveres da magistratura; II — coordenar, no âmbito administrativo, a aplicação do Estatuto da Magistratura pelos tribunais federais e estaduais; III — conhecer de questões relativas a interesses de ordem institucional do Poder Judiciário; IV — responder a consulta formulada por tribunal sobre questões compreendidas nos itens anteriores, com a finalidade de estabelecer orientação uniforme". A esse Conselho poderão, outrossim, dirigir-se sobre qualquer matéria de sua competência os Tribunais, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da Justiça de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal ou Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Se se fazem convenientes à organização e bom desempenho da magistratura órgãos censórios e de fiscalização dos serviços de administração da justiça, da atividade jurisdicional, compostos na intimidade do Poder Judiciário e por autoridades deste, — não tenho, todavia, como compatível com a independência institucional do Judiciário, enquanto poder Político, que esses órgãos se integrem, também, por autoridades estranhas à organização judiciária nacional, por mais elevados hierarquicamente sejam os dignitários dos outros Poderes que se designem ou os representantes de outras entidades ou segmentos da sociedade civil, inclusive de advogados ou do Ministério Público. A independência dos juizes, no exercício de sua atividade de distribuir justiça, à evidência, não os torna intocáveis; ao contrário, órgãos de um dos Poderes do Estado, cumpre-lhes dar contas dos serviços que lhes incumbe prestar, com probidade e eficiência. Integram-se, todavia, em uma estrutura hierárquica. Seus atos estão sujeitos a recursos e reclamações previstos na Constituição e nas leis. Não é possível, no interesse dos cidadãos, cujos direitos, liberdades, garantias e prerrogativas são amparados, precisamente, pela ação independente dos magistrados e dos tribunais, que órgãos estranhos ao Poder Judiciário ou autoridades não judiciárias logrem condições de exercer qualquer forma de influência ou pressão no ânimo dos julgadores, já pela fiscalização do

merecimento das decisões, já pela aferição de seu conteúdo, com base em razões de conveniência política ou, o que será ainda pior, por fundamentos ideológicos. Certo é que existem órgãos censórios, nos Tribunais, abertos a queixas das partes pelo procedimento dos magistrados. As Cortes, a seu turno, quando solicitadas, prestam à opinião pública esclarecimentos sobre seus atos e decisões, por intermédio dos meios de comunicação, cujo amplo acesso às informações é sempre assegurado. Não será cabível, entretanto, que se quebre tradição secular de independência do Poder Judiciário brasileiro, sujeitando-se a formas expressas ou lavradas de influência ou pressão externas, de qualquer natureza ou origem. Já em 1857, Pimenta Bueno acentuava: "Tirai a independência ao poder judiciário, e vós lhe tirareis sua grandeza, sua força mora, sua dignidade, não tereis mais magistrados, sim comissários, instrumentos ou escravos de um outro poder. (...) Não é pois por amor, ou no interesse dos juizes, que o principio vital de sua independência deve ser observado como um dogma, é sim, por amor dos grandes interesses sociais" (*op. cit.*, p. 324). O povo, numa democracia, há de ter no Judiciário independente a garantia de sua liberdade e de seus direitos, qualquer seja a fonte da violência ou ameaça.

Compreendo, na linha dessas sucintas observações, destarte, que não cabe, na reforma da Constituição, onde presentes as limitações materiais do art. 60, § 4º, da Lei Maior, a criação, em nossa ordem jurídica, de órgão de controle do Poder Judiciário, ou criado no âmbito de qualquer dos outros Poderes, ou integrado por autoridades desses Poderes, ou de qualquer deles, ou ainda, com representantes de instituição não pertencente ao Poder Judiciário. Afetada ficará, em qualquer dessas hipóteses, a independência do Poder Judiciário e, assim, violada a cláusula pétrea da separação dos Poderes, *ut art. 60, § 4º, III, da Lei Magna*. Com esta compatível é, entretanto, a existência de órgão de controle dos atos do Judiciário, quer no plano da União, quer no dos Estados, ou de âmbito nacional, desde que integrado no Poder e composto exclusivamente por magistrados. Somente assim o funcionamento do Poder Judiciário poderá ficar imune a influências dos outros Poderes, com evidente prejuízo à boa prestação

jurisdicional, que repugna quaisquer formas de coação ou ameaça aos juizes ou tribunais, expressas ou lavradas, eis que acabam por afetar, imediata e diretamente, a independência do Judiciário, nas várias dimensões aludidas e, assim, por igual, concorrem à descaracterização da fisionomia de nosso sistema político que possui, no primado da Constituição e na independência do Judiciário, conotações essenciais. Os magistrados devem ter condições de guardar a lúcida compreensão de sua independência, não estando sujeitos, no exercício do grave múnus, senão à ordem constitucional e legal, bem assim aos ditames de sua consciência, responsáveis todos perante a Pátria, cujo cumprimento dos deveres há de se manifestar no exercício diuturno das funções, com integridade e amor à causa da Justiça, sem temor algum, nem desejo de decidir para agradar ou desagradar a quem quer que seja.

Não tenho, todavia, como contrárias à independência do Judiciário, ou atentatórias às cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da Constituição, mudanças em dispositivos da Lei Magna, tendentes a tornar mais ágil a prestação jurisdicional pelos diversos órgãos do Poder, notadamente com a eventual redistribuição de competências entre Tribunais ou as Justiças da União e dos Estados. Por igual, diante das conclusões anteriores, não vejo limitações materiais à existência de órgãos compostos na intimidade do Poder, e integrados ou só por membros da Corte Suprema, ou também com representações de magistrados de diversos tribunais ou ramos da Justiça da União e dos Estados, com finalidades disciplinares ou de coordenação administrativa, na busca da unidade de ação do Poder Judiciário, do aperfeiçoamento e modernização de seus serviços, possibilitando-se destarte, tornar a autonomia administrativa um instrumento eficiente à melhoria dos serviços da Justiça ao povo, a serem prestados, pelos magistrados, com responsabilidade e independência.

7. Sujeito como está o poder constituinte derivado, ou de emenda, a limitações materiais e formais, bem de ver é, destarte, ficarem submetidos seu exercício, e assim as mudanças, por seu intermédio, introduzidas na Constituição, *ut art. 60 e parágrafos*, ao controle judicial de validade, quer por via difusa, quer em ação direta de inconstitucionalidade, ou ainda em ação

declaratória de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, letra "a"). Tal já sucedeu, de resto, quanto às Emendas Constitucionais nºs 2, 1992, e 3, de 17-3-1993: a primeira, ao antecipar a data do plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Transitórias (ADIN nº. 829); a última, referente à criação do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF) (ADIN nº 939). Julgada improcedente a primeira em face do art. 60, § 4º, III, da Lei Magna, declarou, em parte, procedente a última demanda o STF, ao considerar que a cobrança do tributo, no mesmo exercício, como autorizada pela Emenda Constitucional nº 3, ofendia o princípio da anterioridade, garantia outorgada ao contribuinte, *ut art. 150, III, "b"*, em conjugação com o § 2º do art. 5º da Constituição, ferindo, em conseqüência, a cláusula pétrea consignada no art. 60, § 4º, inciso IV, da Lei Maior. Nesse mesmo julgamento, a Corte reconheceu também que a Emenda Constitucional nº 3/1993, ao determinar, em seu art. 2º, § 2º, a não-aplicação, à hipótese do IPMF, do art. 150, VI, da Constituição, em sua generalidade, aí incluída a alínea "a", onde se veda à União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros, feriu o postulado da imunidade tributária recíproca, nessa alínea previsto, o qual diz, imediatamente, com o princípio federativo. Dai, no particular, a decisão da Corte, conforme a qual o desrespeito a esse preceito maior de nosso sistema constitucional afronta a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, I, da Constituição, não podendo prevalecer emenda à Lei Maior que tenda a ferir regra fundamental à Federação.

8. Verifica-se, dessa maneira, que a experiência constitucional brasileira está a demonstrar o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, da competência maior que o constituinte originário lhe conferiu, no art. 102 da Carta Magna, de guarda da Constituição. O ilustre professor Oscar Vilhena Vieira, *in op. cit.*, p. 137, acerca desse julgamento, escreveu: "Exercitou (o STF) dessa forma a plenitude de seus poderes constitucionais, bloqueando, com base em direitos, uma decisão mais do que majoritária dos representantes do povo. Ao exercer essa competência constitucional, o Supremo Tribunal Federal passou a ocupar de fato a posição de órgão de cúpula do sistema constitucional bra-

sileiro, pois controlou a forma mais ilimitada de exercício de poder dentro de um regime constitucional, que é a manifestação do poder constituinte reformador, exercido através de procedimentos qualificados, pelo parlamento". O que tenho, entretanto, por mais significativo, é o funcionamento em plenitude da ordem constitucional, com seus mecanismos de controle do poder. Os estudiosos do regime americano, de mais de dois séculos, asseveram que, na virtude que exhibe a Constituição de 1787 para dominar crises, reside a sua extraordinária contribuição ao constitucionalismo, cumprindo ver, na "judicial review", a fórmula que acaba por garantir à ordem constitucional a estabilidade dela exigida.

9. Para terminar, não é possível, no ponto, deixar de ter presente que a consolidação da democracia, das instituições jurídicas e políticas, pressupõe a força da Constituição, que a todos há de submeter. Enquanto é ela o fundamento e primado da ordem jurídica e das instituições políticas, não pode a Lei Magna ceder seu império a dados ou invocações de uma determinada conjuntura. É certo que não se admite visualizar um Estado abstrato e, de forma teórica, longe de realidade social e histórica, no instante mesmo em que se cuida de fazer eficaz a normatividade da Constituição. Não menos exato é também que a adaptação da Lei Fundamental a uma certa realidade não pode suceder, corretamente, sem que se compreenda sua vontade, que, definida, deve ser força ativa a orientar os comportamentos dos cidadãos, bem assim as manifestações do Poder, na ação dos principais responsáveis pela aplicação da ordem constitucional. Em face dessa normatividade maior e proeminente, de sua constante vocação à eficácia e do necessário respeito que há de merecer, não resta espaço legítimo, portanto, a opor-lhe razões de conveniência ditadas pela conjuntura, pela realidade de fatos presentes, por vezes, suscetíveis de rápida mutação, ou de parâmetros concebidos na antevisão de planos de ação político-administrativa, se não estiverem em conformidade com a Constituição. Consoante acentuou, admiravelmente, o ex-Presidente da Corte Constitucional alemã Konrad Hesse: "Todos os interesses momentâneos — ainda quando realizados — não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naque-

las situações em que a sua observância revela-se incômoda". Como acentuou, à sua vez, Walter Burckhardt, "aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse, em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente do Estado democrático". Noutro passo, de referência a quem, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, acrescenta: "malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçada, não mais será recuperado" ("in" Hesse, *A Força Normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, ed. Sérgio Antonio Fabris, pp. 21/22).

Referindo-se, de outra parte, em seu notável ensaio, à revisão constitucional e à força normativa da Constituição, observa o aludido ilustre ex-Presidente da Corte Constitucional alemã (*op. cit.*, p. 22):

"Igualmente perigosa para a força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a freqüente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição."

Desse modo, no tema da força normativa da Constituição, ganha especial importância histórica, nos países em que se consagram a rigidez constitucional e o controle judicial de constitucionalidade, o *processo interpretativo da Constituição*. Cumpra não esquecer — já advertia Marshall — "que é uma Constituição que estamos explanando". Reivindica-se, assim, para a inteligência do texto constitucional, métodos hermenêuticos que propicie, quando necessário, latitude não compreendida nos estilos exegéti-

cos tradicionais. O saudoso Ministro João Leidão de Abreu, referindo-se à citada assertiva de Marsall, teve ensejo de escrever: "Indicava ele, com essa observação, que os termos do instrumento constitucional não se podiam tomar no seu sentido imediato, porquanto suscetíveis de servir à expressão de algo extrínseco às palavras em que o pensamento se articulava. Está implícita referência à construção constitucional, como processo diverso do predominante na exegese dos textos legislativos comuns. (...) Daí resulta, também, o imperativo, a que o judiciário se vê sujeito, de tornar definido o que nela se acha indefinido, ou de suprir lacunas, cujo preenchimento se torne impreterível à paz ou harmonia social" (*In: Correio do Povo*, de Porto Alegre, ed. 13-08-1978, pp. 58/59). A construção constitucional, ou a teoria dos poderes implícitos, de que se socorre o Judiciário, por vezes, no trabalho exegético, em lugar de contrariar o sistema constitucional, são aplicadas em consonância com o espírito que o anima, vivificando o direito pelo seu ajustamento à realidade social e fortalecendo, por via de consequência, as instituições vigerantes. Anotou, nesse passo, também, Konrad Hesse (*op. cit.*, pp. 22/23) que "a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição", acrescentando: "A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação". Adiante, remata: "Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em

virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade."

Nesse sentido, alude-se, não sem freqüência, às denominadas mutações constitucionais não-formais, que convivem com o texto original, e obtidas a partir do processo hermenêutico. É que a Constituição, enquanto revela sistema de normas, destinada a incidir na realidade, há de ser compreendida, assim, inseparavelmente de seu processo de concretização. Guarda, nessa perspectiva, a interpretação da Constituição o inequívoco caráter de um instrumento permanente de sua realização, sensível, em cada tempo, às mudanças definitivas que se procedem nas relações sociais e às exigências de transformações que se fazem irreversíveis na realidade. Nessa linha de entendimento, é imperioso admitir que a interpretação da Constituição pode ser mudada, precisamente porque seu conteúdo permanece "aberto ao tempo", ou, no dizer de Häberle, a Constituição está sempre "unterwegs" (em andamento, em caminho). Certo está, no particular, que a força normativa da Constituição e sua estabilidade não se compatibilizam com as mutações exegéticas freqüentes, mantidas as mesmas circunstâncias do momento em que se fixou, pela Corte competente, a inteligência de suas normas, máxime quando isso for resultado de simples alteração de *quorum*. De igual modo, não corresponde aos princípios de uma teoria constitucional, em que se confira proeminência ao sistema da Constituição, formal e solenemente decretada pelo poder constituinte incontestável, o insistente intento de mudar a Constituição, diante de dificuldades provenientes de fatos ou situações conjunturais, por vezes, subjuguáveis, ou para que plano de governo possa ser executado, notadamente quando curto é ainda o tempo de vigência da nova ordem constitucional.

Esmein, citado por Carlos Maximiliano, em seus *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*, ed. 1918, nº 484, p. 801, escreveu: "Toda Constituição escrita é rígida, — a menos que seja profundamente ilógica e soberanamente imprudente, deve organizar o processo pelo qual poderá ser oportunamente revista e modificada". Comentou, a seguir, o notável jurista gaúcho: "Haja, entretanto, a maior cautela e garantia contra o exagero oposto, a ânsia de modificar tudo, a precipitação das reformas, principalmente entre os povos latinos, nervosos e insofridos. O código supremo é o alicerce das instituições; comprometeriam a solidez do edifício os que lhe alterassem continuamente as bases; devem ser estas o último objetivo, quase inacessível, da picareta dos demolidores". Anotou Washington, em sua célebre "Mensagem de Despedida" ao povo norte-americano: "A base de nosso sistema político é o direito do povo para fazer e alterar a sua organização governamental; porém, a Constituição em vigor, enquanto não for mudada por ato explícito e autêntico da vontade nacional, deve ser obrigatória e sagrada para todos os cidadãos. Quando fordes convidados a aprovar alterações no texto supremo, lembrai-vos sempre de que o tempo e o hábito são necessários tanto para fixar o verdadeiro caráter dos governos como para consolidar todas as instituições humanas; a experiência é o meio mais seguro de conhecer a verdadeira tendência da Constituição de um país, e a facilidade em efetuar reformas, baseado em simples hipótese, expõe a perpétuas mudanças em consequência da variedade interminável de opiniões" (Cornelis de Witt — *Histoire de Washington*, 9.ed., 1884, p. 441 — *in* Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, 1918, nº 486, p. 806).

10. Senhores, Professores e caríssimos alunos desta Faculdade de Direito! Sumamente feliz por estar em vosso meio, nesta histórica Casa de André da Rocha, quis trazer à vossa meditação, em encontro de estudos, ao início de mais um semestre letivo, o tema da mudança na Constituição, que, por ser grave, nos dias em curso, não pode deixar de merecer a atenção dos juristas, quanto dos políticos, porque, efetivamente, respeita aos destinos maiores da democracia e da liberdade, à causa da cidadania, da justiça social, do povo e da Pátria. Muito obrigado!

Imparcialidade Jurisdicional Versus Discricionariedade Administrativa¹

LUIZ R. NUÑES PADILLA

Professor da Faculdade de Direito da UFRGS.
Procurador do Estado

SUMÁRIO

1. Poder Executivo; 1.1. Poder e Estado; 1.2. Poder Executivo; 1.3. Poder Executivo Federal: a) Presidência da República; b) Vice-Presidência; c) Ministros de Estado; d) Órgãos da Administração Direta e Indireta; e) Conselho da República; f) Conselho de Defesa Nacional; 2. Discricionariedade Administrativa x Imparcialidade Jurisdicional: 2.1. Medidas Provisórias; 2.2. Controle Judicial; 2.3. Política e Poder.

RESUMO

Comparação entre a atividade jurisdicional e administrativa. Discricionariedade Administrativa versus Imparcialidade Jurisdicional. A evolução no conceito de jurisdição, de Chiovenda a Micheli, passando pelos mestres peninsulares do processo. O Poder Executivo após a Constituição de 1988, e as peculiaridades nacionais como o descontrole dos mandatários e o caro hábito de passar o poder ao Vice-Presidente quando das viagens do titular. Crítica ao sistema híbrido, presidencialista mas adotando medidas provisórias, instituto dos sistemas parlamentaristas onde o controle político impede que o Executivo usurpe a função legislativa do Congresso. Sugere maior atuação do Judiciário diante das medidas provisórias inconstitucionais na origem por não configurarem "casos urgentes". Trabalho multidisciplinar comparando o processo jurisdicional com a atividade administrativa.

1. PODER EXECUTIVO

Antes de comparar as decisões administrativas e judiciais, cumpre lembrar alguns aspectos do Poder Executivo cuja estrutura não é vivenciada no dia a dia dos operadores do direito.

1.1. Poder e Estado

Poder deriva do verbo latino "posse".

No Direito Público, exprime os órgãos ou instituições a quem se confere uma parcela da soberania do Estado, permite-lhes autoridade para exercer as funções atribuídas pela ordem político-administrativa, juridicamente organizada.

Desde a "potestas" ou "imperium" do Direito Romano, onde a chefia do Estado possuía autoridade suprema, a concepção de poder evoluiu. O poder do Estado origina-se do povo "que o exerce por meio de representantes eleitos" (CF, art. 1º, parágrafo único). Lamentavelmente, inexistem mecanismos eficazes para o controle do mandato popular. Ao contrário do mandato civil, que pode ser revogado pelo mandante quando o mandatário decai de sua confiança (arts. 1.300, 1.316 e ss. do Código Civil), o mandato popular ou político, conta unicamente com os instrumentos previstos no art. 14 da Constituição Federal para "controle" do mandatário. O voto, o plebiscito, o referendo, e a iniciativa popular são os mecanismos constitucionais, este último uma importante inovação da Constituição Federal de 1988 possibilitando a apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados por eleitores que representem, no mínimo, um por cento dos alistados no país (art. 61, pará-

grafo 2º, CF). São mecanismos insuficientes, pois o eleitor não tem como controlar seu representante², até por que o voto é secreto. O único mecanismo de controle consiste em não votar mais nos mandatários que perdem a confiança, mas o poder econômico é tão influente nas eleições que esse fator chega a perder a significação.

Todos esses procedimentos, e muito mais, estão previstos na Constituição que, como sintetizou Rui Barbosa, "... não se adotam para tirar, mas para escudar a consciência dos povos."³

1.2. Poder Executivo

A Constituição Federal adota a tripartição dos poderes, "harmônicos e independentes entre si". Essa concepção deve-se a Montesquieu, visando reduzir a possibilidade de arbítrio, ao dividir seus poderes em vários órgãos. Ao mesmo tempo, o menor encargo de atribuição permitiria um exercício mais eficaz. A tripartição é observada nas esferas federal e estaduais; os municípios brasileiros, ao contrário do que se observa em alguns países da *Common Law*, não possuem Poder Judiciário próprio. Falam em outros "poderes", tão ou mais fortes que o do Estado, sugerindo aquela poderosa, inoculável e inoculada influência da Igreja e de outras agremiações religioso-filosóficas, como a maçonaria, os rosa-cruz, que paulatinamente foram cedendo terreno para os meios de comunicação cuja influência tem sido observada sobre os poderes executivo e legislativo, e agora passam a pressionar o judiciário, em constante crítica a decisões e procedimentos jurisdicionais.

Essa tripartição de poderes desafia críticas. Cesar Saldanha de Souza Jr., Procurador da República, Doutor em Direito Constitucional pela Usp, e professor da Ufrgs, manifesta há mais de um lustro, desde a "Crise da Democracia no Brasil" (Forense), a ineficácia decorrente da tripartição dos poderes. Com a veemência que lhe é peculiar, enfatizou os vínculos e simpatias do nobre ideólogo francês com o liberalismo. Para Montesquieu, separar os poderes executivo e legislativo serviria ao propósito de reduzir a esfera de atuação e intervenção estatal na vida dos cidadãos, porque a separação gera a inoperân-

cia de um e outro. O sistema de Governo Parlamentarista resolve o impasse. Impõe sábia interdependência entre os poderes Executivo e Legislativo ao governar o Estado. Separa as funções de Chefia de Estado para serem exercidas por outro órgão, distinguindo a natural discordância política da odiosa subversão contra as cláusulas pétreas e os valores permanentes da Pátria, personificados no Chefe de Estado. Com exceção de breve e anômalo período parlamentarista imposto em 1961, o Brasil republicano adotou o presidencialismo, ratificado em recente plebiscito.

A Constituição de 1988 conjuga no Presidente da República a direção do Governo com a Chefia de Estado, atribuições que serão analisadas em capítulo destacado. Os Estados e Municípios refletem esse sistema, com as peculiaridades próprias.

1.3. Poder Executivo Federal

O governo, a administração do país, é realizada pelo Poder Executivo Federal. Comparativamente à Constituição de 1967, e sua emenda nº 1/69 (conhecida como Emenda de 69), a Carta atual reduziu um pouco a esfera de atribuições do Executivo, tradicional detentor de concentração de atribuições — procurando um melhor equilíbrio com os demais poderes, cuja esfera de competência foi sensivelmente ampliada, tanto o Legislativo, quanto o Judiciário.

A Constituição diz que "o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado". Com propriedade, não refere o Vice-Presidente, que não exerce por si mesmo qualquer esfera de poder, mas apenas substitui o titular nos eventuais impedimentos. Mas o art. 76 omite referências aos diversos órgãos de administração direta ou indireta, constituídos sob a forma de autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. Embora alguns destes sujeitem-se ao regime jurídico privado (art. 173, inc. 1º, CF), são órgãos da política governamental, através dos quais o Estado exerce parcela de seu poder. Um dos maiores poderes da União está em imprimir a moeda (art. 21 — VII, CF) permitindo-lhe o controle da economia.

a) Presidência da República

Conjugando as Chefias de Estado e de Governo, o cargo de *Presidente* comporta inúmeras atribuições, cuja citação fugiria aos limites deste ensaio, e é suficientemente detalhada nos diversos *Comentários à Constituição*. Mas uma visão genérica dessas atribuições não poderia deixar de criticar a competência legislativa do Presidente da República, em determinados casos. A exorbitância desse poder legislativo anômalo sujeita-se não só ao controle judicial, mas ao controle do próprio Congresso Nacional (CF, art. 49 — V).

Podemos dividir as atribuições do Presidente da República entre as de *Chefia de Estado*, como as dos incisos VII e VIII, do art. 84 (CF), relacionar-se com os organismos estrangeiros; e as de *Chefia de Governo*, como as dos incisos II, XXIII e XXV do mesmo artigo 84, tipicamente administrativas.⁴ Outra classificação divide os atos entre privativos e delegáveis aos Ministros.

b) Vice-Presidência da República

Eleito por cinco anos, juntamente com o Presidente da República, dentre os brasileiros natos maiores de 35 anos no exercício dos direitos políticos, o Vice-Presidente é o substituto eventual ou permanente do titular. Além das atribuições do titular durante a substituição, o Vice-Presidente pode ser incumbido de missões especiais, e integra os *Conselhos da República e de Defesa Nacional*.

Nosso país, apesar da necessidade de conter os gastos públicos, possui exacrável praxe do Vice-Presidente assumir, temporariamente, o exercício da Presidência quando o titular sai do país, ainda que por *poucas horas*.

A Constituição Federal só impõe essa prática para afastamentos *superiores a quinze dias*, com necessidade de autorização (art. 83 e 49, III). As atuais facilidades de comunicação permitem a direção do país de qualquer ponto do globo.

Essas *mudanças simbólicas* de Chefia revelam-se inúteis e extremamente onerosas para os cofres públicos. Inúteis porque os que assumem interinamente, seja por temor reverencial ao titular, seja pelo temor real de que seus atos sejam retificados os expondo ao ridículo, não

tem qualquer iniciativa em termos de administração pública. Limitam-se a liberar verbas e condecorações aos seus afetos, e usufruir das prerrogativas de Chefe de Estado em *visitas* ao seu domicílio eleitoral. Essas *mudanças simbólicas* oneram o erário porque, além da pompa do substituto no exercício do cargo, arcam com o aparato burocrático que acompanha a "comitiva presidencial" nas viagens.

A pobre nação brasileira sustenta dois Presidentes, embora nenhum deles esteja de fato no comando da economia e administração pública... O prejuízo é total. Esse fenômeno jurídico-sociológico revelou-se em toda sua extensão na ineficácia-inoperância da Administração Federal, capitaneada pelo Exmo. Sr. Dr. Itamar Franco que, definitivamente empossado na Presidência, continuou agindo como Vice no exercício, marcando compasso ao longo de mais de ano...

c) Ministros de Estado

Os Ministros de Estado são escolhidos (art. 87) e nomeados (art. 84-I) pelo Presidente da República entre os maiores de 21 anos⁵ no exercício dos direitos políticos. Suas atribuições principais são colaborar com o Presidente da República no exercício da chefia de *governo*, na *administração* do Estado, com exceção do Ministro das Relações Exteriores. O art. 87, parágrafo único, da CF, refere, em linhas gerais, os atos dos Ministros de Estado, remetendo à legislação ordinária, que cria e regula atuação dos Ministérios. Na Emenda Constitucional nº 1/69, o Presidente possuía iniciativa de criar e extinguir Ministérios, que hoje passou à competência do Congresso Nacional.

Ao falar dos atos e atribuições dos Ministros de Estado, deve-se referir a classificação dos atos do Presidente da República em *privativos* e *delegáveis*, já que estes são os que podem ser atribuídos aos Ministros.⁶

O Prof. José Afonso da Silva⁷ sugere destacar das funções de Chefia da Administração Federal, diretamente atrelada à orientação desta, sub-classe que incluiria justamente os atos do Presidente da República delegáveis aos Ministros de Estado, acrescidas do dever de prestar contas dessa administração (art. 84 — XXIV). Já os Ministros "prestam contas" ao Presidente

através de *relatórios anuais* (art. 87 — III), e assinam os atos e decretos referentes à área de competência de seus Ministérios.

d) Órgãos da Administração Direta e Indireta

Além dos Ministérios, compõe a administração federal diversos organismos instituídos sob forma de Autarquias e Fundações Públicas (ambas pessoas jurídicas de Direito Público); e de Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas (ambas entidades de direito privado), cujos dirigentes são de livre escolha⁸ do Presidente da República e Ministros de Estado, nos termos das Leis que constituem e organizam cada uma dessas entidades.

e) Conselho da República

Órgão da Chefia de Estado, o Conselho da República compõem-se do Presidente da República e Vice, dos Presidentes do Senado e Câmara e do Ministro da Justiça, que também integram o Conselho de Defesa Nacional. A essas autoridades somam-se os líderes da maioria e minoria da Câmara e do Senado, mais seis cidadãos com mais de 35 anos, com mandato de 3 anos, vedada a recondução, sendo dois escolhidos pelo Presidente, e dois escolhidos por cada Casa do Congresso.

O Presidente da República dirige suas reuniões, para as quais pode convocar outros Ministros quando a pauta envolver questões relacionadas à respectiva pasta.

A esse *órgão de consulta* compete *opinar* sobre intervenção; estado de defesa e de sítio; e questões, em geral, "*relevantes para a estabilidade do Estado*". Esse órgão teria extrema importância caso tivesse sido aprovado o sistema parlamentarista, conjugando entendimentos de ambos poderes envolvidos com o Governo.⁹

f) Conselho de Defesa Nacional

O CDN (Conselho de Defesa Nacional) também é órgão consultivo da Chefia de Estado. Dele participam, além dos já mencionados componentes do Conselho da República (Pres. da Rep. e Vice, Pres, do Senado e Câmara e Ministro da

Justiça), os Ministros Militares, das Relações Exteriores e do Planejamento.

Diferentemente do Conselho da República criado em 1988 para opinar sobre questões internas, o Conselho de Defesa Nacional já existia anteriormente, embora com outro nome, CSN (Conselho de Segurança Nacional). Hoje, ele é mais consultivo, enquanto o CSN *era* um órgão de execução da política de segurança.

Embora a CF não seja clara, a doutrina entende que a consulta ao CDN é obrigatória para os atos específicos do parágrafo primeiro, do art. 91, sendo relevante para os atos do inciso I ouvir os Ministros Militares e das Relações Exteriores; para os atos do II devem ser ouvidos os Presidentes da Câmara e do Senado devido à supressão das garantias constitucionais decorrentes. Lamentavelmente, os Ministros das Minas e Energia não tem assento no Conselho, pois lhes competiria opinar sobre a hipótese do art. 91, parágrafo primeiro, inc. III e, pelo que consta do texto constitucional a CF é omissa a respeito quando trata do Conselho de Defesa Nacional, embora o final do "caput" do art. 91 sugira que os enunciados são membros "natos", abrindo perspectivas para que o CDN seja integrado por outros membros.¹⁰

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA VERSUS IMPARCIALIDADE JURISDICIONAL

Ao falar das atribuições do Poder Executivo é importante destacar a discricionariiedade administrativa, que caracteriza esse poder estatal. Diferentemente dos atos judiciais, exercidos por órgão imparcial, e onde toda decisão deve ter fundamentos de direito sob pena de nulidade (art. 93, inc. IX, da CF), a administração pública possui uma maior liberdade de ação, chamada de *discricionariiedade administrativa*, permitindo que o poder executivo cumpra sua função *política* de administrar.

Na *atividade administrativa*, o poder age no próprio interesse de bem administrar os órgãos de atuação do Estado, com o que os seus dirigentes granjearão o respeito e admiração do eleitorado.

Na *atividade jurisdicional* o julgador não pode nem mesmo ter a expectativa de agradar às partes ou a quem quer que seja, qualquer quebra

da postura equidistante compromete o resultado da atividade estatal como bem demonstrou Chiovenda¹¹. Ao procurar não prejudicar a parte de quem é desafeto, termina beneficiando-a. Do contrário, procurando ser imparcial com os afetos, é rigoroso demais. Esse inolvidável mestre italiano estabeleceu como pressuposto à definição da Jurisdição como "atividade estatal que realiza o direito positivo" o caráter substitutivo dessa atividade, onde as partes são substituídas por um *um órgão estatal imparcial* para bem compor o litígio.

Mas a península efervescia com grandes pensadores iniciando-se longo processo dialético nas investidas de Carnelutti¹² e seu conceito de lide.

Allorio¹³ desenvolveu a idéia originalmente de Calamandrei¹⁴ quanto à *pedra de toque* que seria a coisa julgada, tese que floresceu com a adesão, dentre outros, de Couture¹⁵ e, no Brasil, de Frederico Marques, Arruda Alvim, Lopes da Costa, e muitos outros. Essa sucessão de tesouros de direito processual fez com que a idéia, verdadeiramente brilhante de Chiovenda, da substitutividade, muito contestada em face do processo penal e da jurisdição voluntária¹⁶, só muito mais tarde fosse alcançada em sua genialidade pela obra de Gian Antonio Micheli.

Micheli, em memorável ensaio *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*¹⁷, dá-nos conta das alturas alcançadas no pensamento de Chiovenda. O mesmo diapasão é encontrado em J. J. Calmon de Passos¹⁸, reproduzindo a lição de Marco Tullio Zanzucchi¹⁹.

Chiovenda, quando falava em *jurisdição como atividade substitutiva*, queria deixar claro que o juiz substituiu as partes para julgar de forma imparcial por ser um terceiro, totalmente desinteressado no resultado²⁰. A imparcialidade e o desinteresse do *estado-juiz* na solução do litígio são indispensáveis na atividade jurisdicional, ao passo que a parcialidade e o envolvimento/interesse nos resultados são características da atividade administrativa.

Mas justamente em razão do envolvimento do administrador e de seu interesse no resultado de sua atividade, é que a discricionariedade sofre limites. Os atos devem respeitar os princípios da *legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade*, a *serviço do bem comum*, expressos no art. 37, *caput*, da CF, aos quais a

doutrina acrescenta, com respaldo na jurisprudência, a *vedação do "desvio de poder"*, derivado do princípio da legalidade; o princípio da *"razoabilidade"*, de inspiração norte-americana e os *princípios gerais de direito*.

2.1. Medidas Provisórias

As Medidas Provisórias foram incorporadas em nossa Constituição a partir do modelo Parlamentarista, prevendo a adoção desse sistema. Adotada como alternativa ao famigerado decreto-lei, revelou-se mais danosa.

Como no dito popular, pior emenda que o soneto.

Enquanto os decretos-lei possuíam limites ao seu emprego, as novas Medidas Provisórias ampliaram o leque de hipóteses de utilização para qualquer caso onde, a critério exclusivo do Presidente de República, haja *"relevância e urgência"*. A limitação temporal revelou-se inócua. A cada trinta dias, o Executivo edita nova MP de texto igual ou semelhante à anterior.

Esse emprego abusivo de MP, centenas e centenas, permitiu que o Executivo usurpasse a função básica do Poder Legislativo, praticamente inviabilizando a atuação dos Parlamentares, "soterrando" o Congresso com uma avalanche de sucessivas MP's cujo exame obrigatório compromete o tempo útil dos representantes do Povo que, passados 5 anos da edição da CF de 1988, ainda não havia regulamentado nem um décimo dos artigos da Constituição Federal que exigiam leis complementares ou ordinárias. A inoperância do Legislativo assoberbado pelo expediente, "justifica" mais e mais atividade legislativa anômala do Poder Executivo, sendo necessário por fim a tal expediente, antes que se eternize.

2.2. Controle Judicial

A CF de 1988 ampliou o controle judicial da administração pública, permitindo ao Judiciário anular atos administrativos contrários ao interesse público, mesmo que se trate de acolher diversos princípios — como demonstrou a professora Dra. Maria Sylvia Zanella di Pietro²¹, que dia 27 de setembro de 1993, a convite do Procurador Geral do Estado do RGS, Dr. Gabri-

el Pauli Fadel, desceu em Porto Alegre especialmente para brindar os Procuradores do Estado com uma conferência especial.

A persistir a acomodação do Parlamento em face do abuso, pelo Executivo, de Medidas Provisórias, o único mecanismo que restará para reprimir essa usurpação de poder será o Judiciário.

Os juizes que já possuem casos demais para julgar, serão convocados a decidir sobre a conveniência da edição da norma diante dos pressupostos de *"relevância e urgência"* impostos pela Constituição Federal (art. 62).

O controle judicial do uso abusivo de Medidas Provisórias poderá ocorrer em todos níveis de controle da constitucionalidade dos atos legislativos, desde o controle difuso, caso a caso, ou mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade veiculada por algum(ns) dos legitimados (art. 103). E não será demais lembrar da possibilidade do Estado ser acionado pelo dano provocado pelo ato legislativo.²²

2.3. Política e Poder

O Estado é uma entidade abstrata, com objetivo ideal de alcançar o bem comum. Sendo dirigida por seres humanos, cumpre evitar que esses condutores desviem-se (ainda que involuntariamente) da função estatal. Por isto existem as Constituições e Leis, regulando os atos do dirigentes no exercício da soberania estatal, repartindo os poderes. As atribuições do Poder Executivo devem ser exercidas para bem comum, sem desvio de função. E se o Poder Legislativo tem suas funções usurpadas ao ponto de ficar indefeso diante do uso abusivo de Medidas Provisórias, restará sempre o Judiciário atento para coibir os abusos, com a imparcialidade característica dos órgãos jurisdicionais.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 Ensaio elaborado a partir da prova escrita realizada no concurso de provas e títulos para o cargo de Professor de Direito e Legislação na UFRGS onde o autor foi aprovado com média 9,33. Um trecho deste trabalho, e antes das revisões e ampliações, foi publicado com o nome de *Controle jurisdicional do abuso de medidas provisórias* na "Adv" Advocacia Dinâmica do COAD, em seu *Boletim Informativo Semanal* nº 28/95, 14 de julho de 1995, p. 305-307.

- 2 O recente "impeachment" de Fernando Collor foi caso tão excepcional, que só vem confirmar a regra.
- 3 Rui Barbosa, "Oração no Colégio Anchieta", 1903, "apud" Alcides de Mendonça Lima, "A primeira Constituição Republicana do Brasil", in: Revista da Ajuris, 51, p. 20 "usque" 30.
- 4 Nas atribuições de Chefia de Governo poderíamos incluir, ainda, os dois incisos I, III, IV, V, VI, XI, XIV, XV, XVI, XXIV do art. 84 da Constituição Federal, e as das alíneas a), b), c), d) e e), do inciso segundo, do parágrafo 1º, do art. 61 (CF), embora algumas de forma controversa. É o caso do veto (art. 84 — V) onde o Presidente deve agir em defesa da Constituição — embora esse instituto tenha muito maior uso político. Para derrubar o veto é necessário quórum qualificado, nem sempre possível. As demais atribuições do art. 84, com maior ou menor grau, são atos de Chefia de Estado.
- 5 A atual CF reduziu o limite de idade dos Ministros, que era de 25 anos, para 21 anos.
- 6 Atos privativos do Presidente da República são os mencionados no art. 61, parágrafo primeiro, bem como os do art. 84, incisos I, II, III, IV, V, VII, IX, X, XI, XII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV e XXVI. Os demais, são atos delegáveis aos Ministros de Estado.
- 7 Prof. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, RT, 1989, p. 471.
- 8 A única exceção à livre escolha do executivo são as universidades onde há eleição dos reitores e diretores das unidades.
- 9 O Conselho da República foi uma inovação da Comissão de Sistematização visando adequar a nova Carta ao almejado Sistema Parlamentarista.
- 10 Diferente no Conselho da República, onde o Presidente poderia convocar outros Ministros (art. 90, parágrafo), a CF é omissa quanto a tal possibilidade no CDN.
- 11 Giuseppe Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, parágrafo segundo, ou na edição brasileira das *Instituições de Direito Processual Civil*, na excelente tradução anotada por Liebman.
- 12 Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, 1936, v. 1, p. 131:269.
- 13 Enrico Allorio, *La cosa giudicata rispetto terzi*, 1935 & *problemas del derecho procesal*, II, tradução espanhola, Buenos Aires.
- 14 Piero Calamandrei, *Limites entre jurisdición y administración en la sentencia civil*, nos *Estudios sobre el proceso civil*, tradução argentina de 1961, p.48.
- 15 Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesual civil*, 1958, p. 42.
- 16 No processo penal, e mesmo no processo civil na jurisdição denominada de *voluntária* certos juristas alegam dificuldades de vislumbrar a substitutividade. Isso decorre de uma análise superficial do fenômeno que, em profundidade, revela justamente no terceiro imparcial o aplicador da lei conciliando o conflito entre o interesse privado ofendido (no processo penal) ou tutelado (na jurisdição voluntária),

- que motivam a proibição da vingança privada naquele, e o revestimento de formalidades impostos a certos atos, nestes. Para descobrir um novo enfoque possibilitando vislumbrar a natureza substitutiva da jurisdição *graciosa* e penal, veja nosso trabalho *Chiovenda, jurisdição voluntária e processo penal* publicado na *Revista de Processo*, RT, v. 81, janeiro-março de 1996, p. 233-239, bem como *Revista Trabalho & Processo ou Trabalho e Doutrina*, Saraiva, v. 7, dezembro de 1995, p. 132-139.
- 17 Gian Antonio Micheli, *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, *Rivista*, 1947, v. 1, p. 31, traduzido para o espanhol e re-publicado em 1970 nos *Estudios de derecho procesal civil*, v. IV, p. 18.
- 18 J. J. Calmon de Passos *Da jurisdição*, 1957, p. 31.
- 19 Marco Tullio Zanzucchi *Diritto processuale civile*.
- 20 Por isto que quando das polêmicas em torno do SFH os juizes que eram mutuários do sistema consideravam-se suspeitos para decidir tais causas pois, como mutuários, possuíam interesse (ainda que remoto) de que prevalecessem as teses que reduziam as prestações.
- 21 Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição Federal de 1988*, tese de livre-docência na USP, aprovada com grau 10 pelos 5 membros da banca examinadora composta, entre outros, por José Cretella Jr., e publicada pela Atlas em 1991.
- 22 Cesar Viterbo Matos Santolim, *A responsabilidade Civil do Estado*, trabalho apresentado no Mestrado em Direito da Ufrgs, e publicado na *Revista Estudos Jurídicos*, da Fac. de Direito da Unisinos, v. 22, nº 55, p. 45:54; confira também Luiz R. Nuñez Padilla, *Responsabilidade Civil do Estado por Ato Jurisdicional*, *Adv-Advocacia Dinâmica (COAD)* 1993, p. 107.

A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP.

Doutor em Direito pela Universidade de Paris.

Professor Visitante da Universidade de Aix-en-Provence (França).

Membro da Comissão Executiva da

Associação Internacional de Direito Constitucional.

Presidente do Instituto "Pimenta Bueno"

(Associação Brasileira dos Constitucionalistas)

1. Tanto no Brasil como no estrangeiro preocupam-se juristas e politólogos com o fenômeno da judicialização da política. Aqui, já é ele, há certo tempo, assunto de debate tanto no meio jurídico quanto no político¹.

Lá fora, o interesse pelo tema levou à publicação de um número especial da *International Political Science Review*, intitulado "*The judicialization of politics*"².

I — O CONCEITO DE JUDICIALIZAÇÃO

2. Entende-se por *judicialização da política* a tendência a atribuir, ou submeter, aos tribunais judiciais a decisão de mérito a respeito de ações administrativas ou normas obrigatórias. Ou seja, decisões "políticas", porque concernentes ao interesse da comunidade.

Talvez melhor fosse falar em *judicialização do político*, pois a fórmula *judicialização da política* traz a impressão errônea de que a disputa política é que é judicializada, quando é a ação governamental que cai nas mãos dos juizes. Entretanto, a experiência mostra que não adianta lutar contra expressões difundidas, mormente quando elas soam bem. É o caso da expressão empregada.

Em outras palavras, consiste a *judicialização* em atribuir ao Judiciário decisões que, nos termos da doutrina clássica da separação dos poderes, incumbiriam ao Executivo ou ao Legislativo. Decisões estas de caráter político, eis que

afetam o destino da comunidade (a *polis*), ou importam em orientar em direção a objetivos determinados a máquina governamental, em decorrência de uma visão do bem comum.

Num sentido mais fraco, todavia, a expressão é empregada para designar a adoção de procedimentos próximos aos típicos da Justiça para a preparação da tomada de decisões por órgãos administrativos ou legislativos. Assim, nos Paramentos, os *hearings*, em que se ouvem interessados na decisão a ser tomada, nas administrações, o convite aos interessados para que se manifestem, como se faz às vezes no caso de operações de renovação urbana, de desapropriações para grandes obras, de obras que possam afetar o meio ambiente, etc. Não é esta judicialização, entretanto, que nos preocupa neste trabalho.

II — A JUDICIALIZAÇÃO NO ESTRANGEIRO

3. Nos Estados Unidos, a judicialização no sentido forte vem de longe. Talvez por isso seja esse país o lugar em que aparece mais avançada³.

Está ela intimamente ligada à *judicial review*, ou melhor, um alargamento do escopo da mesma. De fato, a Suprema Corte, de 1954 para cá, embora com menor intensidade nos últimos anos, vem, ao fulminar atos ou normas por inconstitucionalidade, afirmando *padrões positivos* que devem ser obrigatoriamente seguidos.

Ora, estes padrões são, conforme o caso, impositivos para o legislador, ou para a administração pública.

O marco inicial dessa nova postura é a famosa decisão *Brown v. Board of Education*⁴ que impôs a dessegregação das escolas. E a determinou com "all deliberate speed".

Na verdade, como aponta Martin Shapiro, a Suprema Corte, sob a direção de Earl Warren, veio a definir o procedimento policial em relação a suspeitos ou acusados, um novo direito relativamente à obscenidade, a reforma do sistema de eleição dos deputados estaduais e federais, etc. Sob Burger, quanto ao aborto, a pena de morte e as condições das prisões, etc.⁵

4. O fenômeno também é patente na Alemanha⁶. A Corte Constitucional não se tem contentado, na função de controle de constitucionalidade, com a alternativa de, ou nulificar a lei, ou considerá-la consentânea com a Lei Magna. Assim, construiu a técnica da "interpretação de acordo com a Constituição" (*verfassungskonforme Interpretation*), pela qual entende constitucional uma lei, desde que ela seja interpretada de um determinado modo que fixa. Igualmente, pode ser considerada como a criadora da "inconstitucionalidade por omissão", não só condenando a omissão do legislador como assumindo, ou pelo menos dispondo-se a assumir o papel deste, escoado um prazo por ela própria fixada. Isto, afora a adoção de critérios como o de proporcionalidade, para o crivo das normas legais que envolvem sempre um certo grau de subjetividade.

Por outro lado, sempre por meio do controle de constitucionalidade, tem afeiçoado a seus critérios a legislação eleitoral. Por exemplo, ao fixar em 0,5% dos segundos votos (os partidários) o limite mínimo, para que o partido tenha direito a reembolsos de despesas eleitorais e não 2,5% como estava na lei. Ou ao julgar que os limites máximos para as contribuições para despesas eleitorais seriam inconstitucionais se fixados em proporção aos resultados eleitorais ou à riqueza do contribuinte, mas sendo válidas as contribuições de até 100.000 DM por parte de indivíduos ou firmas. Nessas decisões pode manifestar-se o bom senso, mas é difícil vê-las justificadas por critérios constitucionais objetivamente determinados.

5. E o mesmo fenômeno se pode apontar na Grã-Bretanha, na Suécia, na Holanda⁷, etc.

III — A JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL ANTES DA CONSTITUIÇÃO EM VIGOR

6. Antes da Constituição de 1988, era negligenciável a judicialização da política no Brasil, embora nalguns pontos ela já aparecesse. Não por obra do Supremo Tribunal Federal que, no tocante ao controle de constitucionalidade, sempre assumira uma posição de contenção, mas devido à atuação de juízes e tribunais estaduais.

Na verdade, foi na ampliação jurisprudencial do âmbito da ação popular que a judicialização primeiro se manifestou. Isto se deu a partir dos anos setenta, quicá em reação contra a falta de controle político da atuação governamental em razão do chamado regime militar.

Uma interpretação larga de "patrimônio público" ensejou que os juízes se habilitassem ao controle de atos concernentes ao meio ambiente, à herança histórica, às paisagens e à cultura, ao mesmo tempo que, por uma interpretação larga de "lesividade", ousaram alguns identificá-la a conveniência, necessidade, adequação, etc.

Por outro lado, como essa ação comporta liminar suspensiva do ato impugnado, e cai ela na competência do juiz singular — mais moço e mais ousado — o Judiciário, e por intermédio de seus juízes mais jovens, passou a interferir nas opções governamentais, proibindo construções, demolições, enchimento de represas, etc.⁸

A seu turno, às vésperas da nova Constituição um novo instituto — a ação civil pública — trouxe uma importante contribuição para a judicialização. Esta ação, criada, em 1985, pela Lei nº 7.347, tem como escopo fazer valer a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, atribuindo-se a legitimidade ativa para ela ao Ministério Público.

Ora, freqüentemente é o próprio Estado, por suas projeções, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, o acusado por esses danos. Assim, por meio da ação civil pública — pode-se dizê-lo — é a própria

atuação do Estado que é contestada. E num terreno em que não podem existir padrões legais definidos, prevalecendo apreciações de oportunidade e conveniência não raro subjetivas.

Se essa lei pôs o Ministério Público na primeira linha do combate a erros e abusos do Governo — politizando-o — evidentemente ela obriga o juiz, em muitos casos, a assumir a postura de administrador, devendo sopesar aspectos de conveniência, de oportunidade, a fim de decidir o mérito do pleito.

IV — A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

7. Incontestavelmente, porém, foi a Constituição de 1988 que, consciente ou inconscientemente, determinou ampla e visível judicialização da política. E isto não só, diretamente, em razão de institutos que adotou, ou do caráter de seu texto, como por haver ampliado ao alcance de outros, criando, ademais, indiretamente um ambiente propício ao uso de instrumentos há muito consagrados, como o mandato de segurança, num sentido de interferência com a política de governo (reputada inadequada, ou injusta).

A — A Contribuição do Texto

8. O próprio estilo (ou sua falta) de redação da Carta de 1988 provoca essa judicialização.

Por um lado, o texto não segue nem de longe os padrões da terminologia jurídica. Leva o intérprete, portanto, o juiz, a ter de adivinhar, e aí cada um lê o que gostaria de ler. Contém absurdos, como a fixação de um máximo de juros numa economia como a brasileira, sugerindo com isso que não se leiam alguns preceitos. Aprecia fórmulas genéricas, de conteúdo indeterminado, como "sadia qualidade de vida", "recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessários a sua reprodução física e cultural", "exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores", "moralidade administrativa", etc. E assim força a apreciações valorativas que evidentemente envolvem um grande subjetivismo.

Ademais, como técnica de conciliação, a Constituinte teve o mau vezo de combinar no mesmo dispositivo o que queria a esquerda e o

que queria a direita, por meio de redações arrevezadas, obscuras, ou por meio da cláusula dilatória "nos termos da lei" — que cada lado podia apresentar como vitória sua. E com isto deixando ao Judiciário, por sua conta e risco, dar-lhe sentido e suportar a inخورável crítica de um setor da opinião. Que tal dirimir entre a expropriação para reforma agrária do imóvel que "não esteja cumprindo sua função social" quando esta não pode colher "a propriedade produtiva"?

B — O Controle de Constitucionalidade

9. Vejam-se, por outro lado, as inovações ou ampliações de institutos já presentes no direito anterior.

O primeiro ponto a salientar concerne ao controle de constitucionalidade, por meio da ação direta de inconstitucionalidade.

Observe-se, desde logo, que na repercussão política há uma imensa diferença entre o controle incidental e o controle direto. Naquele, com a sutileza posta por Marshall, o juiz não é levado a um confronto direto com o legislador. Ele afasta a aplicação da norma (inconstitucional), no exercício da função típica de determinar a regra aplicável a um caso concreto. Ele não a declara nula, inválida, isto são decorrências doutrinárias, nem lhe suspende a execução *erga omnes*, esta é uma atribuição do Senado, poder político e integrante do Legislativo. Ademais, vindo caso a caso o seu impacto é suave sobre a pele do parlamentar. E o mais das vezes há uma demora entre a promulgação da lei e a sua aplicação, longa suficientemente para que o sentido de paternidade parlamentar se tenha acalmado.

Na ação direta, não, ainda mais com a possibilidade da liminar. O juiz julga a lei e quando dá a inconstitucionalidade reprova o legislador. Freqüentemente pouco depois da edição da regra. Se essa ação tem inegáveis vantagens quanto à segurança jurídica, apresenta a desvantagem de fazer evidentemente um conflito entre poderes. Um a invocar a soberania democrática, outro o império da Constituição.

A ação direta de inconstitucionalidade já existia antes da promulgação da Carta atual, mas só podia propô-la o Procurador Geral da República. Isto indubitavelmente representava um freio e uma seleção das demandas de inconsti-

tucionalidade, por motivos perfeitamente óbvios.

Generosamente, porém, a nova Carta estendeu a legitimidade para essa ação não só a inúmeras autoridades, mas igualmente a partidos políticos, a confederações sindicais ou a entidades de classe de âmbito nacional, etc.

O resultado foi, como se tem diante dos olhos, não apenas a multiplicação dessas ações, mas também a multiplicação de conflitos entre o Supremo Tribunal Federal e o legislador, mormente o legislador de fato, o Executivo, inclusive com suas medidas provisórias que ignoram — às vezes parece de propósito — as normas constitucionais.

10. Se isso não bastasse a Constituição acolheu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (no cumprimento de norma constitucional). Sem dúvida, essa cópia da Lei Magna Portuguesa de 1976 se situa bem dentro do espírito da constituição-dirigente à moda de Canotilho. Com efeito, esta preordena num rumo definido — no original o estabelecimento do socialismo e depois do comunismo — a atuação dos sucessivos governos, por meio da possibilidade de impor a estes, por via judicial, a efetivação dos programas, e evidentemente de normas programáticas.

Esta ação levada a sua consequência lógica faria do Judiciário um legislador. De fato, o poder de declarar “a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional” deveria ter como consectário o poder de regular a matéria a respeito da qual o Congresso Nacional se omitiu. Entretanto, embora houvesse na Constituinte quem o desejasse, o texto adotado não foi tão longe — apenas determinou que, reconhecida a omissão, será dada ciência da mesma ao Congresso Nacional.

De qualquer modo, esta “ciência” importa numa censura, ainda que com as famosas luvas de pelica, ao Congresso.

11. Aproxime-se desta ação o mandado de injunção. Este, que não tem precedente nacional ou estrangeiro, a não ser a própria inconstitucionalidade por omissão, visa a tornar possível o exercício de “direitos e liberdades constitucionais”, inviabilizado por falta de norma regulamentadora. Sua decorrência lógica seria o suprimento da lacuna, isto é, a edição da norma regulamentadora.

Houve, na Constituinte, quem o quisesse. Contudo, como a idéia provocasse resistência, chegou-se a um acordo: inseriu-se no texto somente a hipótese em que caberia o instituto, deixou-se o mandamento, a consequência ao Judiciário... E grande parte da doutrina, vigente a Constituição, quis que o Supremo levasse às últimas esse novel instituto incompleto, e assumisse a postura de legislador. Ele não o fez e quanta crítica desabou, e ainda desaba, sobre ele.

De qualquer modo, aqui, de novo, a Constituição faz o Judiciário de censor do Legislativo e se não o traz à legiferação, o deixa no limiar disto.

12. Some-se isto a contribuição da Emenda Constitucional nº 3/93, a ação direta de constitucionalidade. Esta, como a expressão indica, visa a declarar constitucional lei ou ato normativo federal. Isto é à primeira vista surpreendente. De fato, em termos doutrinários, a constitucionalidade é presumida.

O intuito, porém, que levou à instituição é claro. Por um lado, é evitar longas controvérsias sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, mormente de leis ou medidas provisórias. Por outro, é obter do Supremo, por meio de uma “ação” sem contraditório — se de ação se possa chamar um processo sem contestação — uma como que “sanção” judicial da norma.

Tal posição revoluciona o papel deste Tribunal como controlador de constitucionalidade, aproxima-o do Conselho Constitucional francês que examina a constitucionalidade da lei, antes de entrar esta em vigor (podendo sugerir alterações nelas que a tornem compatível com a Lei Magna).

E não se olvide que as decisões definitivas de mérito em ações de constitucionalidade têm “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

C — O Controle da Administração

13. No que tange à judicialização da política no plano administrativo, a Constituição já encontrou os dois grandes instrumentos pelos quais ela hoje ocorre a ação popular e a ação civil pública. Deu-lhes, porém, um campo mais amplo, pois consagra na sua letra a extensão

jurisprudencial daquela, e quanto a esta lhe concede o que a lei lhe vedava, ou seja, a intervenção em questões referentes ao patrimônio público. E sempre com a possibilidade das limitações.

Ninguém contestará os aspectos positivos de uma ampliação do controle sobre a administração pública. Mas a que consagra a Constituição no ponto em exame, tem alguns inconvenientes que seria necessário corrigir.

A ação popular e a ação civil pública têm sido freqüentemente usadas como arma política. Elas são exigidas pelas oposições contra governantes, sobretudo contra os que não são “politicamente corretos” ao ver da imprensa, da intelectualidade, e da classe média (alta) de que fazem parte juizes e membros do Ministério Público. Sua proposição é acolhida com aplausos por parte da imprensa de oposição, dá o famoso minuto de celeridade a quem as propôs, inclusive os membros do Ministério Público, e sua acolhida, especialmente numa liminar dada de chofre, ao juiz. Ademais, como as questões que provocam essas decisões são “notícia”, freqüentemente são elas tomadas perante as câmaras da televisão (ou sob a pressão delas). Mas este é o problema da “videodemocracia”.

Ora, o juiz que decide essas ações em primeira instância, não raro ingressou há pouco na carreira, é inexperiente. Não sabe resistir à pressão dos meios de comunicação, por isso às vezes cede, curvando-se ao que é politicamente correto.

D — O Controle das Eleições

14. Igualmente, a Constituição já encontrou a Justiça Eleitoral, mas, com muito boas intenções, lhe alargou a esfera.

De fato, institui uma ação de impugnação de mandato, fundada em “abuso de poder econômico, corrupção ou fraude”. Pondo-se de lado esta última hipótese, as duas outras obrigam a Justiça a emergir num terreno movediço que é o do financiamento eleitoral.

O ponto mais delicado, porém, concerne ao verdadeiro poder normativo que tem esta Justiça no que tange às eleições. É ela que, por meio de “instruções”, regulamenta o processo eleito-

ral. Nisto, incontestavelmente ocorre uma judicialização da política. O “legislador” em pontos importantes é o Judiciário.

E — Razões da Judicialização

15. Cabe indagar o por quê desse fenômeno de judicialização.

Tendo em mente o caso norte-americano, Shapiro aponta que isso se desenvolveu em reação à “política partidária eleitoralista” (“*partisan electoral politics*”) e à “pressão dos grupos de interesse” (“*interest group lobbying*”). E comenta: “Uma corte, não eleita, ‘independente’ e ‘neutra’ dá um passo adiante para corrigir uma ‘falha’ ou a ‘patologia’ do processo democrático. A substituição do ‘*judicial policy making*’ ao ‘*legislative/executive policy making*’ é legitimado em parte pela invocação dos direitos da minoria contra a vontade da maioria e em parte pelo argumento de que em algumas raras instâncias a democracia não se corrige (“*is not self-correcting*”) sem a intervenção judicial”⁸.

16. No Brasil, como já aponte no artigo mencionado, o apelo à judicialização tem algumas razões fáceis de identificar.

Embora não haja — que se saiba — qualquer doutrina por detrás disto, o Judiciário goza de uma confiabilidade que os Poderes “políticos” Legislativo e Executivo perderam. Estes são olhados com desconfiança pela opinião pública, a alimentada pelos meios de comunicação de massa.

A presunção de que os atos destes dois Poderes sejam legítimos e visem ao interesse geral, mantém-se no plano jurídico-formal. Do ângulo da opinião pública, não. São eles compostos de “políticos” e estes são objeto de escárnio, pois, todos duvidam trabalhem para o interesse geral.

Na verdade, o próprio legislador constituinte assumiu essa posição de descrença. A inconstitucionalidade por omissão, o mandato de injunção, as minudências de caráter infraconstitucional do texto — bem como os inúmeros prazos para a edição de leis, afora a preordenação do conteúdo destas, para vigorar até que venha a lei regulamentadora, que estabelece o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias — de-

monstram suficientemente que o constituinte não acreditava no trabalho do legislador ordinário.

Este descrédito não colhe o juiz. No fundo, é este uma personalidade mais próxima dos bem pensantes que fazem a opinião pública. E mais aceitável para essa burguesia "esclarecida". É formado a nível superior, selecionado por meio de concurso, adstrito à independência e à imparcialidade, por isso — entende essa faixa da sociedade — é melhor que a ele seja dada a decisão em matérias importantes — como as grandes decisões políticas — do que aos "políticos" — vistos como ignorantes, corruptos, interesseiros, demagógicos...

Ainda mais que o processo judicial assegura a manifestação de opiniões diversas (o contraditório), e leva a decisões que são reexaminadas em nível superior. Por isso, supõe-se que essas decisões sejam corretas e objetivamente tomadas.

Além disso, há um fator social. Os juizes pertencem, no Brasil, à classe média alta, "politicamente correta". Ora, esta classe, a formadora da opinião pública, descrente nos políticos (que considera mais ou menos populistas) evidentemente sente maior confiança nos seus...

Enfim, muito tem contribuído para a judicialização nos últimos anos o ativismo de jovens juizes. Estes não têm hesitado, no controle de constitucionalidade difuso, em se contrapor ao Governo, anulando freqüentemente os seus atos. Reação a isto é exatamente a instituição, já comentada, da ação direta de constitucionalidade, claramente destinada a coibir a atuação crítica dos escalões inferiores da magistratura. Isto, concentrando nas mãos do Supremo a apreciação da constitucionalidade de leis potencialmente controversas, e, mais, impondo a sujeição de todos os outros juízos à decisão tomada por essa Corte.

18. Mas é preciso convir que os magistrados não estão, de modo geral, preparados para o tipo de decisões que deles reclama a judicialização, principalmente quando esta os leva a substituir o administrador. O tino administrativo não é dos que se adquirem no estudo dos livros mas exige experiência que, se às vezes o administrador político não possui, a sua assessoria de funcionários experimentados, não raro tem. Mesmo a redação de leis tem uma técnica

própria que a maioria dos juristas — habituados a aplicá-las — não dominam.

Por outro lado, a decisão política reclama freqüentemente a ponderação de inúmeros aspectos e interesses contraditórios. É muitas vezes uma escolha entre males necessários, ou entre valores prestigiados, mas que se opõem no caso concreto.

Isto bem se vê nas momentosas questões ambientais, ou assemelhadas: energia nuclear (com os vazamentos), energia hidráulica (com as imensas inundações e a destruição ou até a extinção de espécies animais e vegetais), energia da combustão (do petróleo, da madeira, do carvão e a poluição)? Ou falta de energia (com *black-out* nas cidades, paralisação do desenvolvimento industrial, falta de empregos ou mesmo desemprego)? Etc., etc. Assim, ela não se ajusta ao jogo de soma nula que decorre da decisão judicial: certo (lícito), errado (ilícito). Nem deflui pura e simplesmente de paradigmas legais.

Ora, o juiz está habituado a essa separação radical, preparado que foi para separar o legal do ilegal. Em razão disto, costuma ter uma visão maniqueísta das coisas. Ignora que a opção do administrador sopesa alternativas complexas, às vezes entre vários males. Assim, fulmina muitas vezes o que teve de ser decidido de pressa e envolve uma escolha que é... política em sua natureza, mas que não é a política que escolheria (mas não foi ele quem o povo elegeu). Acostumado a exigir o "certo" e a condenar o "errado", impõe, como se deu num caso clássico, sejam salvos os cervos do pantanal (espécie em extinção) antes de inundada uma barragem. Com isto, não só retardando uma obra de grande interesse geral, mas provocando um dispêndio que daria para construir habitações adequadas para toda uma (numerosa) comunidade, ou qualquer outra coisa que beneficiasse a população carente.

Enfim, cumpre não esquecer a questão da legitimidade. O juiz não é escolhido pelo povo (nem o deve ser), não representa o povo senão em termos metafóricos. Nem é desejável que se politize.

VI — A POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

19. A judicialização da política tem como contrapartida inexorável a politização da justi-

ça. O aspecto bem visível disto está no fato de que, hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela "opinião pública", o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação de massa.

Estes "profetizam" os votos dos membros de uma Corte — o Supremo Tribunal Federal, por exemplo — analisando posições jurídicas como se fossem opções ideológicas ou partidárias. E nisto são ajudados por membros do Judiciário que, em *off*, vazam informações, antecipam votos, movidos pelo desejo ou de agradar ou de justificar-se perante os "donos" da comunicação¹².

20. A politização da justiça é desejada por muitos no Brasil atual.

De um lado, são os que batalham para a adoção do "controle externo" do Judiciário. É claro que o pretexto é a necessidade de punir a incúria de magistrados, ou de reprimir seus eventuais abusos. Entretanto, a verdadeira finalidade é outra. De outro, os que postulam um direito "alternativo", versão ideologizada e simplista do "Freirecht". Neste caso, o pretexto é servir aos carentes.

Em ambos os casos, trata-se de politizar o sentido no sentido de impor às decisões judiciais um padrão que não é o da lei objetivamente considerada, nem o da justiça intemporalmente encarada, mas "partidária". Seja este o partidatismo de uma corrente política, seja ele o posicionamento "politicamente correto"¹³.

Em ambos os casos, em favor disto invoca-se a democracia, a vontade popular.

Entretanto, a democracia moderna — a democracia representativa — é uma forma de governo misto, de acordo com a longa tradição de que a melhor forma não é qualquer das puras, mas a que combine o lado positivo de cada uma das três formas clássicas, evitando o lado negativo de cada uma delas¹⁴.

Nesse quadro, se a orientação política geral é dada pelo Executivo, hoje Governo, e pelo Legislativo, ambos eleitos pelo povo, ao Judiciário é dado o papel de freio em defesa da justiça. Por isso, é ele um poder técnico, estruturado de modo a atender às exigências de imparcialidade e independência. Os outros são poderes políticos, ele não o deve ser.

21. Não é preciso sublinhar o perigo que traz consigo a politização da justiça. Basta lembrar

que ela pode vir a sobrepor considerações de oportunidade, ou de conveniência à apreciação objetiva da legalidade, ao reconhecimento e à reparação do direito individual, mormente fundamental, quando violado. Nunca se deve esquecer que a suprema garantia da liberdade é um Judiciário independente, como o comprovam séculos de história. A verdade é que o juiz deve servir à justiça, sob pena de desaparecer o Estado de Direito.

V — JUDICIALIZAÇÃO E SEPARAÇÃO DOS PODERES

22. A análise da Constituição de 1988 exigiu o emprego do termo *controle* para designar a atividade que, em diversos campos, exerce o Judiciário. Há uma razão para isto.

Embora o termo controle tenha entre nós um sentido fraco, vindo do francês *contrôle*, com a significação de fiscalização, verificação — e certamente foi com este sentido que a doutrina clássica o aplicou a propósito das questões de constitucionalidade — tem ele também um sentido forte, vindo do inglês *control*, onde transparece a idéia de comando.

Ora, é este sentido forte que espelha o papel dado pela Carta vigente ao Judiciário nos planos examinados.

De fato, se não pode dizer que neles o Judiciário comande positivamente, inegável é reconhecer que ele aí desempenhe um poder negativo, uma espécie de veto absoluto. Fazendo um paralelo com a distinção de Montesquieu entre a *faculté de statuer* e a *faculté d'empêcher* no processo legislativo, o Judiciário tem, hoje, nitidamente, uma *faculdade de impedir*⁹.

Tal faculdade é intrinsecamente política. E, como se assinalou, ela cobre todo o campo do político, desde o processo eleitoral em que se selecionam os representantes do povo — os governantes — até o exercício do Poder que se expressa tanto nas leis como nos atos de administração.

23. A transformação do Judiciário em um dos órgãos de controle que devem existir no Estado contemporâneo, foi há bom tempo antecipada por Karl Loewenstein. Este mostra que a tipologia das funções de que se serviu Montesquieu está superada na realidade hodierna. Não, todavia, a idéia de distribuir o seu exercício por

órgãos separados. A seu ver é necessária uma nova "separação dos poderes" que leve em conta as três tarefas que lhe parecem fundamentais atualmente: a definição da política (*policy decision*), a execução da política (*policy execution*) e o controle da política (*policy control*)¹⁰.

24. Curiosamente, entretanto, o posicionamento do Judiciário na Constituição de 1988 muito se aproxima da versão (clássica) da separação dos poderes presente no *Espírito das Leis*. Neste, ela tem caráter político e não jurídico. Traduz o ideal do governo misto, procurando equilibrar as relações de poder, por meio de uma divisão em que a atuação política, ou governamental, dependa de três Poderes que encarnam três forças sociais. O Legislativo pelo qual se exprime o povo (ou seus representantes), o Executivo (o rei), o Judiciário (a magistratura, elite profissional). De fato, no livro de Montesquieu, os três Poderes podem reciprocamente paralisar-se, caso não se disponham a caminhar de concerto¹¹.

Na Carta em vigor, o rei é o Presidente eleito diretamente pelo povo todo que exerce o Executivo; o Legislativo são os representantes dos grupos parciais; o Judiciário, uma elite instruída e não corrompida.

25. Note-se, ademais, que a judicialização biparte a função dos juizes e tribunais. De fato, lado a lado, atuam juizes e tribunais que passam a enfrentar decisões políticas, e juizes e tribunais que continuam no campo tradicional — a dirimir conflitos entre pessoas, a punir criminosos.

Mas, não havendo uma especialização — salvo e dentro de certos limites — são os mesmos indivíduos que passam de um plano para outro.

Estes juizes, todavia, que são obrigados a se substituir aos administradores ou legisladores, tem a mesma formação e são selecionados pelos critérios tradicionais — salvo nos mais altos tribunais — que os outros, que cuidam de questões de litígios entre particulares ou sancionam condutas delituosas.

VI — OBSERVAÇÕES FINAIS

26. O fenômeno da judicialização da política, nítido no Brasil atual, deve ser encarado com seriedade e estudado com profundidade.

Sem dúvida, é ele devido, sobretudo, à Constituição de 1988 que a impôs ao Judiciário. Não se trata, todavia, de um fenômeno peculiar ao Brasil, ao contrário, por toda parte ele se manifesta. Assim, não parece seja passageiro, facilmente reversível com uma revisão da Lei Magna. Mesmo porque se apóia nos institutos jurídicos na moda entre os juristas mais jovens — ação civil pública, inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção são para eles temas fascinantes.

Trata-se, porém, de uma questão a merecer aprofundada meditação. De fato, ela modifica muito do caráter do Poder Judiciário. Tem ela assim um profundo impacto sobre a organização do Poder, que importa numa revisão ou num reequacionamento da velha separação dos poderes (pelo menos da visão jurisdicista desta doutrina).

Talvez seja isto inexorável e atenda a exigências inafastáveis do Estado contemporâneo, como aponta Lowenstein. Mas tem uma contrapartida indesejável, qual seja a politização do Judiciário. Esta não deixa de ser uma ameaça ao Estado de Direito, além de colocar um problema do qual a doutrina foge. Ou seja, a questão da legitimidade democrática do Judiciário e, portanto, a de sua intervenção nos planos legislativo e administrativo da vida governamental.

O fenômeno da judicialização da política não pode, por isso, deixar de ser analisado a fundo, para que disto ressaltem todas as suas vantagens e desvantagens. Para tanto este trabalho procurou trazer uma contribuição, ainda que superficial, cuidando essencialmente de salientar seus traços principais e suas linhas fundamentais.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 No Brasil, esse já foi o tema de artigo que publiquei sob o título "O Poder Judiciário na Constituição de 1988" (RDA (out-dez 91, mas que circulou em março de 1995) 198/1). Igualmente, o assunto vem sendo debatido em numerosas oportunidades por autoridades do peso do Ministro da Justiça, o Prof. Nelson Jobim. Foi, outrossim, um dos temas discutidos no IV Encontro de Direito Constitucional (realizado em São Paulo em fins de agosto e início de setembro de 1995), com a participação de eminen-

tes juristas europeus, como o português Cardoso da Costa e o francês Louis Favoreu.

2 Volume 15, nº 2, abril de 1994.

3 Martin Shapiro, "Juridicialization of Politics in the United States", na *International Political Science Review* citada, p. 101 e s.

4 374 US 483 1954.

5 Shapiro, art. cit., p. 104.

6 Cf. Christine Landfried, "The judicialization of Politics in Germany", *International Political Science Review* citada, p. 113 e s.

7 Cf. sempre no citado número da *International Political Science Review*, Maurice Sunkin, "Judicialization of Politics in the United Kingdom", p. 125 e s.; Barry Holstrom, "The judicialization of Politics in Sweden", p. 153 e s.; Martin Edelman, "The judicialization of Politics in Israel", p. 177 e s.

8 Art. cit., p. 104.

9 Montesquieu, *Espírito das Leis*, livro XI, cap. VI.

10 V. Karl Loewenstein, *Political power and the governmental process*, Univ. Chicago Press, Chicago, 2ª ed., 1965, p. 42 e s.

11 *Espírito das Leis*, Livro XI, cap. VI.

12 No julgamento criminal do ex-presidente Fernando Collor pelo Supremo Tribunal Federal viu-se bem isto. A revista *Veja*, no domingo anterior, antecipou aspectos do julgamento que só lhe poderiam ter sido

dados por quem estivesse "por dentro". Jornais, como o *O Estado de S. Paulo* analisaram a composição do STF em termos próprios para avaliar as cores de uma câmara partidária.

13 Desse desiderato são significativas as manifestações de inconformismo de alguns juristas com o resultado do julgamento do ex-Presidente Collor pelo Supremo Tribunal Federal. Houve quem ousasse sustentar que a matéria pedia julgamento "político", para atender à "opinião pública", como se o juiz devesse guiar-se pela "voz do povo" (que, na verdade, não passa da "voz da mídia"), sem examinar os autos e as provas. O curioso é que isto veio dos mais rigorosos críticos do "arbitrio" do período militar.

14 Foi Aristóteles o primeiro a encontrar num governo misto a melhor das formas de governo, conquanto tenha sido Políbio, a propósito da República Romana, quem tenha dado a versão clássica dessa tese. Cícero, no *De República*, a repete e desenvolve. Montesquieu inspirou-se nessas lições ao louvar a constituição da Inglaterra, em que se combinam o elemento monárquico (o Executivo), o elemento democrático (a representação popular presente no Legislativo) e o aristocrático (a *noblesse d'épée* na câmara alta do Legislativo; a *noblesse de toga*, os juizes, guardiões da Justiça, no Judiciário).

A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais do Comércio

MARISTELA BASSO

Advogada e Professora de Direito Internacional

SUMÁRIO

1. Considerações Iniciais; 2. A Autonomia da Vontade no Contrato Internacional; 3. A Autonomia da Vontade e a Lei Aplicável ao Contrato; 3.1. A Regra de Direito Internacional Privado que Faculta as Partes a Escolha da Lei Aplicável ao Contrato nos Países da *Civil Law*; 3.2. O Artigo 9 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro; 3.3. A Regra da Autonomia da Vontade nos Países da *Common Law*; 3.4. A Autonomia da Vontade da Jurisprudência Arbitral e nas Convenções Internacionais; 4. O Momento em que Pode Intervir a Liberdade da Escolha das Partes Quanto a Lei Aplicável ao Contrato e a Questão do *Dépeçage*; 5. Os Limites Estratégicos à Escolha das Partes Quanto a Lei Aplicável ao Contrato; 6. O Contrato Sem Lei e os Limites da Vontade das Partes; 7. O Debate Acerca da Substituição do Método Conflitual de Regulamentação do Contrato Internacional por Outro Mais Consenteâneo com as Particularidades do Comércio Internacional: 7.1. As Técnicas Alternativas ao Método Conflitual; 7.2. Crítica às Técnicas Alternativas e Observações Acerca de Uma Possível Solução aos Problemas da Aplicação do Método Conflitual aos Contratos Internacionais do Comércio; Notas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não obstante os inúmeros e palpitantes debates travados pelos doutrinadores nacionais¹ e estrangeiros acerca da autonomia da vontade em direito internacional privado, vale a pena retomar alguns aspectos de uma temática delicada e importante que se refere ao problema do limite da vontade das partes no contrato internacional, mais especificamente na determinação, durante o período de tratativas, da lei aplicável ao contrato.

No direito contratual o princípio da autonomia da vontade se manifesta na liberdade propriamente dita de contratar, de estipular o contrato e seu conteúdo. Significa aquela esfera de liberdade de que gozam as partes, no âmbito do direito privado, de auto-regência de seus próprios interesses, de discutir livremente as condições do contrato pretendido, bem como de escolher aquele mais conveniente. Por outras palavras, é a faculdade das partes de regerem-se por suas próprias leis, de praticar um ato jurídico determinando-lhe o conteúdo, a forma, assim como os efeitos.

Simplificadamente, é a aptidão que possui toda pessoa capaz, pela vontade unilateral ou

pelo concurso de vontades, de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas; vinculada a autonomia da vontade está a teoria normativa do negócio jurídico. Luigi Ferri, a propósito, prefere a expressão "autonomia privada"², como faculdade de criar, nos limites da lei, normas jurídicas³.

2. A AUTONOMIA DA VONTADE NO CONTRATO INTERNACIONAL

Na elaboração do contrato internacional, a vontade das partes é amplamente admitida, mas isso não significa uma liberdade de ação ilimitada, um absolutismo, como defendem alguns autores. É verdade que o comércio internacional tem contribuído para fortalecer os alicerces da *lex voluntatis*, que, entretanto, não pode afastar certos elementos limitadores, tais como: as leis imperativas e de ordem pública que vigoram no país onde o contrato será executado.

Extremamente difícil é a definição de ordem pública e, certamente, não pretendemos abrir aqui esta questão já amplamente debatida. Porém, nos serve a reflexão de que a faculdade de auto-regulamentação dos contraentes, não obstante as teses consensualistas clássicas que

defendem a total autonomia contratual das partes, não é ilimitada, e os contraentes não gozam de ampla liberdade na determinação e estipulação da natureza e características de suas obrigações. As limitações à liberdade contratual decorrem justamente deste misterioso fenômeno que é a ordem pública, do qual não nos interessa a definição, mas sim a função e o conteúdo⁴.

Observa Irineu Strenger que "é tarefa complexa, se não impossível, identificar e conhecer o exato conteúdo da ordem pública interna e internacional, de cada Estado, concernente ao contrato". A ordem pública, segundo este autor, "não é determinável por meio de elencos, e nem é possível adotar métodos analógicos e critérios aproximativos", pois "cada Estado estabelece sua ordem pública, e os tratados internacionais, porventura existentes, não têm força jurídica, a não ser em virtude da adesão dos Estados"⁵.

Nos contratos internacionais as limitações à autonomia das partes decorrem tanto das noções de ordem pública interna, como de ordem pública internacional. Quanto a primeira, devemos entender aquele complexo de normas e princípios imperativos determinados pelo legislador e sobre o qual se assenta o edifício jurídico, com o entendimento de que cabe basicamente ao julgador a interpretação de seu conteúdo — do foro íntimo daquele que julga, alicerçado nos pilares da construção jurídico-social. Vincent Heuzé traz alguns elementos novos à compreensão de ordem pública afirmando que o "direito objetivo exerce um estreito controle sobre a utilidade, não somente social, mas ainda particular das convenções, garantindo, paralelamente, sua conformidade à justiça social"⁶.

No que se refere à ordem pública internacional, persiste a questão de em que medida esta pode exercer os mesmos efeitos moduladores de cláusulas livremente estipuladas. Segundo Strenger, "na medida em que o direito interno reconhece a sua validade"⁷.

A questão, portanto, permanece complexa e difícil. Assim, os doutrinadores jus-internacionalistas têm procurado reduzir os efeitos da ordem pública e seu impacto sobre o contrato negociado. Da mesma forma a jurisprudência tem revelado que os juizes quando devem aplicar leis estrangeiras o fazem com base nas opiniões le-

gais de juristas daquele país, que são os mais habilitados a atestarem o caráter imperativo de suas normas e os seus princípios de ordem pública.

Devemos ter presente, contudo, que o problema da ordem pública somente se levantará mais tarde, quando o contrato estiver concluído e em fase de execução, pois é neste estágio que pode surgir a questão do direito aplicado ao contrato: se as partes tinham o direito (liberdade) de escolhê-lo e se, escolhendo-o, respeitaram suas regras e princípios de ordem pública.

Impõe-se, portanto, no decurso das tratativas, que os negociadores tomem o cuidado de não elaborarem um contrato que pode perder sua eficácia em caso de choque com os princípios basilares do edifício jurídico do país onde o contrato deva ser executado. Razão pela qual os advogados-negociadores devem conhecer o direito do país do outro contratante, assim como os sistemas jurídicos que direta ou indiretamente geram efeitos sobre o contrato pretendido, segundo os seus elementos de estraneidade.

3. A AUTONOMIA DA VONTADE E A LEI APLICÁVEL AO CONTRATO

Todo contrato internacional, ainda que sobre ele incidam muitas ordens jurídicas distintas, está necessariamente vinculado à lei de um Estado, ainda que alguns doutrinadores defendam a possibilidade de um "contrato sem lei" ou "autoregulamentado".

Existem sistemas jurídicos que estabelecem restrições ao princípio da autonomia contratual, como é o caso do Brasil (art. 9 da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro). Outros limitam a escolha a uma lei que tenha relação com as partes ou com o negócio, por exemplo, a lei do lugar da execução (*lex loci executionis*), ou a lei da nacionalidade ou domicílio das partes, ou a lei da constituição da obrigação (*locus regit actum*). Outros são totalmente liberais e reconhecem às partes a faculdade de escolha da lei aplicável, que poderá ser o direito de um país considerado neutro, ou aquele que melhor se adapte às circunstâncias do contrato, mas evidentemente, esta liberdade sofre certas limitações.

3.1. A Regra de Direito Internacional Privado que Faculta as Partes a Escolha da Lei Aplicável ao Contrato nos Países da "Civil Law"

Partindo da premissa de que todo contrato internacional está necessariamente vinculado à lei de um Estado, devem os negociadores observar que a lei aplicável ao contrato, segundo a qual este deve fundamentalmente se conformar frente os seus princípios imperativos e de ordem pública, depende da escolha das partes. Então, ainda que o contrato se vincule a muitas ordens jurídicas autônomas e independentes (segundo a nacionalidade das partes, domicílio, lugar da constituição da obrigação, etc.) a liberdade das partes encontra como limites "a proibição de violar as regras de ordem pública do sistema jurídico com o qual o contrato pode entrar em contato para produzir efeitos"⁸.

Certamente, ao afirmarmos que a lei aplicável ao contrato depende da escolha das partes, estamos levando em consideração um estudo comparativo entre diversos sistemas nacionais de direito internacional privado, que evidencia uma quase uniformidade no que concerne à lei aplicável ao contrato e às obrigações dele resultantes. Esta lei é a lei de autonomia, ou seja, a lei que as partes escolheram para submeter o seu contrato; outras regras podem governar certos aspectos particulares, por exemplo, a regra *locus regit actum* no que concerne à forma do contrato. Atualmente, a regra de direito internacional privado que faculta as partes, de uma maneira ou de outra, escolherem a lei de regência do contrato é encontrada em quase todos os sistemas jurídicos nacionais.

A propósito da autonomia da vontade, a controvérsia que se instaurou na doutrina entre a segunda metade do século XIX e início deste nosso⁹, parece que hoje perdeu sua força, justamente pelo fato de que a regra de autonomia vem consagrada, como já se disse, na imensa maioria dos sistemas de direito internacional privado do mundo¹⁰. Na França, já em 1910, a jurisprudência consagrou a regra que confere as partes a faculdade de escolha da lei aplicável ao contrato quando a Corte de Cassação, no caso "American Trading Company v. Quebec Steamship Company Limited", decidiu:

*"La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée"*¹¹.

Recentemente, em 1980, novamente a Corte de Cassação francesa, no caso "Sté Mercator Press", estabeleceu outra célebre fórmula que somada a anterior fixam o direito positivo francês em matéria de contratos internacionais:

*"Si la localisation du contrat dépend de la volonté des parties, c'est au juge qu'il appartient, après avoir interprété souverainement leur commune intention quant à cette localisation, de déduire de celle-ci la loi applicable au contrat litigieux."*¹²

Da mesma forma, na Alemanha, Bélgica, Países Baixos e em Luxemburgo, a jurisprudência também consagrou as partes a lei de autonomia. Vale referir que nos países do BENELUX, a questão vem expressamente colocada no "Tratado Sobre a Lei Uniforme em Matéria de Direito Internacional Privado", firmado em 1969, o qual prevê que a designação da lei aplicável ao contrato pode resultar de uma escolha expressa ou implícita das partes (art. 13, 3)¹³.

Na Itália, o legislador deu um passo adiante quando determinou expressamente, nas "Disposições Preliminares do Código Civil de 1942", a autonomia da vontade das partes quanto à lei aplicável ao contrato¹⁴. O mesmo encontramos no Código Civil português¹⁵.

Continuando com os países da *Civil Law*, vê-se que o princípio da autonomia da vontade parece que ainda não conseguiu se impor na maioria dos países da América Latina, que insistem em conceder a sua própria lei maior competência, com exceção do Peru e do México, depois de 1987.

Dentre os países que compõem o MERCOSUL, no Brasil e Paraguai, a autonomia da vontade ainda não conseguiu se impor, ao passo que na Argentina a jurisprudência tem aceito e o princípio começa a preponderar¹⁶; quanto ao Uruguai, a questão resta em debate.

3.2. O Artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro

No que se refere, especificamente, ao ordenamento jurídico brasileiro, uma questão impor-

tante é saber como se comportará o juiz nacional diante de um contrato internacional onde há cláusula de escolha de lei: ele aceitará que a vontade das partes derogue a regra contida no art. 9, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro?¹⁷

Essa é uma questão extremamente difícil e objeto de debate por parte de nossos doutrinadores, e que não encontra uma resposta precisa na jurisprudência. Então, o melhor para um negociador é procurar, na medida do possível, compatibilizar o contrato com as leis aplicáveis potencialmente. O que equivale a dizer que não deve ferir os princípios de ordem pública de um ou outro ordenamento jurídico em questão, procurando adequar as cláusulas e condições às peculiaridades dos direitos com os quais o contrato se conecta, quer quando se tratê de possível disputa judicial, quer quando da homologação e eventual execução judicial de um laudo arbitral. Nesta linha de raciocínio, entendemos que o art. 9, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, como norma de ordem pública, não pode ser afastado pela vontade das partes¹⁸). Assim, a regra de prudência que o negociador deve observar é procurar realizar o negócio no país cuja lei pretende que seja aplicada ao contrato, razão pela qual, é importante a escolha do local da negociação. Todavia, esta não é uma solução definitiva para os possíveis problemas, porque pode acontecer que o contrato celebrado num determinado país, seja executado em outro, ensejando novos problemas quanto à lei aplicável. Diz-nos Luiz Olavo Baptista, com muita propriedade, que "as cláusulas de eleição de lei e foro são, é claro, fórmulas que muitos pensam poder resolver de modo definitivo a questão da lei aplicável". Contudo, afirma o autor, "quem quer que tenha uma certa experiência internacional sabe que elas não geram certezas absolutas. Daí a escolha, por muitos, da cláusula arbitral como meio de evitar os conflitos de lei. Esta não é também uma solução perfeita". Para este autor, "a conclusão é que todos esses recursos devem ser conjugados para que se chegue a um grau maior de certeza jurídica — que será relativa e não absoluta". Frente a esta realidade, continua Luiz Olavo: "a verdade é a de que não há uma solução universal e que cada contrato é um caso a ser resolvido, à

custa de trabalho e competência por parte dos negociadores"¹⁹).

3.3. A Regra da Autonomia da Vontade nos Países da "Common Law"

Continuando no estudo da lei de autonomia, passamos agora ao sistema da *Common Law*, oportunidade em que constatamos que a lei aplicável ao contrato, a *proper law of a contract*, é aquela determinada, a título principal, pela escolha das partes, conforme entendimento consubstanciado no caso "Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co.", de 1939, quando lord Wright sustentou: "it is now well settled that by english law the proper law of the contract is the law which the parties intended to apply"²⁰, princípio apoiado pela jurisprudência.

Nos Estados Unidos, durante muitos anos, registrou-se certa confusão e incertezas quanto a determinação da lei aplicável aos contratos, mas finalmente a regra da autonomia das partes acabou por se impor à prática e à doutrina. Em 1953, a Suprema Corte, no caso "Lauritzen v. Larsen"²¹, se pronunciou a favor da regra e, mais tarde, o Uniform Commercial Code (1962) previu também que as partes podem escolher a lei aplicável aos contratos (Seções 1-105).

3.4. A Autonomia da Vontade na Jurisprudência Arbitral e Nas Convenções Internacionais

A regra da autonomia está também consagrada na prática do comércio internacional e o seu reconhecimento fica evidenciado na jurisprudência arbitral, que parece nunca ter posto em dúvida a faculdade das partes de escolherem a lei aplicável ao contrato.

O Tribunal Arbitral de 23 de agosto de 1958, composto para resolver o importante e debatido caso "Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company" (caso Aranco), determinou:

"Les principes de droit international privé à consulter pour déterminer la loi applicable sont ceux de l'autonomie de la volonté, en vertu desquels il faut dans une convention ayant un caractère international, appliquer en premier lieu la loi expressément choisie par les parties, et en second lieu, à défaut

de choix, la loi présomptivement élue par elles²².

Em 1977, a questão foi novamente debatida e a regra reafirmada no caso "République Arabe de Libye v. California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Petroleum Company", ocasião em que o único árbitro, Dupuy, afirmou:

"Tous les systèmes juridiques, quel qu'ils soient, appliquent le principe de l'autonomie de la volonté aux contrats internationaux. Quant au fond, tous les systèmes juridiques consacrent ce principe, qui apparaît dès lors comme universellement reçu, même s'il ne lui est pas toujours donné exactement le même sens ou la même portée²³."

Essa mesma compreensão está nos textos internacionais. A "Convenção Sobre Lei Aplicável às Vendas Internacionais de Objetos Móveis Corpóreos", concluída em Haia (1955), entre vários países europeus, e que entrou em vigor em 1964, preceitua:

"Art. 2. La venta est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes".

No mesmo sentido está a "Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional", concluída em Genebra, em 1961 e que entrou em vigor em 1964:

"Art. 8. Les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige".

Finalmente, a "Convenção de Roma Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais", firmada em 1980, entre os países da Comunidade Europeia, estabelece:

Art. 3,(1) Il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti. La scelta dev'essere espressa, o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto dalle circostanze. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero a una parte soltanto di esso".

Da prática do comércio internacional, e da análise dos textos mais importantes acerca da matéria, decorre que a liberdade de escolha das partes é admitida, normalmente, mesmo que esta resulte de uma manifestação implícita.

Diante disso, que elementos autorizariam o juiz a constatar que as partes fizeram uma verdadeira escolha da lei se esta não estiver expressamente declarada no contrato?

Se poderia dizer que é o conjunto de circunstâncias e elementos do caso concreto, mas esta nos parece uma resposta vaga, razão pela qual reproduziremos algumas situações que, a nosso ver, autorizariam o juiz a fazer esta constatação:

a) quando as partes no contrato anteriormente feito entre elas fizeram uma escolha expressa da lei aplicável, e existem elementos que nos fazem crer que não houve mudança de atitude entre as mesmas;

b) quando as partes escolheram o fórum de um determinado país como competente para dirimir as possíveis controvérsias; se as leis deste não são incompatíveis com as disposições do contrato, se presume que estas tenham sido também escolhidas pelas partes para reger o contrato;

c) quando no contrato as partes tenham feito, em alguma de suas cláusulas, referência ao direito de um determinado país, por exemplo, ao Código Civil português, pode-se presumir que tenham escolhido este direito para reger o contrato;

d) quando estipularam a solução dos litígios através da arbitragem, e determinaram o lugar onde esta deva se realizar, se presume que a lei escolhida seja a deste mesmo lugar²⁴.

4. O MOMENTO EM QUE PODE INTERVIR A LIBERDADE DE ESCOLHA DAS PARTES QUANTO A LEI APLICÁVEL AO CONTRATO E A QUESTÃO DO "DÉPEÇAGE"

A questão que decorre quando se debate esta temática é se as partes podem modificar, por novo acordo entre elas, a lei que tinham precedentemente escolhido para reger o contrato.

Mesmo frente às muitas discussões travadas a respeito, a questão parece não ter uma solução aparente. A "Convenção de Roma Sobre Lei Aplicável às Obrigações Contratuais" estabelece:

"Art. 3. (2) Le parti possono convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo regolava in precedenza, vuoi in funzione di una scelta anteriore secondo il presente articolo, vuoi in funzione di altre disposizioni della presente convenzione".

Por "qualsiasi momento" se entende a todo momento até a conclusão, e mesmo após, tanto que no mesmo preceito citado (parte final) encontramos:

"qualsiasi modifica relativa alla determinazione della legge applicabile, intervenuta posteriormente alla conclusione del contratto, non inficia la validità formale del contratto e non pregiudica i diritti dei terzi".

Esse entendimento é compartilhado pelos tribunais franceses, alemães, holandeses e ingleses. Todavia, a Corte de Cassação italiana, em um julgamento ocorrido em 1966, caso "Assael Nissim v. Crespi", declarou que a escolha das partes, quanto a lei aplicável, não é admitida se efetuada posteriormente a estipulação do contrato²⁵. Certamente, essa é uma decisão anterior a referida "Convenção de Roma", mas acerca dela continua dividida a doutrina italiana²⁶.

Não obstante o disposto na citada Convenção, entendemos que o melhor para um negociador prudente é escolher a lei aplicável quando isso lhe é facultado: durante o período de negociação até a conclusão do contrato; escolha esta que deve ser criteriosa e atenta porque uma vez efetuada, convém as partes não alterá-la mais.

Outra questão que se apresenta é se as partes devem escolher um só sistema de direito para reger a totalidade do contrato, ou podem escolher mais de um, isto é, podem realizar um dépeçage (divisão do contrato de forma que cada sessão ou segmento seja submetido a sistemas nacionais diversos).

A respeito dessa indagação, existem poucas decisões na prática, mas a tendência é de considerar o dépeçage possível, desde que o critério adotado pelas partes seja coerente, o que equivale a dizer que os diversos direitos que regem os elementos do contrato não podem, quando analisados no seu conjunto, ensejar resultados contraditórios.

Do que se conclui que a opção pelo dépeçage não é fácil, pois harmonizar sistemas de direito com vistas a um determinado resultado não é, via de regra, uma tarefa simples. Em razão disso é que compartilhamos com aqueles autores que entendem que, a princípio, o contrato deve ser regido por uma única lei, há não ser que se trate de um grande contrato que se decompõe em outros separáveis e independentes, para os quais as partes podem escolher leis diferentes.

A "Convenção de Roma", não obstante as discussões travadas entre os expertos encarregados da sua redação, tratou o tema do dépeçage em dois momentos, no final do item 1, do art. 3: "le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero a una parte soltanto di esso", e mais adiante, no art. 4 ("legge applicabile in mancanza di scelta"), oportunidade em que a "Convenção" possibilita ao julgador, excepcionalmente, atuar com vistas ao dépeçage:

"Art. 4 (1). Nella misura in cui la legge che regola il contratto non sia stata scelta a norma dell'articolo 3, il contratto è regolato dalla legge del paese col quale presenta il collegamento più stretto. Tuttavia, qualora una parte del contratto sia separabile dal resto e presenti un collegamento più stretto con un altro paese, a tale parte del contratto potrà applicarsi, in via eccezionale, la legge di quest'altro paese".

5. OS LIMITES ESTRATÉGICOS À ESCOLHA DAS PARTES QUANTO À LEI APLICÁVEL AO CONTRATO

A autonomia da vontade, conforme dito anteriormente, sofre limitações que decorrem das noções de ordem pública e das regras imperativas (limites legais). Além destes, a escolha das partes sofre outras restrições as quais denominamos *limites estratégicos*, que devem, da mesma forma, ser observados para que a cláusula de escolha da lei possa produzir os efeitos desejados, uma vez concluído o contrato.

O primeiro limite estratégico, é o caráter internacional do contrato. Por outras palavras, a aplicação da regra de autonomia está subordinada ao caráter internacional do contrato, não sendo possível que entre em funcionamento esta regra em se tratando de um contrato puramente interno. A este respeito, encontramos o seguinte fragmento na "Exposição de Motivos da Lei Uniforme BENELUX em Matéria de Direito Internacional Privado":

"dans un contrat international, c'est-à-dire un contrat qui comporte des éléments d'extranéité donné à plusieurs lois vocation de s'y appliquer, les parties ont la faculté de choisir la loi qui le régira²⁷."

Na escolha da lei aplicável ao contrato internacional, as partes devem considerar também,

como limite estratégico, os sistemas nacionais de direito que estejam em estreita relação com o mesmo. Imaginemos, por exemplo, a possibilidade de projetarmos o contrato no espaço, então perceberemos em que ordenamentos jurídicos ele irradia efeitos, consoante seus elementos de estraneidade (conexão). A escolha da lei aplicável, conseqüentemente, deve recair sobre um destes sistemas nacionais de direito, especialmente sobre aquele com o qual o contrato esteja mais estreitamente vinculado — elemento de conexão relevante.

Não é razoável, portanto, escolher um sistema de direito que não possua qualquer relação com o contrato, sem que se levante, em princípio, o problema da fraude à lei.

As partes devem ter presente que a escolha da lei do contrato somente produzirá efeitos se no país onde ele for aberto a regra de direito internacional privado faculte as partes esta escolha, e se esta corresponder a um legítimo interesse das partes.

Concluindo, para que a cláusula de escolha da lei possa produzir efeitos é preciso respeitar a máxima:

Escolha da Lei (quando facultado pela regra de Direito Internacional Privado do país onde for aberto o Contrato)	Legítimo interesse das partes
---	-------------------------------------

6. O CONTRATO SEM LEI E OS LIMITES DA VONTADE DAS PARTES

Muito difundida e contestada é a tese sustentada por alguns autores²⁸ de que o poder de autoregulação reconhecido às partes lhes consente de disciplinar o contrato segundo às suas necessidades e os interesses do comércio internacional. Desta forma, as partes gozariam da faculdade de submeter o contrato, não a um sistema nacional de direito específico, mas sim aos princípios decorrentes da prática comercial internacional, às decisões arbitrais, etc., elaborando um contrato dito *sem lei* (estatal), ou *autoregulamentado*.

Os que repudiam essa tese, se baseiam na premissa básica de que no campo da autonomia contratual subsistem as normas imperati-

vas e os princípios de ordem pública que são inderrogáveis pela vontade das partes.

A faculdade de autoregulação dos contraentes, como é sabido, não é ilimitada, não encontra a sua fonte exclusivamente na vontade das partes, mas pressupõe uma lei que a atribua e reconheça.

Então, não é possível um contrato sem lei, e a este respeito a Corte de Cassação Francesa, no importante caso "Messageries Maritimes" (1950), repudiou a tese do contrato sem lei e decidiu: "tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat"²⁹.

Um contrato sem lei, ou autoregulamentado, é, sem dúvida, uma prática perigosa na medida em que devemos ter presente que somente a lei pode, em princípio, impedir, também nas relações internacionais, que uma das partes, dita economicamente mais forte, explore a mais frágil. Um contrato sem lei facilitaria o desenvolvimento dessas relações contratuais patológicas que se instauram, muitas vezes, no período negocial. Em razão disso, o melhor é não recorrermos a tal prática porque somente a lei pode garantir não só o equilíbrio da relação contratual, como também os interesses de terceiros e outros reconhecidos nos ordenamentos estatais, como as cláusulas econômicas, etc.

7. O DEBATE ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO DO MÉTODO CONFLITUAL DA REGULAMENTAÇÃO DO CONTRATO INTERNACIONAL POR OUTRO MAIS CONSENTÂNEO COM AS PARTICULARIDADES DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

A relação jurídica que possui um ou mais elementos de estraneidade é submetida a uma regulamentação especial — *jus specialis*. Esse direito especial, diferentemente do *jus communis*, é composto de regras que não regulam diretamente a relação (não fazem juízos lógicos hipotéticos), porém indicam o sistema nacional de direito a ser aplicado ao caso *sub judice*, consoante o elemento de conexão (método indireto de solução).

Disso decorre que o juiz nacional quando se vê diante de um contrato internacional, deve interpretar a regra especial e tirar dela a indicação da regra material (direito substancial) a ser aplicada ao caso concreto, que poderá ser tanto

direito nacional, como estrangeiro. A regra que determina a lei aplicável às diferentes relações de direito privado que possuem elementos de estraneidade são tradicionalmente denominadas de *regras de direito internacional privado* ou *regras de conflito de leis*.

Evidentemente, as regras sobre conflito de leis em matéria de contratos não são necessariamente iguais em todos os sistemas jurídicos nacionais, diferenciando-se quanto à determinação do critério (elemento de conexão) que indicará a lei aplicável. Vejamos um exemplo concreto do que se está demonstrando, e para tanto utilizaremos o art. 9, *caput*, da "Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro" e o art. 25 das "Disposições Preliminares do Código Civil italiano", ambas regras de conflito em matéria obrigacional: art. 9 L.I.C.C. brasileiro:

	1º Passo	2º Passo
Contrato Internacional aberto no Brasil	Localização da Norma de Conflito: art. 9 da LICC	Aplicação do Direito Substancial do lugar onde o Contrato foi celebrado: <i>lex loci actum</i>

Na regra de conflito italiana, contrariamente do que acontece no Brasil, o legislador concede às partes a faculdade de escolha da lei aplicável ao contrato. Porém, se os contraentes não gozarem desta liberdade, o elemento de conexão supletivo que o juiz deve observar é a *lex patriae* das partes, se comum; caso contrário, a *lex loci actum*:

	1º Passo	2º Passo
Contrato Internacional aberto na Itália	Localização da Norma de Conflito: art. 25 das Disp. Prel. do C.C.	Aplicação do Direito Substancial indicado pelas partes, ou supletivamente: a <i>lex patriae</i> ou a <i>lex loci actum</i>

7.1. As Técnicas Alternativas ao Método Conflitual

Alguns doutrinadores, que denominamos "autonomistas absolutos", ou seja, defensores incondicionais da autonomia contratual das partes, têm sugerido abandonar o método conflitual, analisado acima, porque ele não estaria em condições de regular adequadamente os pro-

"Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem";

Art. 25 Disp. Prel. C.C. italiano:

"Le obbligazioni che nascono da contratto sono regolate dalla legge nazionale dei contraenti, se è comune; altrimenti da quella del luogo nel quale il contratto è stato concluso. È salva in ogni caso la diversa volontà delle parti."

Quanto a regra de conflito brasileira, se vê que o legislador escolheu, dentre os possíveis elementos de estraneidade que podem porventura vincular-se a uma obrigação, como elemento de conexão o *locus regit actum*. A solução, portanto, para o caso concreto envolvendo contrato internacional apreciado no Brasil, será extraído do direito substancial do lugar onde o contrato foi celebrado — *lex loci actum*:

blemas dos contratos internacionais do comércio. Sustentam, então, que tais contratos devem ser apreciados através de decisões operadas na prática, pois o que ocorre no setor do comércio internacional escapa à perspectiva dos sistemas nacionais das normas de conflito³⁰.

A esse respeito, em obra recente, René David nos traz importante contribuição na medida em que aprofunda o debate e faz um balanço da

situação atual, apresentando um panorama do que ele chama "direito internacional renovado". Sustenta David:

"La soumission du commerce international à des droits nationaux n'est pas en soi une bonne solution; et surtout le commerce international est dominé en maints secteurs par des organisations professionnelles puissantes, dont les ententes reconnaissent l'autorité... En dehors même de tout droit corporatif on sait d'autre part que pour une série de raisons de droit des juristes risque de demeurer théoriques: parce qu'il ne paraît pas juste ou parce que les intéressés le connaissent mal ou parce que sa mise en oeuvre se heurte à des obstacles d'ordres divers. Ces obstacles sont multipliés dans le cas du commerce international. Le droit national que les juristes peuvent considérer comme applicable risque dans ces conditions de ne pas recevoir sa pleine application"³¹.

Das lições de David, se conclui que a nacionalização do direito internacional privado cria para o comércio internacional uma situação que apresenta graves inconvenientes, tais como: 1) pluralidade de jurisdições nacionais que se consideram competentes para conhecer de um determinado litígio; 2) diversidade de regras de conflitos de leis aplicáveis por estas jurisdições; 3) diversidade de regras materiais consagradas pelos direitos nacionais que podem aqui e lá ser declaradas aplicáveis; 4) inadaptação das regras de direito nacional à especificidade das relações de direito internacional; 5) dificuldade de estabelecer o conteúdo do direito estrangeiro declarado aplicável por uma jurisdição nacional; 6) dificuldades de execução de sentenças estrangeiras³².

Tais considerações não podem ser ignoradas por mais consagrado que esteja, no âmbito dos direitos nacionais, o método conflitual como solução dos problemas do contrato internacional. O debate que se abre é extremamente interessante nos estimulando a aprofundar um pouco mais o discurso a ponto de questionarmos a afirmação de que a internacionalidade do contrato exige uma regulamentação especial que consi-

dere adequadamente as suas especificidades: qual seria esta nova proposta e qual o seu valor jurídico?

Em resposta a essa indagação, procuraremos, ainda que em largos traços, especificar que novas técnicas ou métodos poderiam ser seguidos em substituição ao conflitual.

7.1.1. As Leis de Aplicação Imediata

Começamos por um método que na verdade retrocede no que se refere às teses autonomistas surgidas no âmbito do comércio internacional, mas que também merece seu espaço no debate que ora propomos. Referimo-nos à técnica que defende a não consideração do elemento de estraneidade contido no caso que está sendo analisado, e a aplicação imediata das regras substanciais do direito interno que lhe são relativas: leis de aplicação imediata. Esse procedimento se baseia fundamentalmente no princípio do "exclusivismo da ordem jurídica", e na mentalidade de que o direito do foro é o mais adequado, não só porque seus tribunais o conhecem melhor, como porque ele é o mais adequado que se pode utilizar³³.

7.1.2. O Direito Internacional Privado Material

O segundo método alternativo ao conflitual, é a utilização, para a disciplina dos contratos internacionais, do intitulado *direito internacional privado material*, segundo o qual o legislador pode adotar uma solução diversa, isto é, criar um verdadeiro e próprio sistema de direito substancial para as relações jurídicas que apresentam elementos de estraneidade.

Cassoni, que considera esse método a via a ser seguida, recorda que esta técnica existia no direito romano quando, ao lado do *jus civile*, foi criado o *jus gentium*, cuja fonte estava na jurisdição do *praetor peregrinus*, e se encontra no Código Civil tchecoslovaco, de 4 de dezembro de 1963, no qual o legislador disciplinou completamente as relações que nascem do comércio internacional³⁴.

O direito internacional privado material pode encontrar suas fontes nos tratados internacionais e na função normativa do juiz³⁵.

7.1.3. O Contrato Sem Lei ou Autoregulamentado

Uma terceira possibilidade é a elaboração de um contrato sem lei, ou autoregulamentado (visto anteriormente), no qual as partes submetem o contrato às suas próprias necessidades e à realidade do comércio internacional.

7.1.4. A Opção Pela Nova "Lex Mercatoria"

Finalmente, a técnica que se apresenta, como substituição ao método conflitual tradicional, é a possibilidade de escolher para o contrato, como lei aplicável, a nova *lex mercatoria*.

É sabido que o comércio internacional está submetido às novas necessidades e às novas práticas, que vão surgindo sem que nos apercebamos sob a forma de cláusulas standard, de contratos-tipo, de condições gerais, de usos que vão se reiterando, consagrando e difundindo, até se transformarem em princípios e institutos novos que resultam do influxo das relações internacionais.

Os negócios internacionais são para os juristas um verdadeiro desafio, pois eles se vêem obrigados a adaptar as necessidades de seus clientes à sistemas jurídicos e legislações muitas vezes divergentes, até mesmo quanto a princípios básicos.

O comércio internacional, por conseguinte, exige negócios mais rápidos e seguros, impostos menores, lucros maiores, e desta realidade inexorável surge um conjunto de normas não estatais, um direito transnacional do comércio, ao qual se convencionou chamar nova *lex mercatoria*: usos e costumes nos quais a prática internacional se conforma.

Sobre a nova *lex mercatoria* muito já se escreveu desde que em 1960 começaram a surgir os primeiros textos projetando a idéia de um direito internacional específico para as relações econômicas³⁶. A partir de então, se multiplicaram as discussões doutrinárias a respeito do chamado direito internacional econômico, da nova *lex mercatoria*, do direito transnacional, porém as interrogações fundamentais, observa

Philippe Kahn, subsistem acerca da natureza deste direito e das instituições nascidas da prática³⁷.

Não intencionamos aqui abrir esta discussão, todavia algumas reflexões nos permitimos apresentar para que possamos impostar a matéria em modo crítico.

A teoria da nova *lex mercatoria* se baseia fundamentalmente nos contratos internacionais, na riqueza de figuras contratuais nascidas da prática, na inovação dos regimes jurídicos oriundos das cláusulas elaboradas pelas partes, como também nas operações do comércio internacional que se realizam fora de referências precisas aos direitos nacionais. Conseqüentemente, os práticos do comércio internacional constituíram uma comunidade (*societas mercatorum*) que elabora as suas próprias regras. Também as sentenças arbitrais proferidas em controvérsias envolvendo contratos internacionais, têm papel de destaque na teoria da nova *lex mercatoria*. Finalmente, poder-se-ia citar os regulamentos estabelecidos pelas organizações profissionais.

Por conseguinte, como método alternativo ao conflitual, a nova *lex mercatoria* oferece como fontes: as condições gerais de compra e venda internacional, os contratos-tipo, os usos codificados e, como jurisdição, a arbitragem internacional.

7.2. Crítica às Técnicas Alternativas e Observações Acerca de Uma Possível Solução aos Problemas da Aplicação do Método Conflitual aos Contratos Internacionais do Comércio

No que se refere ao método que prevê a aplicação imediata das regras substanciais do direito do foro, "leis de aplicação imediata", sem considerar os elementos de estraneidade, se pode dizer que parte de um fundamento equivocado e que representaria, a nosso ver, um retrocesso relativamente às conquistas já obtidas pelo direito internacional privado, na medida em que se baseia no "exclusivismo da ordem jurídica", num momento jurídico-político em que a unificação de certos segmentos dos direitos nacionais se torna mais e mais freqüente. Há que se questionar também o critério de justiça e equidade dos possíveis julgamentos proferidos com base neste sistema, já que o juiz estaria adstrito

a aplicar sempre o corpo de normas de seu território, mesmo quando, consoante os elementos de estraneidade, deveria aplicar direito substancial estrangeiro. Talvez, por estas razões, hoje, praticamente nenhum país adota este método a título principal.

No que diz respeito ao "direito internacional privado material", nos parece que se foi possível e útil aos romanos erguer um *jus gentium* ao lado do *jus civile*, poderia ser também hoje uma possibilidade. Entretanto, exigiria uma nova reestruturação jurídica e novamente encontraríamos países que o adotariam e outros não. Conseqüentemente, as dificuldades no que concerne as divergências de tratamento quanto a disciplina dos contratos internacionais persistiria. São válidos os argumentos que sustentam como fonte do direito internacional privado material a função normativa do juiz, que agindo com plena autonomia atua como se fosse um legislador. Isso já ocorre na França, onde o juiz, ainda que não autorizado expressamente pelo Código Civil, opera criando uma jurisprudência que poderia ser considerada como uma disciplina material autônoma dos contratos internacionais.

Acerca do "contrato sem lei", resta pouco a acrescentar, uma vez que a vontade dos contratantes não é absoluta, nem toma seu ponto de apoio em si mesma, encontrando seu sustentáculo na lei, que lhe deu forma e sanciona; conforme bem demonstra Vincent Heuz ao criticar, em seu livro, o dogma da autonomia da vontade³⁸.

No que se refere a nova *lex mercatoria*, muitas questões emergem, para as quais ainda não temos uma resposta precisa. A primeira delas é determinar se a nova *lex mercatoria* constitui uma ordem jurídica nas mesmas condições que as ordens jurídicas estatais, ou a ordem internacional. Conseqüentemente, se a *lex mercatoria* constitui uma ordem jurídica, esta coexistiria com as ordens estatais e com a ordem internacional? Como se daria esta coexistência, com base na coordenação ou na exclusão? E, finalmente, como se comportam as ordens estatais e também a internacional frente a nova *lex mercatoria*?

Esses são pontos inevitáveis que foram entusiasticamente enfrentados por Paul Lagard e Ph. Kahn em estudos recentes³⁹. Berthold Gold-

man, a propósito, no seu primeiro artigo sobre o tema, escrito em 1964, defendeu que "*le caractère de règle ne peut pas être refusé aux éléments constitutifs de la lex mercatoria*", e mais tarde, em 1979, completou que "*la lex mercatoria remplit bien la fonction d'un ensemble de règles de droit*"⁴⁰.

Com muita objetividade Ugo Draetta coloca: "*la lex mercatoria appare quindi in questa ottica come un vero e proprio sistema normativo che fonda la sua giuridicità sulla effettività, sia nel senso di concreta attitudine a regolare fattispecie contrattuali complesse relativamente alle quali gli ordinamenti interni si rivelano inadeguati, sia nel senso di capacità di imporsi come giuridicamente vincolante per gli operatori economici, in virtù della opinio necessitatis che essi nutrono nei suoi confronti*"⁴¹.

Sem levantar as controvérsias acerca da natureza da nova *lex mercatoria*, porque teríamos, indubitavelmente, que enfrentar as teses oposicionistas, o que exigiria entrar num campo de investigação que por si só ensinaria um trabalho específico, cumpre-nos reconhecer que, como sistema ordinário de normas, a nova *lex mercatoria* já encontra o seu reconhecimento em regras específicas, como acontece no Código de Processo Civil francês, que sofreu modificações em 1981 (Dec. nº 81-500), cujo art. 1497 preceitua:

"l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte dans tous les cas des usages de commerce."

Da mesma forma, a nova *lex mercatoria* é reconhecida nas sentenças arbitrais internacionais.

Não obstante a irrefutável constatação de que a nova *lex mercatoria* é a lei mais adequada a regular o contrato internacional (a racionalidade das teses dos seus idealizadores isso revela), devemos precisar que até o presente momento não é possível uma referência direta à nova *lex mercatoria* como disciplina dos contratos internacionais, porque sozinha ela não tem condições de regulá-lo. Todavia, está em condições de concorrer com um ou vários sistemas nacionais de direito.

É preciso reconhecer, por um lado, que a nova *lex mercatoria* ainda se encontra em estado difuso, mesmo que tenhamos as publicações das sentenças arbitrais da Câmara de Comércio Internacional de Paris, nas quais não se exaurem as suas fontes⁴². Por outro lado, precisamos ter presente que os contratos internacionais ainda encontram sua legitimação nos ordenamentos internos, e, para uma melhor interpretação e mais adequado julgamento, contam com a boa vontade dos juizes que, com base nos "princípios gerais de direito" e nos "costumes", podem reconhecer os usos do comércio internacional como fontes de direito, realidade corrente na França. Os contratos internacionais contam também com a perspicácia dos legisladores que podem elaborar normas adequadas para a matéria envolvendo o comércio internacional, como aconteceu na Tchecoslováquia; e até mesmo com a ratificação dos tratados internacionais de caráter comercial que são ipso facto incorporados ao direito interno.

Sem dúvida, faz-se imprescindível uma disciplina específica dos contratos internacionais. Todas as técnicas aqui apresentadas de substituição do método conflitual são suscetíveis de críticas. Somente um estudo mais profundo nos permitirá avaliar até que ponto se pode reconhecer a autonomia negocial das partes; se é aquela reconhecida segundo os vários ordenamentos jurídicos internos, ou é mais ampla inserindo-se nos princípios da nova *lex mercatoria*⁴³.

Enquanto resta em aberto o debate, a solução é, inicialmente, reconsiderar as normas de conflito (método tradicional) em matéria de contratos, as quais podem se diferenciar uma das outras em razão da pluralidade de ordens jurídicas. Então, devemos compará-las entre si, procurando identificar as semelhanças e diversidades de solução com referência a prática, com vistas à adoção de regras de conflito uniforme⁴⁴.

É preciso, portanto, conceder as partes a faculdade de escolha da lei aplicável ao contrato. Nesse sentido, desempenham papel importante as "Conferências Especializadas de Direito Internacional Privado", da Academia de Direito Internacional de Haia, bem como os estudos do UNIDROIT — Instituto Internacional Para a Unificação do Direito Privado.

Entendemos que a harmonização das regras de conflito em matéria contratual, resolveria, em princípio, os inconvenientes que decorrem da diversidade dessas regras nos vários ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, os esforços dos países que compõem a União Européia revelam que tal medida é possível.

O mesmo poder-se-ia intentar nos países que integram o MERCOSUL⁴⁵, o que não impediria, num segundo momento, a unificação da matéria num plano internacional mais vasto, onde o alicerce seria um "direito internacional renovado", obra de juristas e não juristas, administradores e comerciantes preparados para compreender os problemas transnacionais fora de suas próprias tradições nacionais. A elaboração de um direito internacional melhor estaria vinculado, portanto, ao desenvolvimento dos estudos de direito comparado indispensáveis à formação de juristas, juizes e árbitros imbuídos de um espírito internacional⁴⁶.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 No Brasil, dois extraordinários trabalhos abordam esta matéria: o primeiro deles de Irineu Strenger, "Da autonomia da vontade em direito internacional privado". São Paulo: RT, 1968; e o segundo de Jacob Dolinger, "Evolução da ordem pública no direito internacional privado". Rio de Janeiro, 1979.
- 2 "L'autonomia privata". Milano: Giuffrè, 1959, p. 5.
- 3 Ainda sobre este argumento: Francisco dos Santos Amaral Neto, "A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica — perspectivas estrutural e funcional", in "Revista de Informação Legislativa", nº 102, ano 26, abr./jun., 1989, p. 207-30.
- 4 A este respeito interessantíssimo é o trabalho de P. Lagarde: "Recherches sur l'ordre public en droit international privé". Paris: L.D.G.J., 1959, p. 175 e ss.
- 5 "Contratos internacionais do comércio". São Paulo: RT, 1986, p. 98.
- 6 "La réglementation française des contrats internationaux — étude critique des méthodes". Paris: Morel et Coudant, 1990, p. 85.
- 7 "Contratos...", p. 99.
- 8 Segundo Barthélemy Mercadal, citado por Strenger, "Contratos...", p. 97-8.
- 9 Acerca das origens históricas da regra de autonomia, destaca-se o trabalho de Edoardo Vitta, "Diritto internazionale privato". Torino: U.T.E.T., 1972-75, v.3, p. 218-33.
- 10 Vide: Curti Gialdino, "La volontà des parties en droit international privé", in "Recueil des Cours", v. 137,

- 1972, II, p. 850 e ss.; Mario Giuliano, "La loi applicable aux contrats: problèmes choisis", in "Recueil des Cours", v. 158, 1977, V, p. 195-270; Vicent Heuzé, "La réglementation...", p. 110 e ss.; e "The International Encyclopedia of Comparative Law", 1975, v. 3, cap. 4.
- 11 "Journal du Droit International" (Clunet), 1912, p. 1156.
- 12 "Journal du Droit International" (Clunet), 1980, p. 650, com notas de Ph. Kahn.
- 13 "Bulletin BENELUX", 1969.
- 14 Disposições Preliminares do Código Civil italiano de 1942, art. 25: "Le obbligazioni che nascono dal contratto sono regolate dalla legge nazionale dei contraenti, se è comune; altrimenti da quella del luogo nel quale il contratto è stato concluso. È salva in ogni caso la diversa volontà delle parti".
- 15 As disposições de Motivos do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro de 1985, regulador das "cláusulas contratuais gerais", e que alterou o Código Civil português, dispõe que "constitui a liberdade contratual um dos princípios básicos do direito privado. Na sua plena aceção, ela postula negociações preliminares integras, ao fim das quais as partes, tendo ponderado os respectivos interesses e os diversos meios de os prosseguir, assumem, com discernimento e liberdade, determinadas estipulações. A essa luz, uma boa, medida de direito dos contratos possui natureza supletiva: as normas legais apenas se aplicam quando os intervenientes, no exercício legítimo da sua autonomia privada, as não tenham afastado..".
- 16 Acerca do direito argentino, Antonio Boggiano, "De-recho internacional privado", 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1983, v. 2, p. 460 e ss.
- 17 Art. 9, caput, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro: "Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem".
- 18 É importante registrar que Roberto Ago, acerca desta temática, defendeu: "in diritto internazionale privato non si può parlare di leggi imperative e dispositive perché le norme di diritto internazionale privato non sono norme di diritto sostanziale, ma norma di collegamento, il cui compito è unicamente di determinare la legge sostanziale entro i limite della quale potrà sorgere effettivamente la questione delle norme obbligatorie e dispositive", in "Studi di diritto internazionale privato". Padova: C.E.D.A.M., 1932, p. 135. Mais recentemente, Giuseppe Cassoni, se referindo a Curti Gialdino, afirma: "certo il principio dell'autonomia dei contraenti (e cioè autonomia delle parti nella determinazione della legge applicabile al loro contratto) include anche il diritto cogente, ma si tratta appunto del diritto cogente proprio dell'ordinamento designato come competente dalla norma di collegamento e non già di quello che appartiene all'ordinamento di base, e cioè il complesso delle norme imperative sulla formazione del contratto e gli effetti del medesimo", in "Lo jus gentium
- come metodo per la disciplina del contratto internazionale e dell'arbitrato commerciale internazionale", "Rivista di Diritto Comunitario e Degli Scambi Internazionale", 1986, ano XXV, p. 289-310. Com base nessas teorias, é que se desenvolveram algumas teses que tentaram salvar, no Brasil, bem como em outros países, a autonomia das partes na determinação da lei aplicável ao contrato.
- 19 "Advocacia nas negociações internacionais", in "Revista de Direito Público", nº 78, abr./jun., 1986, p. 195.
- 20 AC.277 (P.C.) 289, e acerca da doutrina: Albert Venn Dicey, "Dicey et Morris on the conflict of law". Londres: Stevens & Sons; 1973, p. 720 e ss.
- 21 Vide Mario Giuliano, "La loi applicable...", p. 203.
- 22 "Rivista di Diritto Internazionale" (Roma), 1963, p. 230-49, citação p. 244. Tal regra já fora evocada, em 1929, pela Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso dos empréstimos brasileiros, conforme se vê in C.P.J.I, série A, ns. 20 e 21, p. 122 e ss.
- 23 "Rivista di Diritto Internazionale" (Roma), 1978, p. 514-71, citação p. 518.
- 24 A respeito do comportamento do juiz, vide Mario Giuliano, "La loi applicable...", p. 217-18.
- 25 "Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale", Padova, C.E.D.A.M., 1967, p. 126-38.
- 26 Vide Treves, "Sulla volontà delle parti e sul momento del suo sorgere", in "Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale", Padova, C.E.D.A.M., 1967, p. 315-35.
- 27 "Bulletin BENELUX" (1969), p. 50.
- 28 Dentre os quais M. Wolf, "Some observations on the autonomy of the contracting parties in the conflict of law", in "The Grotius Society Transactionns", 1950, v. 35, p. 152 e ss.; Level, "Le contrat dit sans loi", in "Travaux du Comité Français de Droit International Privé — 1964-66", Paris, 1967, p. 209 e ss.
- 29 "Revue Critique de Droit International Privé", 1950, p. 609 e ss.
- 30 Vide Cerbone e Luzzatto, "I contratti del commercio internazionale", in "Trattato di diritto privato", v. 1, tomo 3, p. 117 e ss.; Giuseppe Cassoni, "Lo jus gentium...", p. 290-310; Bruns et Motulsky, "Tendances et perspectives de l'arbitrage international", in "Revue Internationale de Droit Comparé", 1957, p. 717 e ss.; Vincent Heuzé, "la réglementation...", p. 95 e ss.
- 31 "Le droit du commerce international — réflexions d'un comparatista sur le droit international privé". Paris: Économica, 1987, p. 131.
- 32 Obra citada nota 31, p. 11.
- 33 Vide Phocion Francescakis, "Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles des conflits de lois", in "Revue Critique de Droit International Privé", 1966, p. 1 e ss..
- 34 "Lo Jus gentium...", p. 292.
- 35 Acerca deste método, ainda: Edoardo Vitta, "Cours général de droit international privé", in "Recueil des

- Cours", 1979, I, p. 126 e ss.; Pierre Lalive, "Tendances et méthodes en droit international privé", in "Recueil des Cours", 1977, II, p. 90 e ss.
- 36 Philippe Kahn, "La vente commerciale internationale". Paris: Sirey, 1961; Berthold Goldman, "Le droit des sociétés internationales", in "Journal du Droit International", 1963, p. 320 e ss. e, do mesmo autor, "Frontières du droit et lex mercatoria", in "Archives de la Philosophie du Droit", tomo IX, 1964, p. 177 e ss.; Prosper Weil, "Le droit international économique, mythe ou réalité", in "Aspects du Droit International Économique: Actes du Vè. Colloque de la Société Française Pour le Droit International", Paris: Pedone, 1972, p. 1 e ss.; M. Bonell, "Le regole oggettive del commercio internazionale", Milano, p. 182 e ss.
- 37 Ph. Kahn, "Le contrat économique international — stabilité et evolution". Bruxelles-Paris: Bruylant-Pedone, 1975, p. 172.
- 38 Vincent Heuzé, "La réglementation française...", p. 64 e ss.
- 39 P. Lagard, "Approche critique de la lex mercatoria; Ph. Kahn, "Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?", ambos in "Le droit des relations économiques internationales — études offertes à Berthold Goldman", Paris: LITEC, 1982, p. 125-50 e p. 97-107, respectivamente.
- 40 "Frontières du droit et lex mercatoria", p. 189; e "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives", in "Journal du Droit International" (Clunet), 1979, p. 475 e ss., respectivamente.
- 41 "Il diritto dei contratti internazionale". Padova: CEDAM, 1984, p. 14.
- 42 Neste sentido é importante a colocação de Ugo Draetta: "anzitutto occorre tener presente che la lex mercatoria si sta sviluppando in determinate aree solamente, attinenti alla disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti, con esclusione di materie come, ad esempio, lo stato e la capacità delle persone, i
- vizi del volere, e molte altre, che dovranno continuare ad essere regolate da una legge statale. Ma pur nell'ambito commerciale, in alcuni casi è il c.d. diritto internazionale uniforme che si fa strada, il quale, immesso negli ordinamenti interni attraverso le varie procedure di adattamento, potrà essere a volte inderogabile per le parti... In secondo luogo, sulla base dei noti principi di diritto internazionale privato, le norme di applicazione necessaria della lex fori (e forse anche di altre leggi con le quali il contratto presenti uno stretto legame) non potranno non applicarsi al contratto sottoposto alla lex mercatoria", in "Il diritto dei contratti...", p. 21.
- 43 Vide G. Nori, "Normative applicabile ed autonomia nei contratti internazionali: spunti problematici", in "Rivista di Diritto Comunitario e Degli Scambi Internazionali", 1988, p. 569 e ss.; e Dino Rinoldi, "La problematica della codificazione degli usi del commercio internazionale", in "Rivista di Diritto Comunitario e Degli Scambi Internazionali", 1986, p. 311 e ss.
- 44 Neste sentido, Mario Giuliano, "La loi applicable...", introdução e conclusão.
- 45 No processo de unificação das normas de conflito em matéria de contratos internacionais entre os países do MERCOSUL, devemos partir dos Trabalhos das "Conferências Especializadas Interamericanas de Direito Internacional Privado — CIDIPs, realizadas pelo Comitê Jurídico Interamericano da Organização dos Estados Americanos, especialmente a CIDIP IV, muitas já ratificadas pela Argentina, Uruguai e Paraguai, e para as quais o Brasil permanece silencioso. A respeito da CIDIP IV, se recomenda Antonio Boggiano, "Contratos internacionais". Buenos Aires: Depalma, 1990. Vale considerar também o Código de Bustamante que muito representou, neste sentido, para os países da América Latina.
- 46 R. David, "Le droit du commerce international...", p. 142.

A Competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para Fiscalizar a Compatibilidade do Direito dos Estados-Membros Com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem*

Um Estudo de Direito Constitucional

NUNO PIÇARRA

Assessor no Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias.
Docente no Instituto de Estudos Europeus da Universidade do Sarre, Alemanha

I – APRESENTAÇÃO DO TEMA

1. Em matéria de direitos fundamentais, os desenvolvimentos mais recentes a assinalar na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (a seguir designado por “TJ”) prendem-se com a assunção, por parte deste órgão jurisdicional, da competência para fiscalizar, em cooperação com os tribunais nacionais, a compatibilidade dos atos normativos dos Estados-Membros com o elenco de direitos fundamentais que, tal como resultam, designadamente, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950 (a seguir designada por “CEDH”), fazem parte integrante da ordem jurídica comunitária¹.

Noutra perspectiva, trata-se de determinar a medida em que os particulares podem obter do TJ protecção contra os atos legislativos e regulamentares alegadamente lesivos de tais direitos, imputáveis não à Comunidade Europeia mas aos Estados-Membros. E isto sem prejuízo da protecção que eventualmente possam obter, contra os mesmos atos, por parte dos respectivos tribunais constitucionais nacionais e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

2. O presente estudo tem por objeto analisar criticamente a fundamentação jurídica elaborada pelo TJ com vista a justificar uma tal extensão da sua competência na área dos direitos fundamentais. Uma vez que essa extensão se tem operado em função do conceito indeterminado (*open-textured*) de “disposições de direito nacional que se situam no âmbito de aplicação do direito comunitário”, a análise a que se vai proceder centrar-se-á no modo como este conceito tem sido jurisprudencialmente concretizado.

3. A título de enquadramento geral do tema a tratar, convém, no entanto, começar por recordar de forma tão sucinta quanto possível as principais características substantivas e adjetivas da tutela dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário. Numa definição jurídica aproximativa, entende-se por direitos fundamentais os direitos reconhecidos e garantidos por normas superiores de uma determinada ordem jurídica e que são essenciais para a existência e o conteúdo dos outros direitos que a integram. O respeito dos direitos fundamentais é um dos traços identificadores mais importantes de uma ordem jurídica².

II – PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA TUTELA JURISDICCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICA COMUNITÁRIA

A – A Integração Progressiva, por Via Pretoriana, de um Catálogo de Direitos Fundamentais no Ordenamento Comunitário

1. Ao invés das constituições dos Estados-Membros, o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, assinado em Roma em 25 de Março de 1957 (a seguir designado por “Tratado”)³, não contém uma declaração de direitos fundamentais. Dado que os trabalhos preparatórios do Tratado nunca foram tornados públicos, não se conhecem exatamente as razões de uma tal ausência. Ela é frequentemente explicada pelo fato de os autores do Tratado, inspirados pelo modelo de uma organização internacional, terem pretendido criar uma Comunidade de índole económica e não política, cujos sujeitos jurídicos eram sobretudo encarados na sua qualidade de agentes de uma economia de mercado. Supunha-se que, com tais características, a nova Comunidade, ao invés de um Estado, não seria em princípio suscetível de afetar os direitos fundamentais da pessoa humana.

Esta não é, no entanto, a explicação mais plausível. Tendo em conta nomeadamente os poderes de regulamentação da iniciativa privada de que a Comunidade Económica Europeia ficava a dispor, não poderia ter parecido aos autores do Tratado de todo em todo despreciosa a questão da garantia, no âmbito de aplicação deste, de uma série de direitos e liberdades da pessoa humana, tradicionalmente encarados como limites aos poderes de autoridade do Estado e onde se incluem, a título exemplificativo, o direito à propriedade privada, a garantia de acesso aos tribunais, o direito de audição e defesa, os princípios *nulla poena sine lege*, *non bis in idem*, mas também o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, a liberdade de expressão e informação, etc.

Em 1957, porém a protecção dos direitos fundamentais contra os atos normativos ou individuais dos órgãos da Comunidade deve ter sido considerada pelos autores do Tratado como incumbência das várias ordens jurídicas nacionais. Com o exemplo norte-americano decerto

no horizonte, ter-se-á temido que a atribuição, aos órgãos centrais da Comunidade, da competência para aplicar um catálogo próprio de direitos fundamentais tivesse por consequência a expansão progressiva dos poderes desses órgãos em detrimento dos Estados-Membros, dada a natureza indeterminada e, por conseguinte, carecida de amplo preenchimento normativo de um tal catálogo. A omissão relativa aos direitos fundamentais por parte dos autores do Tratado terá sido, afinal, deliberada⁴.

2. Importa, em todo o caso, precisar que o fato de o Tratado não conter um catálogo de direitos fundamentais próprio, elaborado em termos idênticos aos dos que integram as constituições dos Estados-Membros, não implica que ele não inclua disposições de grande relevância nesta matéria, suscetíveis de concretização jurisdiccional. Pense-se, em primeiro lugar, no artigo 164^o que, ao incumbir o TJ da missão de “assegurar o respeito do direito na interpretação e aplicação do presente tratado”, aponta para a integração em tal conceito de direito de uma componente de direitos fundamentais a proteger autonomamente no ordenamento comunitário. Pense-se, em segundo lugar, no princípio de proibição de discriminações em razão da nacionalidade (artigo 7^o) ou entre produtores e consumidores de produtos agrícolas (artigo 40). Pense-se, ainda, no artigo 119 que visa a igualdade de remuneração entre homens e mulheres⁵.

Podem evocar-se, por outro lado, os artigos 48, 52 e 59 que, proibindo discriminações em razão da nacionalidade nos setores do trabalho assalariado, do estabelecimento e da prestação de serviços, mas visando igualmente a eliminação de entraves não discriminatórios nesses setores, são equiparáveis, como certa doutrina cedo salientou, a verdadeiros direitos fundamentais, tal como se acham consagrados nas constituições dos Estados-Membros: direito de deslocação e de emigração, liberdade de escolha de profissão, liberdade de comércio e de indústria⁶.

3. Seja como for, a primeira abordagem, por parte do TJ, da questão da tutela dos direitos fundamentais, no acórdão de 4 de Fevereiro de 1959, *Storck/Alta Autoridade*⁷, proferido no âmbito do Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, não pode deixar de considerar-se claudicante. Chamado a deci-

*Agradeço ao Dr. José Luis Ramos, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, de cuja leitura atenta e crítica este texto beneficiou substancialmente. A minha responsabilidade é, porém, exclusiva no que respeita às deficiências e eventuais erros.

dir se um determinado ato imperativo da Alta Autoridade violava o direito fundamental do respectivo destinatário ao livre desenvolvimento da personalidade, bem como o direito fundamental à livre escolha de profissão, tal como se acham garantidos, respectivamente, pelos artigos 2º e 12 da Constituição alemã, o TJ limitou-se a responder que, no desempenho da sua missão de garantir o respeito do direito na interpretação e na aplicação do Tratado e dos regulamentos de execução deste, não lhe competia, em princípio, pronunciar-se sobre as regras de direito interno dos Estados-Membros nem, portanto, sobre as alegadas infrações a tais regras por parte dos atos adotados pelos órgãos da Comunidade.

É bem possível que o TJ tenha seguido uma tal orientação movido pelo receio de que, na falta, ao tempo, de um princípio de primazia do direito comunitário nas ordens jurídicas nacionais, a invocação sistemática das normas constitucionais aí vigentes em matéria de direitos fundamentais contra os atos jurídicos de fonte comunitária pudesse, em última análise, paralisar a ação da Comunidade. No entanto, havendo que partir do pressuposto de que o TJ não pode ter pretendido afirmar que os atos praticados pelos órgãos da Comunidade estavam dispensados do respeito dos direitos fundamentais, torna-se logicamente impossível não interpretar o acórdão Storck no sentido de que, para o TJ, a missão de garantir o respeito de tais direitos perante os atos da Comunidade cabia afinal aos tribunais nacionais, de acordo com os meios previstos pelas respectivas constituições. *Tertium non datur*⁸.

4. Se, apesar do que precede, a ordem jurídica comunitária foi integrando, progressivamente, um catálogo de direitos fundamentais, tal acabou por dever-se em medida determinante, à própria ação do TJ, ultrapassada a primeira fase da sua jurisprudência. Com efeito, foi o TJ que, numa jurisprudência iniciada com o acórdão de 12 de Novembro de 1969, *Stauder/Cidade de Ulm*⁹, “descobriu” progressivamente no Tratado um elenco não escrito de direitos fundamentais idêntico aos que figuram nas constituições dos Estados-Membros¹⁰ e destinados a servir de parâmetro de validade, desde logo, aos atos jurídicos adotados pelo Conselho e pela Comissão da Comunidade Europeia. Com isto mesmo, de resto, o TJ contribuiu decisivamente

para a constitucionalização do Tratado, ou seja, a conversão deste na “carta constitucional de uma Comunidade de Direito”¹¹.

Os princípios pretorianamente fixados em matéria de proteção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário podem enunciar-se nos seguintes termos: os direitos fundamentais da pessoa contam-se entre os princípios gerais do direito comunitário cuja observância é garantida pelo TJ; a proteção desses direitos deve ser garantida tendo em conta a estrutura e os objetivos da Comunidade; tal proteção inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos do homem em que os Estados-Membros cooperaram ou a que aderiram, com especial destaque para a CEDH; não podem, por conseguinte, ser admitidas na Comunidade medidas incompatíveis com os direitos fundamentais assim reconhecidos e garantidos¹².

Por outro lado, o TJ cedo deixou claro que a questão das eventuais violações dos direitos fundamentais por atos praticados pelos órgãos da Comunidade só poderia ser apreciada no quadro do próprio direito comunitário. Segundo o TJ, o recurso a critérios de validade decorrentes da ordem constitucional de um determinado Estado-Membro poria em causa a unidade material e a eficácia do direito comunitário. Colocado perante alegadas violações, por parte de atos jurídico-comunitários, de direitos fundamentais, tal como os enuncia a constituição de um Estado-Membro, ou de princípios de uma determinada ordem constitucional nacional, o TJ deverá apenas “analisar se não terá sido violada qualquer garantia análoga, inerente ao direito comunitário”¹³. Isto significa que o controle da compatibilidade dos atos jurídico-comunitários com os direitos fundamentais exercido pelo TJ traduz-se essencialmente numa escolha da *better law*, ou seja, da solução mais adequada às exigências próprias do ordenamento comunitário, e não na aplicação automática ao caso concreto do ou dos direitos fundamentais que a ordem constitucional de um determinado Estado-Membro supostamente proteja com a máxima intensidade¹⁴.

Refira-se, por fim, para se ter uma idéia precisa do significado da ação do TJ no domínio

em análise, que o próprio Tratado da União Europeia, em alternativa à inclusão expressa de um catálogo de direitos fundamentais, limitou-se a consagrar, no essencial, as fórmulas jurisprudenciais acabadas de citar. Assim, segundo o artigo F, nº 2, “a União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário”. Só não deixa de parecer paradoxal que o artigo L exclua da competência do TJ a própria aplicação do artigo F, nº 2¹⁵.

5. Após ter examinado o sentido e o alcance da evolução jurisprudencial relativa à tutela dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário, importa recordar as razões que levaram o TJ a mudar tão significativamente de orientação, do acórdão Storck para o acórdão Stauder, supracitados. Embora atuando em profunda interação, podem-se destrinçar duas ordens de razões, de mais a mais, de natureza potencialmente conflitual.

A primeira liga-se com a caracterização progressiva, por ação do TJ, do direito comunitário como um corpo normativo direto e uniformemente aplicável e, por conseguinte, dotado de primado sobre quaisquer normas nacionais contrárias, no conjunto formado pelas ordens jurídicas dos vários Estados-Membros, a partir do impulso inicial dado pelos acórdãos de 5 de Fevereiro de 1963, *Van Gend & Loos/Administração Fiscal*¹⁶, e de 15 de Julho de 1964, *Costa/ENEL*¹⁷. Saliente-se que esta idéia de unidade substantiva do direito comunitário corresponde, antes de mais, a uma imposição do princípio de igualdade perante a lei.

A segunda ordem de razões prende-se com o fato de, à data da instituição da Comunidade Europeia, os tribunais comuns da Alemanha e da Itália serem competentes, mediante “supervisão” de um tribunal constitucional, para fiscalizar a compatibilidade das normas aplicáveis aos litígios que lhes são submetidos a julgamento, nomeadamente com o catálogo de direitos fundamentais consagrado na respectiva constituição. *A priori*, uma tal competência era extensiva a quaisquer normas aplicáveis no território

respectivo, independentemente da sua origem.

Nestas condições, a aplicação uniforme do direito comunitário (primário e secundário) no conjunto formado pelos ordenamentos jurídicos de todos os Estados-Membros só ficaria garantida mediante o preenchimento de dois requisitos essenciais. Por um lado, era indispensável que, na falta de uma norma reconhecidamente superior que lho impusesse, os competentes órgãos dos dois Estados-Membros referidos se abstivessem de desaplicar ou invalidar, não só as disposições do Tratado, como também os atos de fonte comunitária adotados em sua execução, que reputassem contrários aos direitos fundamentais consagrados pelas respectivas constituições. Por outro lado, tornava-se necessário que o TJ, “em contrapartida” dessa abstenção, mas sobretudo em nome da aplicação uniforme do direito comunitário, passasse ele próprio considerar-se exclusivamente competente para invalidar atos de fonte comunitária com fundamento em violação de direitos fundamentais.

Percebe-se, nesta ótica, que a consagração do princípio da tutela dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária e a elaboração progressiva de um catálogo não escrito desses direitos constituem as técnicas a que o TJ teve que recorrer para aquele efeito¹⁸.

A profunda interação entre os fatores acabados de referir torna-se mais clara tendo em conta o enquadramento processual em que teve lugar. Trata-se do reenvio prejudicial, tal como o configura o artigo 177 do Tratado. Ao abrigo desta disposição se estabeleceu, de fato, a sólida cooperação entre o TJ e os órgãos jurisdicionais nacionais, seus interlocutores incontornáveis, que esteve na origem da jurisprudência comunitária em matéria de direitos fundamentais. Adiante-se, desde já, que é exatamente no mesmo enquadramento processual que se tem operado a extensão da competência do TJ sobre que incide o presente estudo.

B — O Artigo 177 do Tratado e a Cooperação Entre o TJ e os Tribunais Nacionais no Âmbito da Proteção dos Direitos Fundamentais

1. Os tribunais nacionais são os órgãos jurisdicionais comuns — a primeira linha, por

assim dizer — de aplicação do *corpus* normativo que integra a Comunidade. No quadro de um sistema pautado por uma profunda descentralização quer administrativa quer jurisdicional, o TJ tem fundamentalmente por missão garantir a aplicação uniforme, pelos tribunais nacionais, do direito comunitário. Isto implica, pelo menos, a sua competência de última instância não só para interpretar o Tratado e os atos adotados pelos órgãos da Comunidade, mas também para verificar a validade destes atos à face do Tratado e, mais genericamente, do bloco de legalidade comunitária.

Nestas condições, compreende-se que os princípios relativos à proteção jurisdicional dos direitos fundamentais, bem como o elenco destes, tenham sido, no essencial, estabelecidos pelo TJ, não no quadro do recurso direto de anulação nos termos do artigo 173 do Tratado¹⁹, mas sim no do artigo 177 — “pedra angular” do sistema jurisdicional comunitário — em resposta a questões prejudiciais de interpretação e de validade de normas de fonte comunitária, remetidas pelos tribunais dos Estados-Membros com um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade. Tais questões versavam, como é óbvio, sobre a compatibilidade dessas normas com a tutela efetiva de determinados direitos fundamentais²⁰.

Com efeito, dos *leading cases* na matéria, só o acórdão *Nold* foi proferido no quadro do artigo 173. Todos os outros (*Stauder, Internationale Handelsgesellschaft, Hauert*) tiveram origem em questões prejudiciais de validade e de interpretação de determinadas normas constantes de diplomas aprovados pelo Conselho ou pela Comissão, pertinentes para a solução de litígios pendentes em tribunais alemães.

2. Como já se referiu, não podia ter-se por excluída *a priori* a possibilidade de os tribunais nacionais dotados de uma competência genérica de controle da constitucionalidade submeterem ao respectivo tribunal constitucional a questão da compatibilidade da norma de direito comunitário aplicável ao litígio concreto com determinados direitos fundamentais, e isto mesmo após o TJ se ter pronunciado pela validade da mesma à face do ordenamento comunitário nos termos do artigo 177. Foi, de resto, em tais circunstâncias que se fez sentir a influência decisiva dos tribunais constitucionais alemão e ita-

liano para a configuração do princípio do respeito dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário.

Com efeito, o acórdão de 29 de Maio de 1974²¹, em que o *Bundesverfassungsgericht* definiu a sua competência para fiscalizar os atos da Comunidade, teve origem no acórdão do TJ *Internationale Handelsgesellschaft*, supracitado. Na seqüência deste último acórdão — que não considerou inválido, à luz dos princípios gerais do direito comunitário, o regulamento em matéria de política agrícola comum concretamente aplicável — o mesmo tribunal que submetera ao TJ a questão prejudicial da validade de tal regulamento, submeteu ao *Bundesverfassungsgericht* a questão da constitucionalidade do mesmo por referência, designadamente, ao direito fundamental de propriedade privada, tal como se acha expressamente consagrado pelo artigo 14 da Constituição alemã.

A evolução da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* na matéria pode sintetizar-se da seguinte forma: afirmação, no supracitado acórdão, da competência para verificar a inconstitucionalidade de um regulamento comunitário, enquanto a ordem jurídica comunitária não estivesse dotada de um catálogo de direitos fundamentais de origem parlamentar e equiparável ao catálogo de direitos fundamentais constante da Constituição alemã; renúncia genérica ao exercício dessa competência enquanto a Comunidade e, em especial, a jurisprudência do TJ garantirem uma proteção eficaz dos direitos fundamentais perante os poderes de autoridade exercidos pelos respectivos órgãos, equiparável no essencial à que é assegurada pela Constituição alemã²²; limitação progressiva dessa renúncia, ressaltando, num primeiro momento, a competência para fiscalizar plenamente a constitucionalidade das normas internas adotadas em execução de diretivas comunitárias (sem prejuízo do controle exercido pelo TJ sobre as diretivas em si mesmas²³) e declarando, posteriormente, que a sua competência relativa à proteção dos direitos fundamentais não abrange apenas os atos praticados pelos órgãos do Estado alemão²⁴.

A *Corte Costituzionale* italiana, por seu lado, tampouco deixou de se considerar competente para, em casos-limite, fazer prevalecer os direitos fundamentais constitucionalmente consagra-

dos sobre o direito comunitário²⁵. Recentemente, foi chamada a pronunciar-se sobre a compatibilidade com a constituição italiana do artigo 174, segundo parágrafo, do Tratado que, na interpretação do TJ, permite a limitação temporal dos efeitos de uma declaração de invalidade de um regulamento comunitário proferida nos termos do artigo 177, de forma a nem sequer fazer beneficiar dessa declaração as partes no processo principal em que se suscitou a respectiva questão prejudicial de validade. A Corte *Costituzionale*, num lapidar “acórdão admoestatório”²⁶, tendo embora declarado o recurso inadmissível, não deixou de aproveitar o ensejo para considerar a interpretação dada pelo TJ do artigo 174 como incompatível com o direito fundamental de acesso aos tribunais para a tutela efetiva dos direitos e interesses legítimos dos particulares, tal como o consagra a constituição italiana.

3. A “competência limitada” que expressamente se reservam, nos termos acabados de examinar, os dois tribunais constitucionais pode, à primeira vista, parecer objetivamente perigosa para a autonomia e unidade da ordem jurídica comunitária. No entanto, tal atitude revela, sobretudo, a vontade compreensível dos juizes constitucionais de influenciar a definição dos princípios comunitários em matéria de proteção dos direitos fundamentais, “vigilando” concretamente a justeza da ação do TJ a esse respeito.

No fundo, estes tribunais constitucionais põem como condição para “renunciarem” ao exercício da competência que consideram ter para o controle de constitucionalidade de normas comunitárias, que o TJ aplique a essas normas um parâmetro de validade substancialmente idêntico ao vigente nos respectivos ordenamentos constitucionais²⁷. Esta cooperação *sui generis* tem trazido, apesar de tudo, um importante contributo para o aperfeiçoamento do sistema comunitário de proteção dos direitos fundamentais, não sendo, de resto, de excluir, por esta via, novos desenvolvimentos da jurisprudência do TJ em matéria tão essencial.

III — EXTENSÃO E LIMITES DA COMPETÊNCIA DO TJ PARA FISCALIZAR A COMPATIBILIDADE DO DIREITO NACIONAL COM A CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM

A — Enquadramento Orgânico e Processual

1. O que fica dito permite identificar o quadro orgânico e processual dentro do qual o TJ tem sido chamado a apreciar a compatibilidade de atos legislativos e regulamentares dos Estados-Membros com a CEDH. O TJ fá-lo agora exclusivamente no quadro do artigo 177, em resposta a questões prejudiciais de interpretação do direito comunitário remetidas pelos tribunais nacionais. A via do artigo 173, já limitadamente utilizada para efeitos do controle da compatibilidade dos atos da Comunidade com a CEDH, fica de todo em todo excluída quando estão em causa atos dos Estados-Membros.

Perguntar-se-á então em que termos precisos fiscaliza o TJ, à luz da CEDH, os atos dos Estados-Membros, sendo que o faz no âmbito de um processo originariamente concebido para garantir a interpretação e aplicação uniformes do direito comunitário em todo o espaço jurídico da Comunidade.

2. A resposta decorre da transformação sofrida pelo processo do artigo 177, em resultado da sua aplicação prática. A este respeito convém lembrar, antes de mais, que o direito comunitário coexiste com o direito nacional nos mais diversos domínios materiais. Isto levanta frequentemente questões de compatibilidade entre ambos ou, o que é o mesmo, questões de aplicabilidade do direito nacional, tendo em conta o princípio do primado do direito comunitário. Não surpreende, assim, que os tribunais nacionais tenham passado a recorrer sistematicamente ao artigo 177 para questionar o TJ acerca do caráter eventualmente contrário ao bloco de legalidade comunitária das disposições de direito nacional pertinentes para a solução dos litígios que lhes são submetidos.

Compreende-se igualmente que, em resposta a tais questões, o TJ não se limite a interpretar, sem mais, o direito comunitário. Em vez disso, entra no âmbito do litígio objeto do processo principal, tomando, no entanto, a precaução de o tornar abstrato, ou seja, de o apresentar como um conflito entre direito comunitário e uma hipotética disposição idêntica à que está em causa perante o tribunal nacional. Na prática, isto significa que o TJ, instado pelos tribunais nacionais, passou a decidir, de fato, da aplicabilidade jurisdicional do direito nacional. Os tribunais nacionais ficam, por conseguinte, vinculados, na maior parte dos casos, a desapplicar automaticamente a norma nacional julgada pelo TJ contrária ao direito comunitário. Nesta medida, a competência exercida pelo TJ, nos termos do artigo 177, tornou-se progressivamente equiparável à de um verdadeiro tribunal constitucional, embora não inclua o poder de anular formalmente as disposições de direito nacional que repute contrárias ao direito comunitário²⁸.

Assim se aplica que o TJ tenha enunciado a sua competência para fiscalizar a compatibilidade do direito nacional com ao CEDH nos seguintes termos.

"(...) Desde que uma regulamentação nacional entre no âmbito de aplicação do direito comunitário, o Tribunal de Justiça, chamado a decidir a título prejudicial, deve fornecer todos os elementos de interpretação necessários à apreciação, pelo órgão jurisdicional nacional, da conformidade desta regulamentação com os direitos fundamentais cujo respeito o Tribunal garante, tal como resultam, em especial, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem"²⁹.

Importa agora examinar em que casos considera o TJ que uma regulamentação nacional entra no âmbito de aplicação do direito comunitário.

B — O Acórdão Cinéthèque e a Contraposição Entre "Âmbito Próprio do Direito Comunitário" e "Âmbito da Competência do Legislador Nacional". Crítica

1. O TJ abordou pela primeira vez o tema da sua competência específica para apreciar uma regulamentação nacional do ponto de vista da

compatibilidade com a CEDH no acórdão de 11 de Julho de 1985, *Cinéthèque/Fédération nationale des cinémas français*³⁰, proferido no quadro de um processo prejudicial desencadeado por um tribunal francês. Estavam em causa as disposições do artigo 89 da lei francesa de 29 de Julho de 1982, regulamentadas por decreto de 4 de Janeiro de 1983. Tais disposições determinavam que durante o período de um ano nenhuma obra cinematográfica explorada em salas de espetáculo poderia ser objeto de exploração simultânea designadamente sob a forma de videocassetes. Para além da questão de saber se estas disposições eram compatíveis com as disposições do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias e à livre prestação de serviços, o tribunal nacional suscitou também a questão da compatibilidade com o artigo 10 da CEDH, que consagra a liberdade de expressão.

O TJ começou por examinar as disposições de direito nacional em questão à face do artigo 30 do Tratado, tendo concluído por uma relação de compatibilidade entre ambas. Seguidamente, a propósito do controle da compatibilidade de tais disposições com o artigo 10 da CEDH, o TJ declarou que:

"se é verdade que incumbe ao Tribunal de Justiça garantir o respeito pelos direitos fundamentais no âmbito próprio do direito comunitário já não lhe cabe, porém, examinar a compatibilidade, com a Convenção Europeia, de uma lei nacional que se situa, como no caso concreto, num âmbito da competência do legislador nacional"³¹.

À primeira vista, não ficava excluído que, com esta solução, o TJ pretendesse acolher a "tese ortodoxa" segundo a qual o catálogo comunitário não escrito de direitos fundamentais se destinava a servir de parâmetro de validade apenas aos atos adotados pelos órgãos da Comunidade, no exercício das suas funções legislativa e administrativa, com exclusão, portanto, dos atos legislativos dos Estados-Membros, quaisquer que fossem. Estes apenas ficariam sujeitos ao eventual controle decorrente da aplicação de um parâmetro constitucional nacional³².

Nas conclusões apresentadas no processo Cinéthèque, o advogado-geral considerou, ao invés, que, uma vez que se tratava de verificar se as referidas disposições legislativas nacionais,

apesar de potencialmente restritivas da livre circulação de mercadorias, eram ainda assim compatíveis com o artigo 30 do Tratado por se justificarem como "exigências à luz da CEDH"³³. Com esta tese, o advogado-geral prenunciava o essencial das críticas que viriam a ser dirigidas ao acórdão Cinéthèque e especificamente à sua interpretação restritiva de "âmbito de aplicação do direito comunitário" para efeitos da delimitação da competência fiscalizadora do TJ em causa.

2. As críticas ao acórdão Cinéthèque podem resumir-se nos seguintes termos: este acórdão excluiu incoerentemente do "âmbito de aplicação do direito comunitário" um tipo de casos que nele não pode deixar de se situar, o que, além do mais, representou uma involução em relação à jurisprudência anterior.

Como acaba de ver-se, o caso concreto situava-se no âmbito da chamada "integração negativa", ou seja, aquela que consistem em implementar as "liberdades fundamentais" previstas pelo Tratado. Mais concretamente, prendia-se com a competência dos Estados-Membros para, ao abrigo do próprio direito comunitário, introduzirem derrogações a tais liberdades.

É sabido que as liberdades fundamentais em questão (liberdade de circulação de mercadorias, prevista pelo artigo 30 e segs; liberdade de circulação de trabalhadores, prevista pelo artigo 48 e segs; liberdade de estabelecimento, consagrada no artigo 52 e segs; liberdade de prestação de serviços, consagrada no artigo 59 e segs.) decorrem diretamente do Tratado e das disposições comunitárias adotadas em sua execução. O exato conteúdo de tais liberdades, porém, só se determina tendo em conta dois tipos de disposições legislativas e regulamentares nacionais: por um lado, aquelas que, ao abrigo dos artigos 36, 48, nº 3, 56 e 66 do Tratado, estabeleçam limitações ou derrogações às liberdades comunitárias fundamentais, justificadas por razões de ordem pública, de segurança pública e de saúde pública³⁴; por outro lado, as disposições que correspondam a exigências imperativas de interesse geral, não expressamente enumeradas nas cláusulas derogatórias acabadas de mencionar, mas igualmente suscetíveis de permitir que os Estados-Membros adotem medidas que, de outro modo, seriam incompatíveis

com o direito comunitário por constituírem entraves a tais liberdades³⁵.

Ora, tais disposições de direito nacional, contrariando as proibições dirigidas aos Estados-Membros nos termos dos artigos 30, 48, 52 ou 59 do Tratado, só não serão contrárias à legalidade comunitária se, comprovadamente, constituírem uma derrogação permitida pelos artigos 36, 48, nº 3, 56 ou 66, ou se justificarem por "razões imperativas de interesse geral". A definição daquilo que constitui uma violação das liberdades fundamentais consagradas pelo Tratado, assim como do que constitui uma derrogação lícita a tais liberdades, não pode deixar de ser material e jurisdicionalmente uma questão de direito comunitário. Cabe naturalmente ao TJ definir o âmbito e o alcance de tais derrogações, sem perder de vista a ampla margem de discricionariedade de que os Estados-Membros dispõem nessa matéria³⁶.

Tendo em conta que a lei nacional em causa no processo Cinéthèque produzia efeitos potencialmente restritivos das trocas intracomunitárias de mercadorias, só se justificando perante o artigo 30 se pudesse ser considerada como "exigência imperativa de interesse geral" — questão a decidir pelo TJ em colaboração com o tribunal *a quo* —, não se descortinam, à primeira vista, as razões que terão levado o juiz comunitário a considerar que tal lei não se situava no âmbito de aplicação do direito comunitário, para efeitos de um controle de compatibilidade com a CEDH. A este respeito, torna-se esclarecedor um confronto com a jurisprudência Rutili, como se irá ver em seguida.

3. O acórdão de 28 de Outubro de 1975, *Rutili/Ministro do Interior*³⁷, proferido em resposta a duas questões prejudiciais de interpretação do artigo 48, nº 3, do Tratado remetidas por um tribunal francês, afirma claramente a relevância jurídico-comunitária dos atos legislativos e regulamentares nacionais (mas também dos atos administrativos praticados em sua execução) derogatórios das liberdades fundamentais previstas pelo Tratado. O TJ declarou, com efeito, que embora os Estados-Membros permaneçam, quanto ao essencial, livres de determinar, nos termos da reserva prevista pelo artigo 48, nº 3, de acordo com as suas necessidades nacionais, as exigências de ordem públi-

ca, "todavia, no contexto comunitário e, designadamente, enquanto justificação de uma derrogação aos princípios fundamentais da igualdade de tratamento e da liberdade de circulação dos trabalhadores, tal conceito deve ser entendido estritamente, pelo que o seu alcance não pode ser determinado unilateralmente por cada um dos Estados-Membros sem controle dos órgãos da Comunidade"³⁸.

Por outro lado, em resposta à questão de saber qual o sentido preciso a atribuir ao termo "[limitações] justificadas", constante do artigo 48, n.º 3, o TJ declarou que a justificação das medidas nacionais que se reportam à salvaguarda da ordem pública e, nomeadamente, à política de estrangeiros, deve ser apreciada à luz de todas as regras de direito comunitário que visam, por um lado, limitar o poder discricionário dos Estados-Membros na matéria e, por outro, garantir a defesa dos direitos das pessoas sujeitas, por esse motivo, a medidas restritivas³⁹. E apesar de nenhuma questão prejudicial relativa à CEDH lhe ter sido colocada, o TJ constatou que, no seu conjunto, tais regras de direito comunitário configuram-se como a manifestação específica de um princípio mais geral consagrada pelos artigos 8.º, 9.º, 10 e 11 da CEDH⁴⁰.

Este passo da fundamentação do acórdão Rutili permitia vários desenvolvimentos jurisprudenciais, tendo em conta que, ao tempo, já se encontrava estabelecido no ordenamento comunitário o princípio segundo o qual os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito, cuja observância o TJ garante (só não tinha ainda sido reconhecido o significado particular da CEDH para esse efeito).

Em primeiro lugar, fundando-se no acórdão Rutili, o TJ poderia vir a considerar-se competente para, na falta de regras específicas de direito comunitário, apreciar a compatibilidade, com o "princípio mais geral consagrado pelos artigos 8.º, 9.º, 10 e 11 da CEDH", das medidas legislativas ou regulamentares dos Estados-Membros derogatórias não só da liberdade de circulação dos trabalhadores na aceção do artigo 48, n.º 3, mas também da liberdade de circulação de mercadorias na aceção do artigo 36, da liberdade de estabelecimento, na aceção do artigo 56 e da liberdade de prestação de serviços na aceção do artigo 66.

Em segundo lugar, em desenvolvimento da jurisprudência Rutili, o TJ poderia vir a tornar uma tal competência de controle extensiva aos atos legislativos e regulamentares (não discriminatórios) dos Estados-Membros restritivos das liberdades comunitárias fundamentais, mas eventualmente suscetíveis de se justificar, por exigências imperativas de interesse geral, à face dos artigos 30, 48, 52 e 59.

Por último, baseando-se na mesma jurisprudência, o TJ poderia vir a considerar-se, mais genericamente, competente para apreciar a compatibilidade com a CEDH de quaisquer atos normativos dos Estados-Membros que apresentem um elemento de conexão com o direito comunitário⁴¹. Uma evolução jurisprudencial neste sentido foi, de resto, expressamente defendida pelo advogado-geral Alberto Trabucchi, nas conclusões apresentadas em 2 de Junho de 1976, no processo Watson e Belmann, supracitado. Vale a pena transcrever o excerto pela clareza e também pela exata consideração de todas as implicações da tese em questão:

"Pode deduzir-se [do acórdão Rutili] que o respeito pelos princípios fundamentais relativos à proteção dos direitos do homem (...) pode igualmente revestir-se de importância no âmbito de aplicação do direito comunitário com vista à determinação da legalidade da atitude do Estado em relação ao direito a uma liberdade que o Tratado reconhece aos particulares.

É certo que, ao contrário dos atos do executivo comunitário, os atos dos Estados estão sujeitos ao controle dos respectivos órgãos jurisdicionais internos que, com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, asseguram já uma proteção eficaz dos direitos fundamentais. Apesar disso, também o Tribunal de Justiça, sem usurpar as competências próprias de outros órgãos jurisdicionais, poderá censurar a violação de um direito fundamental por uma autoridade estadual, se não na mesma medida em que poderia fazê-lo no quadro do controle da validade dos atos comunitários, pelo menos na medida em que o direito fundamental cuja violação é alegada pode reportar-se à proteção de um direito económico que constitua um dos objetos específicos do Tratado. Na falta de tal nexa a

ação do Estado em relação aos particulares não seria suscetível de desempenhar qualquer papel no sistema comunitário, nem mesmo no plano processual"⁴².

4. Confrontando agora o caso Cinéthèque com o caso Rutili, há que constatar que, para além de se situar no domínio da livre circulação de mercadorias, o primeiro se distingue ainda do segundo num ponto muito significativo. É que, neste último, as disposições de direito nacional em causa podiam considerar-se, antes de mais, como regras de execução de uma diretiva do Conselho⁴³ e não como disposições suscetíveis de beneficiar diretamente, sendo esse o caso, das exceções previstas pelo artigo 48, n.º 3.

Mas o que importa salientar é que o acórdão Cinéthèque rejeitou implicitamente a segunda possibilidade deixada em aberto pelo acórdão Rutili, isto é, de o TJ se considerar competente para examinar a compatibilidade com a CEDH dos atos estaduais restritivos da liberdade de circulação de mercadorias de caráter não discriminatório, eventualmente suscetíveis de se justificar, por exigências imperativas de interesse geral, perante o artigo 30 do Tratado.

Todavia, para esse efeito, o TJ não interpretou o conceito de "âmbito da competência do legislador nacional", nem no sentido da competência exclusiva do legislador nacional nem, muito menos, de âmbito de competência isento do controle do TJ no quadro do artigo 177. Com efeito, para concluir que as disposições da lei francesa em questão, apesar dos seus potenciais entraves ao comércio intracomunitário de videocassetes podiam, ainda, ser consideradas compatíveis com o artigo 30, o TJ examinou-as sob vários aspectos. Primeiro, quanto à eventual natureza discriminatória, para concluir que tais disposições eram indistintamente aplicáveis às videocassetes fabricadas no território nacional e às importadas. Depois, quanto ao seu objetivo, para concluir que o mesmo era de caráter cultural (encorajamento da criação de obras cinematográficas sem distinção de origem), justificável perante o direito comunitário. Por fim, à luz do princípio da proporcionalidade, para concluir que tais disposições não iam além do necessário para garantir tal objetivo⁴⁴. O que precede parece tornar inconcludente a contraposição operada pelo acórdão Cinéthèque entre "âm-

bito próprio do direito comunitário" e "âmbito da competência do legislador nacional".

Em todo o caso, se de acordo com a própria jurisprudência do TJ⁴⁵, a proteção dos direitos fundamentais se conta, ao lado do princípio da necessidade, da proporcionalidade e outros, entre os princípios gerais do direito comunitário cuja observância é garantida pelo TJ, resulta de fato incoerente que o TJ, após ter examinado a lei em questão sob os aspectos acabados de enumerar, a fim de determinar se ela se justificava perante o artigo 30, se tenha declarado incompetente para examinar a compatibilidade da mesma com a liberdade de expressão consagrada no artigo 10 da CEDH, tal como lhe fora solicitado pelas sociedades recorrentes e intervenientes no processo perante o tribunal a quo⁴⁶. Com efeito, em tais circunstâncias, o TJ deve garantir que uma lei como a examinada respeita não só as disposições específicas do Tratado ou do direito adotado em sua execução, mas também os princípios mais gerais que, tal como resultam da CEDH, integram igualmente o bloco de legalidade comunitária.

5. Dito isto, importa delimitar com precisão o alcance do acórdão Cinéthèque. A este propósito, cabe sobretudo salientar que, dado o seu contexto específico, ele não precludia a possibilidade de o TJ se considerar competente para fiscalizar a compatibilidade com a CEDH de um ato normativo de um Estado-Membro à primeira vista proibido por conter entraves discriminatórios a uma das liberdades fundamentais da Comunidade, a fim de determinar se tal ato pode ou não beneficiar das exceções previstas pelos artigos 36, 48, n.º 3, 56 e 66. Para este efeito, o princípio do respeito pelos direitos fundamentais podia, pois, ombrear com os princípios da necessidade e da proporcionalidade e todos os demais princípios gerais do direito comunitário cuja observância é garantida pelo TJ. E isto independentemente da concreta intermediação de um ato de fonte comunitária.

Por outras palavras, o acórdão Cinéthèque, apesar de rejeitar o segundo dos desenvolvimentos jurisprudenciais permitidos pelo acórdão Rutili (atrás enumerados), não precludia o primeiro. Quanto ao terceiro desenvolvimento, dado o seu caráter genérico, ele não podia deixar de ficar, de algum modo, comprometido pela inter-

pretação restritiva do conceito de "âmbito de aplicação do direito comunitário" dada pelo acórdão Cinéthèque⁴⁷.

C — O "Âmbito de Aplicação do Direito Comunitário" Restrito às Normas Nacionais de Execução do Direito Adotado Pela Comunidade — I: o Acórdão Demirel

1. A jurisprudência posterior ao acórdão Cinéthèque veio confirmar que o TJ não estava disposto a concretizar de imediato as possibilidades que lhe abria o acórdão Rutili no sentido de assumir competência para controlar a compatibilidade, com a CEDH, dos atos legislativos ou regulamentares dos Estados-Membros com relevância jurídico-comunitária, mas sem conteúdo executivo relativamente a atos adotados pela Comunidade. Dito de outro modo, os casos que o TJ foi subsequenteemente chamado a decidir deram-lhe o ensejo de confirmar que, fora de um contexto normativo integrando disposições de direito comunitário derivado, de alguma forma executadas pelas disposições nacionais litigiosas, ele se consideraria incompetente para apreciar estas últimas à luz da CEDH, independentemente do fato de as mesmas patentearem qualquer outro nexos com o ordenamento comunitário.

A este respeito, há que referir duas espécies de acórdãos: por um lado, o acórdão de 30 de Setembro de 1987, *Demirel/Cidade de Schwäbisch Gmünd*⁴⁸, em que o *non possumus* do TJ foi expressamente afirmado com fundamento na ausência de um contexto normativo como o que acaba de delinear-se; por outro lado os acórdãos de 15 de Maio de 1986, *Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*⁴⁹, de 25 de Novembro de 1986, *Klensch/Secrétaire d'État*⁵⁰, de 13 de Julho de 1989, *Wachauf/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*⁵¹, e de 24 de Março de 1994, *Bostock*, supracitado, em que o *possumus* do TJ se fundamentou na existência de uma típica relação de execução entre o direito comunitário e o direito nacional cuja compatibilidade com os direitos fundamentais estava em questão.

2. No processo prejudicial *Demirel* a questão da competência do TJ para verificar a compatibilidade com ao CEDH de uma disposição de direito nacional suscitou-se num contexto

muito particular. O juiz nacional remeteu ao TJ duas questões prejudiciais relativas à interpretação de um acordo de associação misto celebrado em 1963 entre, por um lado, a Comunidade Européia, juntamente com os Estados-Membros e, por outro lado, a Turquia. O juiz *a quo* tinha que decidir da aplicabilidade ou não ao caso concreto de uma disposição de direito alemão que aumentou de três para oito anos o período de residência ininterrupta e regular no respectivo território, como condição para os cidadãos de países terceiros terem direito na Alemanha ao Reagrupamento familiar. Perante o tribunal nacional estava pendente um recurso interposto de uma decisão administrativa de expulsão de uma cidadã turca grávida e com dificuldades de reinstalação na Turquia, e com fundamento de que o marido ainda não residia há oito anos na Alemanha (embora aí residisse há mais de três anos) e, por conseguinte, não tinha direito ao reagrupamento familiar.

Concretamente, o juiz nacional perguntava ao TJ, em primeiro lugar, se determinadas disposições do acordo de associação CEE-Turquia continham uma proibição, diretamente aplicável na ordem interna dos Estados-Membros, de introduzir novas restrições à liberdade de circulação dos trabalhadores turcos licitamente instalados no respectivo território; em segundo lugar, o juiz nacional pretendia saber se o conceito de livre circulação na acepção do acordo de associação incluía o direito ao reagrupamento familiar, à semelhança do que vigora para os "cidadãos da Comunidade".

Relativamente à segunda questão, tratava-se, no fundo, de saber se, para considerar o direito ao reagrupamento familiar como parte integrante da liberdade de circulação, era necessária uma disposição que expressamente o previsse, à semelhança do artigo 10 do Regulamento do Conselho n.º 1612/68, de 15 de Outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade e adotado em execução do artigo 48 do Tratado, ou se, para tanto, bastaria aplicar o princípio do respeito pelos direitos fundamentais tal como o garante designadamente a CEDH. Mais precisamente, o TJ foi instado a pronunciar-se sobre a aplicabilidade ao caso concreto do artigo 8º da CEDH, que consagra o direito fundamental à vida privada e familiar.

Em resposta à primeira questão prejudicial, o TJ declarou que as disposições do acordo de associação em causa não eram invocáveis em tribunal contra a introdução pelos Estados-Membros de novas restrições à livre circulação dos trabalhadores turcos licitamente instalados nos respectivos territórios. A fim de fundamentar a constatação de que não se tratava de disposições suficientemente precisas e incondicionais para poderem reger diretamente a circulação de tais trabalhadores, o TJ salientou designadamente o fato de o acordo de associação não ter sido "regulamentado" por nenhuma disposição adotada pelo órgão competente (o conselho de associação) proibindo novas restrições ao reagrupamento familiar⁵².

Chegado a esta conclusão, o TJ considerou desnecessário responder à segunda questão prejudicial, ou seja, a de saber se a liberdade de circulação dos trabalhadores turcos prevista pelo acordo de associação CEE-Turquia incluía o direito ao reagrupamento familiar. Entendendo, ainda assim, que o artigo 8º da CEDH tinha "uma incidência eventual" na resposta a dar a tal questão, o TJ prosseguiu nos seguintes termos:

"28. (...) Ora, no caso concreto, tal como resulta da resposta dada à primeira questão, não existe, atualmente, uma norma de direito comunitário que defina as condições em que os Estados-Membros devem autorizar o reagrupamento familiar dos trabalhadores turcos licitamente instalados na Comunidade. Por conseguinte, a regulamentação nacional em causa no processo principal não tinha que executar uma disposição de direito comunitário. Nestas condições, o Tribunal de Justiça não tem competência para apreciar a compatibilidade, com os princípios consagrados pelo artigo 8º da Convenção Européia dos Direitos do Homem, de uma regulamentação nacional como a que está em causa".

3. Perante este excerto, fica mais clara a interpretação dada pelo TJ ao conceito de "âmbito de aplicação do direito comunitário", em função da qual delimita a sua competência para fiscalizar os atos legislativos e regulamentares dos Estados-Membros no que toca à sua compatibilidade com ao CEDH. O que não fica, porém, nada claro é que com uma tal interpretação o TJ não tenha concretamente admitido na Co-

munidade uma medida incompatível com um direito fundamental cuja observância lhe cabe garantir.

O TJ teve decerto razão ao declarar que as disposições do acordo de associação em causa não bastavam para que o interessado pudesse impugnar com êxito, perante o tribunal nacional, a nova restrição à liberdade de circulação dos trabalhadores turcos licitamente instalados na Alemanha (prolongamento do prazo de residência para efeitos do reagrupamento familiar) introduzida pela disposição de direito nacional em questão. Mas tal constatação traduz-se num juízo de natureza meramente adjetiva. A verdadeira questão substantiva era a de saber se tal disposição nacional violava ou não o direito fundamental à vida privada e familiar previsto pelo artigo 8º da CEDH e tutelado *qua tale* pelo ordenamento comunitário. E se houvesse que concluir-se pela afirmativa, seria dever indeclinável do TJ vincular o tribunal nacional a aplicar diretamente o artigo 8º da CEDH, enquanto regra superior de direito comunitário, contra a disposição nacional litigiosa⁵³.

D — O "Âmbito de Aplicação do Direito Comunitário" Restrito às Normas Nacionais de Execução do Direito Adotado Pela Comunidade — II: os Acórdãos Johnston, Klensch, Wachauf e Bostock

1. Tendo em conta o que precede, compreende-se facilmente que, num contexto em que as disposições de direito nacional litigiosas tinham sido adotadas em execução de uma diretiva comunitária, o TJ não hesitasse em recorrer à CEDH, a fim de fornecer ao tribunal a *quo* todos os elementos de interpretação necessários à apreciação, por parte deste, da conformidade de tais disposições com os direitos fundamentais garantidos no ordenamento comunitário. É o que atesta, em primeiro lugar, o acórdão prejudicial *Johnston*, supracitado.

No caso concreto, tratava-se de aquilatar da compatibilidade com ao Diretiva 76/207 do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, de uma disposição do Sex Discrimination Order vigente na Irlanda do Norte que declarava contenciosamente inim-pugnável um determinado tipo de ato adminis-

trativo de caráter potencialmente discriminatório em razão do sexo. Após ter recordado que o artigo 6º da diretiva em causa obriga os Estados-membros a introduzir nas respectivas ordens jurídicas as disposições necessárias para permitir a quem se sinta lesado por uma discriminação de ordem sexual "fazer valer os seus direitos por via jurisdicional", o TJ salientou que "o controle jurisdicional imposto por este artigo é expressão de um princípio geral de direito (...) igualmente consagrado pelos artigos 6º e 13 da CEDH"⁵⁴.

Numa formulação e num contexto que lembram os do acórdão Rutili, o acórdão Johnston reiterou implicitamente a possibilidade de o TJ assumir competência para fiscalizar a compatibilidade como a CEDH dos atos legislativos e regulamentares nacionais com relevância jurídico-comunitária, sem necessidade da interposição de uma diretiva ou de um regulamento comunitários.

2. Por outro lado, no acórdão prejudicial *Klensch*, supracitado, o TJ considerou-se igualmente competente para apreciar as disposições de direito nacional adotadas em execução de regulamentos comunitários (no caso concreto, em sede de política agrícola comum), à luz do "princípio geral de igualdade que faz parte dos princípios fundamentais do direito comunitário". A fundamentação estava, de resto, facilitada pelo fato de o direito fundamental à igualdade encontrar uma "expressão específica" no artigo 40, nº 3, segundo parágrafo, do Tratado, que proíbe qualquer discriminação entre produtores ou consumidores da Comunidade no âmbito das organizações de mercado.

Na interpretação do TJ, uma tal disposição visa todas as medidas relativas à organização comum dos mercados agrícolas, independentemente da autoridade que os estabelece. Isto significa, mais concretamente, que ao adotarem os atos normativos necessários à implementação de uma organização comum de mercado, os Estados-Membros estão também vinculados pelo artigo 40, nº 3, do Tratado⁵⁵.

3. Subseqüentemente, no acórdão prejudicial de 13 de Julho de 1989, *Wachauf* (proferido também no âmbito da política agrícola comum), o TJ declarou, de forma mais genérica, que as exigências decorrentes do princípio da proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica

comunitária vinculam igualmente os Estados-Membros sempre que estes executam normas comunitárias. Por conseguinte, os atos estaduais, legislativos ou regulamentares, adotados no exercício dessa competência executiva devem "em toda a medida do possível", observar tais exigências.

No caso concreto, o TJ considerou que a regulamentação comunitária cuja interpretação lhe era pedida (Regulamento nº 857/74 do Conselho e Regulamento nº 1371/84 da Comissão), dava às autoridades nacionais competentes uma margem de apreciação suficientemente ampla para que estas adotassem os necessários regulamentos de execução em conformidade com o imperativo de proteção dos direitos fundamentais. Para esse efeito, o próprio TJ indicou alternativamente o conteúdo que deveriam apresentar as disposições de execução nacionais⁵⁶.

Em consequência deste acórdão prejudicial, o juiz *a quo* anulou parcialmente um regulamento de execução nacional de conteúdo diverso do indicado pelo TJ, com fundamento em violação do direito fundamental à propriedade⁵⁷.

Do acórdão *Wachauf* resulta claro, em primeiro lugar, um ponto de grande significado para o tema do presente estudo: a circunstância de o ato normativo de execução nacional ter sido adotado no exercício de um amplo poder discricionário não constitui um limite à competência do TJ para o apreciar, no quadro do artigo 177, do ponto de vista da compatibilidade com os direitos fundamentais protegidos no ordenamento comunitário. Com efeito, dado o seu caráter absoluto, o dever de os Estados-Membros respeitarem os direitos fundamentais quando executam normas de fonte comunitária não pode depender do grau de discricionariedade legislativa ou administrativa de que dispõem para esse efeito⁵⁸.

Do mesmo acórdão decorre, por outro lado, que se não for de todo em todo possível aos competentes órgãos dos Estados-Membros executar uma disposição de direito comunitário sem violar direitos fundamentais, isso significa que o controle do TJ deverá incidir, antes de mais, sobre tal disposição comunitária, podendo em tal caso levar à anulação da mesma.

4. A competência do TJ para aquilatar da compatibilidade, com os direitos fundamentais, das regras de direito nacional adotadas em exe-

cução de disposições comunitárias fundamenta-se, em última análise, na própria natureza da ordem jurídica comunitária. Como efeito, esta exige normalmente a intervenção, a título complementar, do legislador nacional (pense-se nas diretivas mas também nos próprios regulamentos comunitários⁵⁹). Mais genericamente, os Estados-Membros atuam como "poder executivo" da Comunidade (em nome e/ou por conta dela) numa extensão largamente superior à que se verifica em qualquer Estado federal⁶⁰.

Do que precede resulta que a autoria formal do ato normativo litigioso não pode, definitivamente, ser tida por critérios adequados para delimitar a competência fiscalizadora do TJ em matéria de direitos fundamentais. Tratando-se da execução do direito comunitário, o mesmo princípio que leva o TJ a fiscalizar a conformidade com os direitos fundamentais dos atos praticados pelos competentes órgãos da Comunidade (pela Comissão e também pelo Conselho) — princípio da Comunidade de Direito — deve valer igualmente para os atos dessa natureza praticados pelos competentes órgãos dos Estados-Membros. E isto sem prejuízo do fato de, em relação a estes últimos atos, os poderes de fiscalização do TJ coexistirem, em determinados Estados-Membros, com os poderes de fiscalização mais vastos dos respectivos tribunais constitucionais, igualmente em sede de direitos fundamentais. Adiante se voltará a este tema.

5. Um acórdão recente do TJ — o supracitado acórdão *Bostock*, de 24 de Março de 1994 — veio, de alguma forma, pôr em causa os princípios fixados pelo acórdão *Wachauf* quanto à competência fiscalizadora do TJ que tem estado a ser analisada.

No caso concreto, o TJ, embora não pondo em causa o fato de que as normas legislativas estaduais litigiosas, por terem sido adotadas em execução de regulamentações comunitárias, se situavam no "âmbito de aplicação do direito comunitário"⁶¹, acabo por admitir que as mesmas não violavam o direito de propriedade nem o princípio da igualdade. Ora, no acórdão *Wachauf*, o TJ tinha considerado, diversamente, que uma regulamentação adotada pela Comunidade que estabelecesse uma solução de princípio idêntica à que resultava, para o caso *Bostock*, da legislação nacional em causa seria incompatível com as exigências decorrentes da proteção

dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária⁶².

A divergência do acórdão *Bostock* relativamente à jurisprudência *Wachauf* não parece justificada. Como já se demonstrou, o fato de um Estado-Membro dispor, como no caso *sub judice*, de uma ampla margem de discricionariedade para a gestão de uma política comunitária não exime a Comunidade nem, em especial, o TJ da responsabilidade de garantir que, no desempenho dessa tarefa, os direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento comunitário serão, de qualquer forma, respeitados⁶³.

E — Um Passo Intermédio na Evolução do Acórdão *Cinéthèque* para o Acórdão ERT: o Acórdão *Bond van Adverteerders/Estado Neerlandês*

1. Viu-se anteriormente que, nos primeiros processos em que foi confrontado, no contexto da "integração negativa", com a questão da eventual incompatibilidade de determinadas disposições de direito nacional com a CEDH (Royer e Watson e Belmann, supracitados), o TJ não respondeu a tais questões — nem mesmo quando isso lhe foi expressamente sugerido pelo advogado-geral.

Nesses casos, o TJ limitou-se a decidir as respectivas questões prejudiciais apenas com base em disposições específicas do Tratado e de atos adotados em sua execução, deixando subentendido que a eventual incompatibilidade com a CEDH de uma lei ou de um regulamento nacionais não constituía, em princípio, uma questão de direito comunitário. Conferiu, no entanto, uma tal extensão e um tal alcance às disposições do Tratado em matéria de liberdade de circulação e de proibição de discriminações em razão da nacionalidade que o imperativo de proteção dos direitos fundamentais podia considerar-se, dessa forma, plenamente satisfeito. Era de fato possível questionar legitimamente o real interesse de um recurso cumulativo à CEDH como parâmetro de validade dos atos estaduais litigiosos⁶⁴.

2. É neste contexto que cabe situar o acórdão de 26 de Abril de 1988, *Bond van Adverteerders/Estado Neerlandês*⁶⁵. No caso concreto, o juiz nacional, a fim de poder decidir da compatibilidade com o direito comunitário de uma

regulamentação nacional (Kabelregeling) proibindo a difusão por cabo de programas de rádio e de televisão emitidos a partir de outros Estados-Membros, quando tais programas comportassem mensagens publicitárias destinadas especialmente ao público neerlandês ou legendas em neerlandês, solicitou ao TJ a interpretação dos artigos 59 e 56 do Tratado, assim como do artigo 10 da CEDH.

Estava-se, mais uma vez, no pleno domínio da “integração negativa”, precisamente no da liberdade de prestação de serviços e, além disso, não havia à data normas de harmonização adotadas pela Comunidade no setor da radiodifusão e da televisão. Nestas condições, o TJ poderia ser levado a considerar — como, aliás, lho sugeriu expressamente o advogado-geral, baseando-se no acórdão *Cinéthèque*⁶⁶ — que a regulamentação nacional em causa se situava “num âmbito da competência do legislador nacional” e, por conseguinte, a declarar-se incompetente para examinar a compatibilidade de uma tal regulamentação com a CEDH.

O TJ optou, no entanto, por uma formulação diversa, não excludente da sua competência de controle baseada na CEDH e que pode de alguma forma contribuir para esclarecer retrospectivamente as razões que o levaram nos anteriores acórdãos *Royer e Watson* e *Belmann* a não abordar a questão da eventual aplicabilidade da CEDH. Após ter constatado, em primeiro lugar, que a *Kabelregeling* comportava restrições à livre prestação de serviços discriminatórias em relação aos nacionais de outros Estados-Membros e, por isso mesmo, proibidas pelo artigo 59 e, em segundo lugar, que tais restrições eram insuscetíveis de se justificar por razões de ordem pública nos termos do artigo 56, uma vez que contrariavam os princípios da necessidade e da proporcionalidade, o juiz comunitários considerou que:

“41. Resulta das respostas dadas às questões precedentes que proibições de publicidade e de legendagem como as contidas na *Kabelregeling* são incompatíveis com as disposições dos artigos 59 e seguintes do Tratado. Uma vez que tais respostas permitem por si só ao órgão jurisdicional nacional dirimir o litígio que lhe foi submetido, a questão [relativa ao artigo 10º da CEDH] fica sem objeto”.⁶⁷

O TJ deixou, assim, implícito que, sendo caso disso, a CEDH podia constituir um elemento complementar de apreciação com vista a decidir se uma determinada disposição de fonte estadual contendo restrições a uma liberdade fundamental que apenas atingem os nacionais de outros Estados-Membros, é suscetível de beneficiar das exceções previstas pelas disposições conjugadas dos artigos 56 e 66, mas também pelos artigos 36 e 48, nº 3.

3. No entanto, posteriormente ao acórdão *Bond van Adverteerders*, o TJ voltou ainda a recorrer à “tática do silêncio” ao ser chamado a interpretar a CEDH, no quadro do artigo 177 do Tratado, a fim de determinar a eventual desaplicação pelo tribunal *a quo* de uma disposição nacional alegadamente contrária àquele instrumento internacional.

Fê-lo, primeiro, no acórdão de 10 de Julho de 1990, *Hansen*, relativamente a uma norma nacional prevendo uma modalidade de responsabilidade penal objetiva, adotada em execução de um regulamento comunitário. O TJ limitou-se a tomar em consideração, na sua decisão prejudicial, as disposições do regulamento comunitário pertinentes com exclusão do artigo 6º, nº 2, da CEDH (princípio *nulla poena sine culpa*), afastando-se do que lhe tinha sugerido o advogado-geral⁶⁸.

O segundo caso em que o TJ seguiu a mesma tática — acórdão de 30 de Março de 1993, *Konstantinidis* — mostra-se, no essencial, semelhante ao caso *Bond van Adverteerders*. Com efeito, o litígio submetido ao órgão jurisdicional nacional, e que levou este a questionar o TJ a título prejudicial, podia ser dirimido com base na constatação que a lei alemã em questão era potencialmente discriminatória em relação aos cidadãos gregos estabelecidos na Alemanha e, nessa medida, contrária ao artigo 52 do Tratado. Nesta ótica, tornava-se desnecessário para o TJ tomar expressamente em consideração o direito fundamental à identidade pessoal, tal como lhe haviam sugerido o tribunal *a quo* e o advogado-geral⁶⁹.

Com esta “tática do silêncio”, o TJ parece pretender não pautar abertamente as suas decisões pelo objetivo geral politicamente orientado de proteger os valores consagrados na CEDH⁷⁰. A ser assim, não se pode dizer que tal atitude seja a mais consentânea com a vontade

noutros contextos manifestada pelo TJ de se assumir como tribunal constitucional da Comunidade Europeia. Adiante se voltará a este ponto.

A terminar esta seção, cabe ainda referir um pormenor com interesse: as conclusões apresentadas no processo que deu origem ao acórdão ERT, a examinar em seguida, sugeriam ao TJ que decidisse de forma idêntica à do acórdão *Bond van Adverteerders*. Com efeito, o advogado-geral entendia que, no caso concreto, os elementos de apreciação extraídos designadamente do artigo 59 do Tratado bastavam para que o juiz nacional pudesse dirimir o litígio no processo principal; em sua opinião, o artigo 10 da CEDH não fornecia quaisquer novos elementos de apreciação para esse efeito⁷¹.

F — O “Âmbito de Aplicação do Direito Comunitário” Alargado às Normas Nacionais Derrogatórias das Liberdades Fundamentais Garantidas Pelo Tratado: o Acórdão ERT

1. A inclusão expressa das normas nacionais que estabelecem derrogações às liberdades comunitárias fundamentais entre os atos que relevam do “âmbito de aplicação do direito comunitário” e, por conseguinte, estão sujeitos à competência fiscalizadora do TJ no que toca à sua compatibilidade com a CEDH, foi pela primeira vez levada a cabo pelo acórdão ERT, supracitado. Tratava-se, no caso concreto, de aquilatar da compatibilidade de uma lei nacional que estabelecia um regime de direitos exclusivos em matéria de televisão com os artigos 30 e 59 do Tratado e 10 da CEDH, no quadro de um litígio opondo a sociedade grega ERT, concessionária dos direitos exclusivos, a uma sociedade municipal de informação que começara a difundir emissões televisivas.

Em resposta às questões prejudiciais a esse respeito suscitadas por um tribunal grego ao abrigo do artigo 177, o TJ começou por constatar não ser de excluir que o tribunal nacional — o único órgão jurisdicional com competência para conhecer dos fatos concretos, como enfaticamente repetiu —, uma vez na posse dos elementos de interpretação solicitados acerca do artigo 59, viesse a concluir que a lei em questão implicava discriminações entre emissões televisivas nacionais e emissões televisivas proveni-

entes de outros Estados-Membros. Tais discriminações seriam contrárias ao artigo 59, a menos que a lei em causa pudesse justificar-se por uma das razões indicadas no artigo 56⁷². Havia, portanto, que fornecer ao tribunal nacional os necessários elementos de interpretação sobre esta última disposição. A este propósito, o TJ declarou que:

“43. Em particular, sempre que um Estado-Membro invocar as disposições conjugadas dos artigos 56 e 66 para justificar uma regulamentação suscetível de entravar o exercício da livre prestação de serviços, tal justificação, prevista pelo direito comunitário, deve ser interpretada à luz dos princípios gerais do direito e designadamente dos direitos fundamentais. Assim, a regulamentação nacional em causa só poderá beneficiar das exceções previstas pelas disposições conjugadas dos artigos 56 e 66 se for conforme aos direitos fundamentais cuja observância o Tribunal de Justiça garante.

44. Segue-se que em tal caso cabe ao juiz nacional e, sendo caso disso, ao Tribunal apreciar a aplicação de tais disposições, tendo em conta todas as regras do direito comunitário, incluindo a liberdade de expressão, consagrada pelo artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, enquanto princípio geral do direito cuja observância o Tribunal de Justiça garante”.

No entanto, ao contrário do que fez relativamente às disposições do Tratado em questão (artigos 30, 59, 90, nº 1, e 2º), o TJ não avançou qualquer elemento de interpretação específico sobre o artigo 10 da CEDH, remetendo integralmente tal tarefa para o tribunal nacional.

Este acórdão, que encerra uma etapa da evolução da jurisprudência do TJ em matéria de direitos fundamentais, deixa claro que, para serem consideradas justificadas à face da ordem jurídica comunitária, as disposições nacionais derogatórias das liberdades fundamentais consagradas pelo Tratado devem ser compatíveis com a CEDH. O respeito pelos direitos fundamentais torna-se assim, em inteira congruência com os princípios fundamentais vigentes no ordenamento comunitário, uma condição essencial, ao lado, entre outros, dos princípios da necessidade e da proporcionalidade, para que aquelas disposições nacionais possam benefi-

ar das exceções previstas não só pelas disposições conjugadas dos artigos 56 e 66, mas também pelos artigos 36 e 48, n.º 3. O TJ aceita agora a tese segundo a qual uma norma nacional derogatória na aceção das disposições acabadas de mencionar, que não viole qualquer disposição específica de direito comunitário primário ou secundário, mas viole a CEDH não deixa de violar o "bloco de legalidade comunitária", tornando-se, por conseguinte, inaplicável pelos tribunais nacionais por força do princípio do primado⁷³.

Viu-se anteriormente que o TJ rejeitou implicitamente tal posição, embora no contexto jurídico diferente do acórdão Cinéthèque. Ver-se-á em seguida que já poderia ter confirmado a orientação fixada no acórdão ERT num contexto jurídico idêntico ao do acórdão Cinéthèque.

2. À primeira vista, o acórdão de 4 de Outubro de 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland* (SPUC)⁷⁴, nada acrescenta ou retira à definição, dada pelo acórdão ERT, da competência do TJ no que toca ao controle da compatibilidade das normas nacionais com a CEDH. No caso concreto, o TJ foi chamado a julgar se o direito comunitário se opõe à proibição aplicável sem distinção de nacionalidade na Irlanda e jurisprudencialmente extraída do artigo 40, n.º 3, terceiro parágrafo, da respectiva constituição (que consagra expressamente o direito à vida do nascituro), de divulgar informações sobre clínicas que praticam legalmente a interrupção voluntária da gravidez noutro Estado-Membro.

O TJ orientou o seu raciocínio a partir de uma jurisprudência constante segundo a qual os artigos 59 e seguintes só regem as prestações de serviços de carácter interestadual e não puramente intra-estadual, para concluir pela ausência, no caso concreto, de qualquer elemento transfronteiriço suscetível de colocar a proibição de difundir as informações em causa sob a alçada do artigo 59. Segundo o TJ, o nexó entre a difusão de tais informações (levada a cabo por associações de estudantes irlandesas) e as interrupções médicas de gravidez praticadas pelas clínicas de outro Estado-Membro (o Reino Unido) era "demasiado ténue" para tornar aplicável o artigo 59. Mais precisamente, as informações a que se referiam as questões prejudiciais não eram difundidas "por conta do operador

económico estabelecido noutro Estado-Membro", antes constituindo "uma manifestação da liberdade de expressão e de informação, independente da atividade económica exercida pelas clínicas estabelecidas noutro Estado-Membro"⁷⁵. Não se situando, portanto, a disposição de direito nacional em causa no âmbito de aplicação do direito comunitário, o TJ declarou-se incompetente para fornecer a tribunal *a quo* quaisquer elementos de interpretação acerca do artigo 10 da CEDH, invocado pelos recorridos no processo principal, de molde a permitir-lhe apreciar a compatibilidade com esta disposição da proibição de direito nacional litigiosa.

Com esta solução o TJ parece ter pretendido evitar sobretudo um exame de fundo, dada a delicadeza da questão, diretamente relacionada com o tema do aborto. E esta suposição é tanto mais plausível quanto é certo que o elemento transfronteiriço podia identificar-se sem dificuldades de maior no caso concreto. O próprio advogado-geral o fez com muito precisão. É, de resto, esclarecedor o confronto do acórdão com as conclusões.

O advogado-geral começou por considerar, ao invés do acórdão, que a disposição nacional em questão se incluía no âmbito de aplicação do direito comunitário, desde logo por proibir aquilo que constitui um corolário da liberdade, garantida pelo Tratado, de prestar e de receber serviços noutros Estados-Membros, ou seja, a difusão de informações (a título de atividade económica ou não) sobre tais serviços⁷⁶. Nessa medida, tal disposição de direito irlandês era *prima facie* suscetível de entrar a circulação intra-comunitária de serviços. Por conseguinte, devia ter-se por contrária ao artigo 59 do Tratado, mesmo não sendo discriminatória. A menos, evidentemente, que pudesse justificar-se por razões imperativas de interesse geral. O advogado-geral chegou à conclusão afirmativa após ter submetido a disposição nacional litigiosa aos testes da compatibilidade do seu objetivo com o direito comunitário, da proporcionalidade e, por último mas não menos importante, da sua compatibilidade com a liberdade de expressão consagrada no artigo 10 da CEDH⁷⁷. Quanto a este último aspecto, o advogado-geral salientou, em especial, a delicadeza da operação de concórdância prática de dois direitos fundamentais tão sensíveis como, por um lado, o direito à liberda-

de de expressão e, por outro lado, o direito à vida intra-uterina no Estado-Membro em causa⁷⁸.

Apesar do carácter evasivo do acórdão em análise, dele não deixa de resultar que, no caso de as informações proibidas serem difundidas diretamente ou "por conta de" uma clínica estabelecida noutro Estado-Membro, a disposição restritiva de direito nacional em causa seria considerada como situada no âmbito de aplicação do direito comunitário. Em tal caso, o TJ, na esteira da jurisprudência ERT e contrariamente ao acórdão Cinéthèque, não poderia deixar de se declarar competente para submeter a disposição nacional em questão ao teste de compatibilidade com o artigo 10 da CEDH; e isto ainda que os outros testes (necessidade, proporcionalidade, etc.) eventualmente apontassem no sentido da justificação de tal disposição, por razões imperativas de interesse geral, à face do artigo 59 do Tratado⁷⁹. Com efeito, sem a passagem no teste dos direitos fundamentais, isto é, sem a constatação da sua compatibilidade com a liberdade de expressão, a disposição nacional em causa, jurisprudencialmente extraída do artigo 40.3.3 da Constituição irlandesa, não poderia ter-se por legal perante o ordenamento comunitário.

G – Observações Finais

1. A aplicação, por extensão, dos parâmetros comunitários relativos à proteção dos direitos fundamentais aos atos normativos dos Estados-Membros evoca irresistivelmente o processo que nos Estados Unidos foi designado por *incorporation* e que se iniciou com o acórdão da *Supreme Court* de 8 de Junho de 1925, *Gillow v. New York*⁸⁰. Tal processo culminou com a aplicação sistemática, pela *Supreme Court*, do parâmetro de validade constituído pelo catálogo de direitos fundamentais consagrados nos Aditamentos à Constituição federal, não só aos atos normativos dos órgãos federais, mas também aos atos da mesma natureza imputáveis aos Estados federados. Até então, o catálogo federal servia de parâmetro de validade exclusivamente aos atos dos órgãos federais; os atos dos órgãos estaduais apenas estavam sujeitos a um controle de validade à face da respectiva constituição.

Para tornar o seu controle de constitucionalidade extensivo aos atos estaduais, a *Supreme Court* baseou-se no XIV Aditamento à Constituição federal, ratificado em 23 de Julho de 1868, que veda aos Estados "fazer ou executar leis que restrinjam as prerrogativas e garantias dos cidadãos dos Estados Unidos, privar alguma pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem observância dos trâmites legais ou recusar a qualquer pessoa de sua jurisdição a igualdade perante a lei". Mais concretamente, para aquele efeito, a *Supreme Court* "incorporou", ou seja, acrescentou a esta disposição os direitos fundamentais constantes dos dez primeiros aditamentos à mesma constituição (liberdade de religião, de expressão, direito à liberdade e à segurança, direito de propriedade privada, garantias de processo criminal etc.). A operação pretoriana assim levada a cabo saldou-se, portanto, pela sobreposição de um catálogo de direitos fundamentais e de um controle federais aos existentes em cada Estado⁸¹.

No entanto, as diferenças entre o processo de *incorporation* e o processo de extensão da competência do TJ que tem estado a analisar-se são mais do que as semelhanças. Por um lado, enquanto que o primeiro apenas integra uma única fase de carácter pretoriano, o segundo integra duas, uma vez que, como se viu, a própria "incorporação" no ordenamento comunitário de um catálogo não escrito de direitos fundamentais já constitui, por si só, uma etapa de carácter puramente pretoriano. Por outro lado, enquanto que o controle da *Supreme Court* é generalizado e, portanto, tipicamente federal, abarcando em princípio todo e qualquer ato normativo dos Estados e podendo saldar-se pela declaração de nulidade do ato em questão, o controle do TJ apenas pode ter lugar se se verificar uma conexão entre o ato do Estado-Membro em causa e o direito comunitário, não podendo, em caso algum, saldar-se pela declaração de nulidade desse ato.

Tudo isto não é, afinal, senão o reflexo da diferença que vai de uma entidade que dispõe da "competência da competência", como um Estado federal, a uma entidade que apenas dispõe de uma "competência de atribuição" como a Comunidade Europeia.

2. A característica essencial da Comunidade a que acaba de aludir-se torna difícil, parecendo que não, a exata delimitação do âmbito de competência do TJ. Isto contribui, de alguma forma, para explicar o fato de a jurisprudência anteriormente analisada, apesar da evolução significativa, não ter ainda logrado revestir-se da certeza e da previsibilidade desejáveis no que respeita ao preenchimento do conceito indeterminado de "disposições de direito nacional situadas no âmbito de aplicação do direito comunitário", para efeitos do controle de compatibilidade com a CEDH. A este respeito, cabem algumas breves observações.

Antes de mais, cumpre salientar que o que acaba de afirmar-se não põe em causa a existência de tipos de casos ainda não julgados pelo TJ relativamente aos quais se não suscitam *a priori* dúvidas quanto à assunção, por parte deste, da competência para controlar a compatibilidade com a CEDH das disposições nacionais em questão. Pode citar-se um exemplo concreto, no âmbito das medidas de harmonização com vista ao estabelecimento e o funcionamento do mercado interno: as medidas provisórias adotadas pelos Estados-Membros ao abrigo da cláusula de salvaguarda prevista no artigo 100-A do Tratado, "por uma ou várias das razões não económicas referidas no artigo 36". Neste caso, tendo em conta o caráter derogatório das medidas em causa, é de crer que o TJ, na esteira da jurisprudência ERT, não deixará de proceder a tal controle no quadro do artigo 177 do Tratado.

Por outro lado, focando agora a margem de incerteza acima referida, constata-se que o TJ tem interpretado o conceito de "disposições de direito nacional situadas no âmbito de aplicação do direito comunitário" de modo tendencialmente restritivo. Mais concretamente, no estágio atual da jurisprudência na matéria, a circunstância de uma disposição de direito nacional revelar qualquer outro nexo com o direito comunitário, para além do caráter executivo ou do caráter derogatório em relação ao mesmo, não implica que, *o ipso*, o TJ se considere competente para apreciar a compatibilidade de uma tal disposição com a CEDH.

A fim de introduzir a necessária certeza jurídica a este respeito pode recorrer-se utilmente à distinção de princípio entre domínios da competência exclusiva ou predominante da Comu-

nidade (cobertos, por exemplo por uma política comunitária positiva) — em que, não obstante, a ação dos Estados-Membros não está necessariamente precludida — e domínios predominantemente da competência dos Estados-Membros — em que a ação da Comunidade tampouco está totalmente excluída. Enquanto que, no primeiro caso, a competência de controle do TJ tenderá a abranger o conjunto (compreensivelmente reduzido) das disposições nacionais, no segundo caso, tal competência deverá exercer-se apenas sobre as disposições nacionais que, embora incluídas num domínio globalmente isento desse controle, afetem incidentalmente uma liberdade fundamental da Comunidade⁸². Par além disto, espera-se que a correta aplicação do princípio da subsidiariedade contribua igualmente para mais certeza jurídica neste contexto, contrariando desde já a tendência para o decréscimo progressivo dos domínios da competência exclusiva do legislador nacional.

Finalmente, parece líquido que a situação ideal neste contexto será aquela em que o particular que, de alguma forma, entre no âmbito de aplicação subjetivo do direito comunitário possa ver os seus direitos fundamentais protegidos de acordo com o "código mínimo comum" constituído pela CEDH⁸³. A consagração da cidadania da União no artigo 8º do Tratado é, de resto, um argumento jurídico novo a favor desta tese. A realização prática de um tal desiderato passa certamente pelo desempenho efetivo, por parte do TJ, do seu papel de tribunal constitucional da Comunidade, que funcionalmente é, e de garante dos direitos fundamentais dos cidadãos. E isto tanto mais que, como bem foi salientado⁸⁴, as questões relativas aos direitos fundamentais opõem menos a Comunidade aos Estados-Membros do que os particulares às autoridades públicas, sejam elas nacionais ou comunitárias. Nesta perspectiva, a adequada proteção dos direitos fundamentais pode e deve ser vista como uma fonte de legitimação para o TJ.

Com isto não se pretende, no entanto, afirmar que tudo depende do TJ. De fato, mesmo ao nível da Comunidade, pelas razões anteriormente apontadas⁸⁵, a proteção dos direitos fundamentais passa, em larga medida, pelas próprias ordens constitucionais nacionais. Sobre este tema incidirão as observações que se seguem.

3. No que toca aos sistemas nacionais de proteção dos direitos fundamentais, há que distinguir basicamente dois casos: por um lado, aqueles Estados-membros em que os particulares, por razões substantivas ou adjetivas, não obtêm a nível puramente nacional uma proteção idêntica à que resulta dos parâmetros comunitários; por outro lado, os Estados-membros em que os particulares dispõem de um sistema jurisdicional de tutela efetiva dos seus direitos fundamentais cujo vértice é um tribunal constitucional.

É evidentemente no primeiro caso que a competência em análise do TJ tem o seu maior impacto. Neste caso, a proteção concedida pelo TJ, em cooperação com os tribunais nacionais nos termos do artigo 177, vem substituir-se parcialmente a uma proteção jurisdicional interna deficitária em matéria de direitos fundamentais. Mais concretamente, nos Estados-membros em que os tribunais não dispõem, à partida, de competência para desaprovar normas legislativas com fundamento em violação da CEDH, como o Reino Unido, a cooperação com o TJ permite-lhes, sendo caso disso, exercer uma tal competência "no âmbito de aplicação do direito comunitário". Tal fato, por sua vez, tenderá a impulsionar a generalização da competência de controle assim adquirida pelos tribunais nacionais a toda e qualquer norma nacional, no sentido do reforço global dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Quanto ao segundo dos casos em referência, é sobretudo de salientar que a fiscalização pelo TJ da compatibilidade com a CEDH das "disposições nacionais que se situam no âmbito de aplicação do direito comunitário" não pode prejudicar a eventual submissão posterior das mesmas ao pleno controle de constitucionalidade por parte dos competentes órgãos nacionais, independentemente de os respectivos parâmetros poderem variar sensivelmente de um Estado-Membro para outro⁸⁶. Desde logo, a CEDH constitui um "parâmetro mínimo", podendo os tribunais constitucionais nacionais aplicar um parâmetro mais exigente. Por outro lado, mesmo os atos normativos nacionais de execução de decisões ou regulamentos comunitários e de transposição de diretivas são, essencialmente, atos da competência própria dos Estados-Membros e não atos praticados ao abrigo de uma delegação ou autorização da Comunidade⁸⁷. Fi-

nalmente, até nos sistemas tipicamente federais, a circunstância de um ato estadual "passar o teste" federal da compatibilidade com os direitos fundamentais, não exclui a possibilidade de o mesmo ato vir a ser declarado inconstitucional no Estado em que tenha sido adotado.

4. Merece, por último, uma breve referência o tema da articulação entre o TJ e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), órgão jurisdicional encarregado de garantir em última instância o respeito da CEDH pelos vinte e oito Estados europeus (dos quais quinze Estados-Membros da Comunidade) que dela são partes contratantes.

A este respeito, importa referir liminarmente que o fato de, no exercício da sua função jurisdicional, o TJ interpretar e aplicar de forma corrente a CEDH pode dar azo — e já deu mesmo — a divergências de jurisprudência em relação ao TEDH. Com efeito e a título meramente exemplificativo, enquanto que o TJ entendeu que o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio previsto pelo artigo 8º, nº 1, da CEDH apenas abrange o domicílio privado das pessoas singulares, com exclusão das instalações comerciais das empresas, o TEDH interpretou posteriormente a mesma disposição no sentido de que ela protege não só o domicílio privado mas também determinados locais onde se exercem atividades empresariais⁸⁸.

Se um tal caso se verificasse entre um tribunal de um Estado parte da CEDH e o TEDH, ele resolver-se-ia mediante o mero exercício da competência de última instância do segundo órgão jurisdicional. Assim, uma vez acolhido o recurso interposto contra o ato do juiz nacional contrário à CEDH, tal como interpretada pelo TEDH, o mesmo juiz deve, em princípio, conformar-se com a sentença do TEDH⁸⁹. Em contrapartida, tratando-se de um tribunal da Comunidade Europeia — a qual não é parte contratante da CEDH — um tal conflito de jurisprudência não pode resolver-se da mesma forma.

De resto, no próprio quadro institucional da CEDH, foram já declarados inadmissíveis não só os recursos contra atos imputáveis à Comunidade, como também os recursos contra os atos adotados pelos Estados-Membros em execução do direito comunitário. Num primeiro momento, a decisão de inadmissibilidade fundamentou-se na mera constatação de que, por um lado,

a Comunidade não é parte da CEDH e, por outro lado, os Estados-Membros ao participarem nas decisões do Conselho da Comunidade não exercem a sua jurisdição na acepção do artigo 1º da CEDH⁹⁰. Levada às suas últimas consequências, esta fundamentação equivaleria, paradoxalmente, a admitir que os Estados partes na CEDH podem subtrair-se às obrigações desta decorrentes mediante a simples transferência de competência para uma entidade como a Comunidade Europeia. Tal ilação veio, porém, a ser afastada por uma decisão de inadmissibilidade de um recurso interposto contra um ato nacional de execução do direito comunitário. A fundamentação aduzida foi a seguinte: a CEDH não proíbe as partes contratantes de transferir competências para uma organização internacional; porém, uma tal transferência não pode excluir a responsabilidade das partes pelo exercício das competências de que se trate; torna-se, por conseguinte, necessário que no âmbito da organização internacional em questão os direitos fundamentais sejam protegidos de uma forma à que é garantida no âmbito da CEDH; ora, a Comunidade Europeia e, em particular, a jurisprudência do TJ garantem uma proteção eficaz dos direitos fundamentais relativamente aos poderes de autoridade exercidos pelos respectivos órgãos⁹¹.

Seja como for, o certo é que nem o TEDH pode fiscalizar regularmente o exercício dos poderes transferidos pelos Estados-Membros para os órgãos da Comunidade, nem os particulares que se considerem afetados nos seus direitos fundamentais por atos imputáveis à Comunidade podem impugná-los perante as instituições encarregadas de assegurar o respeito da CEDH. Ora, a Comunidade constitui presentemente uma entidade "quase-estadual", dotada de vastos poderes de autoridade suscetíveis de afetar os direitos fundamentais de todos os que se encontram sujeitos à sua jurisdição. Nestas condições a sua plena submissão, em pé de igualdade com os Estados-Membros, à CEDH, tal como a interpreta e aplica em última instância o TEDH, pode contribuir para melhorar significativamente a proteção dos direitos fundamentais de quem se encontre de alguma forma sujeito ao ordenamento comunitário.

É precisamente com este objetivo que surge a proposta de adesão formal à CEDH da Comu-

nidade Europeia a qual se juntaria, assim, enquanto parte contratante aos vinte e oito Estados europeus aderentes, ficando como eles submetida à jurisdição do TEDH e participando igualmente nos órgãos instituídos pela CEDH⁹². Tal proposta, da autoria da Comissão, remonta a 4 de Abril de 1979, tendo posteriormente sido renovada em 19 de Novembro de 1990 e 26 de Outubro de 1993. O Parlamento Europeu, por seu lado, pronunciou-se igualmente a favor da adesão, por último, através da Resolução de 18 de Janeiro de 1994.

Presentemente encontra-se pendente no TJ um pedido de parecer apresentado pelo Conselho sobre a compatibilidade com o Tratado de um projeto de acordo de adesão da Comunidade à CEDH. Da resposta do TJ depende, para já, nos termos do artigo 228, nº 6, do Tratado, a concretização da adesão.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 Cf. os acórdãos de 18 de Junho de 1991, Elliniki Radiophonia Tileorassi AE (ERT), processo C-260/89. Coletânea da Jurisprudência do Tribunal de Justiça (a seguir designada por "Colect."), p. I-2925, pontos 41-42, de 4 de Outubro de 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (SPUC), processo C-159/90, Colect. p. I-4685, ponto 31, e de 24 de Março de 1994, Bostock, processo C-2/92, Colect. p. I-955, ponto 16.
- 2 Cf. José Carlos Moitinho de Almeida, "La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas" in Gil C.R. Iglesias e D.J. Liñan Noguera (eds.) *El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial*, Madrid, 1993, p. 97. Para maiores desenvolvimentos sobre o conceito de direitos fundamentais ver, por último, Peter Häberle, "Das Konzept der Grundrechte", *Europäische Rechtskultur*, Baden-Baden, 1994, p. 279.
- 3 No presente estudo, ter-se-á apenas em conta o Tratado de Roma — que passou a denominar-se Tratado da Comunidade Europeia na sequência da revisão de que foi alvo pelo Tratado da União Europeia, assinado em Maastricht em 7 de Fevereiro de 1992 — em cujo âmbito o tema dos direitos fundamentais assume particular relevância.
- 4 Para maiores desenvolvimentos, cf. Joseph H.H. Weiler, "Methods of Protection: Towards a Second and Third Generation of Protection" in A. Cassese, A. Clapham e J. H.H. Weiler (edit.) *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Baden-Baden, 1991, p. 565.
- 5 Sobre este ponto, cf. Antonio Saggio, "A proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comu-

- nitária", *O Sistema Jurisdicional Comunitário e a sua Contribuição para a Integração Europeia*, Lisboa, 1993, p. 70.
- 6 Sobre o tema ver o importante estudo de Albert Bleckmann, "Die Personenverkehrsfreiheit im Recht der EG. Vom Gleichheitssatz zur Verankerung absoluter Grundrechte", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1986, p. 69; ver também Georg Ress, "A livre circulação de pessoas, de serviços e de capitais", *Trinta Anos de Direito Comunitário*, Bruxelas, 1981, p. 303.
 - 7 Processo 1/58, Colect. 1954-1961, p. 293, ponto 4.a.
 - 8 Neste sentido, cf. Hjalte Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht, 1986, p. 395.
 - 9 Processo 29/69, Colect. 1969-1970 p. 157, ponto 7. Como observa Spyridon Flogaytis, "Droits fondamentaux et principes généraux du droit administratif dans la jurisprudence de la Cour de justice", *Revue européenne de Droit public*, 1992, p. 297, foi preciso esperar pelo acórdão Stauder para integrar os direitos fundamentais no conceito de direito do artigo 164 do Tratado; cfr. supra, nº 2.
 - 10 Para um elenco dos direitos fundamentais pretoriamente consagrados na ordem jurídica comunitária, com referências jurisprudenciais ver, entre tantos, Vittorio di Bucci, "Droits fondamentaux" in A. Barav et Ch. Philips (eds.) *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, 1993, p. 412; Frederico Mancini e Vittorio di Bucci, "Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire" in A. Clapham (edit.) *Collected Courses of the Academy of European Law*, I, 1, Florença, 1990, p. 35; Constantinos N. Kakouris, "La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative aux Droits de l'Homme" in Julia Iliopoulos-Strangas (edit.) *Grundrechtsschutz im europäischen Raum*, Baden-Baden, 1991, p. 183.
 - 11 Sobre o processo de constitucionalização do Tratado, ver J.L. Cruz Vilaça e Nuno Piçarra "Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés européennes?", *Cahiers de Droit Européen*, 1993, p. 10 e ss.
 - 12 Cf. os acórdãos de 12 de Novembro de 1969, Stauder, supracitado, de 17 de Dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr — und Vorratsstelle Getreide (processo 11/70, Colect. 1969-1970, p. 625, ponto 4), de 14 de Maio de 1974, nold/Comissão (processo 4/73, Colect. 1974 p. 283, ponto 13), de 13 de Dezembro de 1979, Hauer/Land da Renânia-Palatinado (processo 44/79, Colect. p. 3727, ponto 15).
 - 13 Cf. especialmente os pontos 3 e 4 acórdão Internationale Handelsgesellschaft, supracitado.
 - 14 Neste sentido, ver por exemplo Joseph H.H. Weiler et Nicolas J.S. Lockhart, "Taking Rights Seriously" Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence", *Common Market Law Review*, 1995, p. 598; Giorgio Gaja, "Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario", *Scritti in Onore di Paolo Barile*, Pádua, 1990, p. 627; Damaso Ruiz-Jarabo, "Técnicas jurídicas de protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea", *Revista de Instituciones Europeas*, 1990, p. 180.
 - 15 Em todo o caso, do artigo M das disposições finais do Tratado da União Europeia resulta que nenhuma disposição deste pode afetar o acervo comunitário relativo à proteção dos direitos fundamentais no âmbito da Comunidade; a este propósito, cf. Deirdre Curtin, "The Constitutional Structure of the Union: a Europe of Bits and Pieces", *Common Market Law Review*, 1993, p. 20, nota 18.
 - 16 Processo 26/62, Colect. 1962-1964, p. 205, 212.
 - 17 Processo 6/64, Colect. 1962-1964, p. 549, 555.
 - 18 Sobre o tema, cf. Mancini, "The Making of a Constitution for Europe", *Common Market Law Review*, 1989, p. 611; Cruz Vilaça, "Derecho Comunitario Europeo y Derecho Constitucional de los Estados Miembros de la Comunidad", *Memoria del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, 1991, p. 119; Weiler, "Human Rights and the European Community", cit. p. 581, para quem a mudança de jurisprudência do acórdão Stork para o acórdão Stauder é "uma consequência inevitável dos acórdãos Van Gend & Loos, Costa/ENEL e sua descendência".
 - 19 Lembre-se que, em coerência com o sistema descrito, são particularmente restritivas as condições em que os particulares podem impugnar diretamente perante o TJ, nos termos do artigo 173 do Tratado, os atos normativos da Comunidade.
 - 20 Cf. F. Mancini e D. Keeling, "From CILFIT to ERT: the Constitutional Challenge facing the European Court", *Yearbook of European Law*, 1991, p. 11.
 - 21 Cf. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, 37, p. 271 e ss.
 - 22 Ver o acórdão de 22 de Outubro de 1986, *BVerfGE*, 73, p. 339, também ele proferido na sequência de uma decisão prejudicial do TJ que não se pronunciou pela invalidade dos regulamentos comunitários litigiosos: o acórdão de 6 de Maio de 1982, *Wünsche/Alemanha*, processo 126/81, Colect. p. 1479.
 - 23 Ver o despacho de 12 de Maio de 1989, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 974.
 - 24 Ver o acórdão de 12 de Outubro de 1993, *Europäische Grundrechte*, 1993, p. 429, 435.
 - 25 Ver o acórdão de 27 de Dezembro de 1973, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, p. 2401.
 - 26 Ver o acórdão de 21 de Abril de 1989, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1991, p. 138; o acórdão do TJ que lhe deu origem data de 22 de Maio de 1985, *Fragd/Amministrazione delle Finanze dello Stato*, processo 33/84, Colect. p. 1605.
 - 27 Neste sentido, Enzo Cannizzaro, "Tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario e garanzie

- costituzionali secondo le corti costituzionali italiana e tedesca", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1990, p. 379.
- 28 Sobre a transformação do artigo 177, cf. Mancini e Keeling, "From CILFIT to ERT", cit., especialmente p. 8-9; para maiores desenvolvimentos, ver J.H.H. Weiler, "Journey to an Unknown Destination: a Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration" in *Journal of Common Market Studies*, 1993, p. 417.
- 29 Ponto 42 do acórdão ERT, supracitado.
- 30 Processos apensos 60 e 61/84, Colect. p. 2605. No entanto, já anteriormente, nos processos prejudiciais Royer, 48/75, Colect. p. 497 e Watson e Belmann, 118/75, Colect. p. 1185, se havia suscitado expressamente a questão da compatibilidade de determinadas disposições de direito nacional não só com as disposições do Tratado relativas à livre circulação das pessoas, mas também com determinadas disposições da CEDH. O TJ, porém, ignorou as questões relacionadas com a CEDH; cf. acórdãos de 8 de Abril de 1975, proferido no primeiro processo, e de 7 de Julho de 1976, proferido no segundo. Neste último, porém, o advogado-geral defendeu a competência do TJ na matéria com uma fundamentação que adiante se examinará.
- 31 Ponto 26.
- 32 Esta posição foi defendida designadamente pelo advogado-geral Francesco Capotorti, em conclusões apresentadas no processo 149/77, Defrenne/Sabena, Colect. 1978, p. 1386. Segundo o autor, "as relações jurídicas deixadas à competência do legislador nacional devem entender-se como sujeitas ao princípio constitucional dos direitos do homem, em vigor no Estado pelo qual uma tal relação é regulada em toda a medida em que as regras nacionais não tiverem sido substituídas por uma regulamentação comunitária diretamente aplicável".
- 33 Cf. as conclusões do advogado-geral Gordon Slynn, p. 2616, onde se lê: "Em nossa opinião, a Comissão tem razão em afirmar que as derrogações ao artigo 36 e que o alcance das "exigências imperativas", cujo efeito é excluir uma determinada medida do âmbito de aplicação do artigo 30, devem ser interpretadas à luz da Convenção [Rutili, ver as conclusões do advogado-geral Warner no processo 34/79 Regina/Henn e Derby (Colect. 1979, p. 3795, na página 3821)]".
- 34 Para além dos três fundamentos derogatórios comuns, o artigo 36 enumera ainda a moralidade pública, a proteção da vida das pessoas e animais ou a preservação das plantas, a proteção do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico e a proteção da propriedade industrial e comercial.
- 35 Sobre as exigências imperativas de interesse geral, ver o acórdão de 20 de Fevereiro de 1979, Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, mais conhecido por *Cassis de Dijon*, processo 120/87, Colect. p. 649, ponto 8; para um enunciado das exigências imperativas de interesse geral já reconhecidas pelo TJ, ver, por exemplo o acórdão de 25 de Julho de 1991, Comissão/Países Baixos, processo C-353/89, Colect. p. I-4069, pontos 17 e 18.
- 36 Neste sentido, ver por último Weiler e Lockhart, op. cit., p. 75.
- 37 Processo 36/75, Colect. p. 415.
- 38 Pontos 26 e 27.
- 39 Cf. a parte dispositiva do acórdão, n.º 2, primeiro parágrafo.
- 40 Ponto 32.
- 41 Sobre o acórdão Rutili e suas implicações, ver com desenvolvimento Denys Simon, "Ordre public et libertés publiques dans les Communautés européennes. À propos de l'arrêt Rutili", *Revue du Marché Commun*, 1976, p. 214. O autor colocava aí uma questão de grande pertinência, adiante examinada, e que formulava nos seguintes termos: tendo em conta a eficácia com que o TJ aplicou os princípios da livre circulação de trabalhadores (artigo 48) e da igualdade (artigo 7º) para defender os direitos dos cidadãos da Comunidade, pode questionar-se a utilidade da argumentação desenvolvida pelo acórdão em questão a propósito das obrigações decorrentes da CEDH (p. 218).
- 42 Colect. 1976, p. 1207; na doutrina, contemporaneamente, ver Michel Waelbroeck, "La protection des droits fondamentaux à l'égard des Etats membres dans le cadre communautaire", *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 2, p. 323.
- 43 Tratava-se da Diretiva do Conselho n.º 64/221, de 25 de Fevereiro de 1964, relativa à coordenação das medidas especiais aplicáveis aos estrangeiros em matéria de deslocação e de estadia justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública (JO 1964, p. 850).
- 44 Pontos 21 a 24.
- 45 Cf. os acórdãos citados na nota 12.
- 46 Nas conclusões, o advogado-geral, em consonância com a sua posição de princípio quanto à competência do TJ na matéria, examinou os argumentos invocados no sentido da violação, pela lei francesa em causa, do artigo 10 da CEDH, tendo considerado não se estar em presença de uma tal violação no caso concreto.
- 47 Sobre o acórdão Cinéthèque ver, em sentidos diferentes, Weiler, "The European Court at a Crossroads: Community Human Rights and Member State Action", *Du droit international au droit de l'integration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 821; Andrew Clapham, *Human Rights and the European Community: A Critical Overview*, Baden-Baden, 1991, p. 37-45; Mancini e Di Bucci, op. cit., p. 44-46.
- 48 Processo 12/86, Colect. p. 3719.
- 49 Processo 222/84, Colect. p. 1651.
- 50 Processos apensos 201 e 202/85, Colect. p. 3477.
- 51 Processo 5/88, Colect. p. 2609.
- 52 Ponto 22; o TJ refere aí igualmente que a única disposição adotada pelo conselho de associação ape-

- nas proíbe novas restrições no que toca às condições de acesso ao emprego.
- 53 Para uma crítica, desenvolvida nesta perspectiva, do acórdão Demirel, ver J.H.H. Weiler, "Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals — A Critique", *European Journal of International Law*, 1992, especialmente p. 79-82; cf. também as observações de Ingrid Persaud, *Where do we go from here? Fundamental Rights in the Post-Maastricht Legal Order*, publicações do Europa-Institut da Universidade do Sarre, Saarbrücken, 1994, p. 30-31.
- 54 Pontos 17 e 18.
- 55 Pontos 8 e 9.
- 56 Cf. especialmente os pontos 19 e 22.
- 57 Ver a decisão do tribunal alemão a quo proferida em consequência do acórdão Wachauf in *Common Market Law Reports*, 1990, p. 289.
- 58 Salientando este aspecto, John Temple Lang, "The Sphere in which Member States are obliged to comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles", *Legal Issues of European Integration*, 1991/2, p. 25.
- 59 Segundo um estudo efetuado pelo Senado francês em 1988 e citado *apud* Mancini, "Democracy and the European Court of Justice", *Modern Law Review*, 1993, p. 17, 15% das medidas que afetam as atividades econômicas dos particulares no espaço comunitário têm origem em Bruxelas; outros 30% são adotados pelas autoridades nacionais em execução de atos adotados pelo Conselho e pela Comissão.
- 60 Sobre este ponto cf. Weiler e Lockhart, op. cit., p. 622. Segundo os autores, em muitos casos, a própria noção de Estado-Membro como ator homogêneo e monolítico deixa de fazer sentido no contexto da integração europeia.
- 61 Ponto 16; nesta parte, o TJ não seguiu as conclusões do advogado-geral Claus Gulmann, proferidas no processo em análise. Para o advogado geral (Colect. 1994, p. I-972), "o fato de um problema jurídico se pôr na sequência da adoção de regras comunitárias não implica por si só, em nossa opinião, que a solução dada ao problema pelas autoridades nacionais deva necessariamente respeitar os direitos fundamentais aplicáveis em direito comunitário".
- 62 Cf. os pontos 18 a 24 do acórdão Bostock com o ponto 19 do acórdão Wachauf.
- 63 Neste sentido, em crítica desenvolvida ao acórdão Bostock, ver Weiler e Lockhart, op. cit. p. 605-617.
- 64 Cf. supra nota 41.
- 65 Processo 352/85, Colect. p. 2085.
- 66 Ver as conclusões do advogado-geral Federico Mancini, Colect. 1988, p. 2084.
- 67 Cf. pontos 26-27, 32-33 e 40-41.
- 68 Processo C-326/88, Colect. p. I-2911; cf. as conclusões do advogado-geral Walter van Gerven, p. I-2919, pontos 11-15.
- 69 Processo C-168/91, Colect. p. I-1191, pontos 12 e 15-17; cf. as conclusões do advogado-geral Francis Jacobs, p. I-1198, pontos 31 e segs.
- 70 Neste sentido, Clapham, op. cit., p. 41.
- 71 Cf. as conclusões do advogado-geral Carl Otto Lenz, Colect. 1991, p. I-2949.
- 72 Pontos 23 a 26.
- 73 Em sentido crítico, considerando, neste contexto, o "teste do respeito pelos direitos fundamentais" como mais uma manifestação de ativismo judiciário pró-Comunidade do TJ, Jason Coppel e Aidan O'Neill, "The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?", *Common Market Law Review*, 1992, p. 669. Os autores entendem que, para o TJ, os direitos fundamentais mais não constituem do que uma barreira suplementar que os atos dos Estados-membros têm que vencer para poderem ser considerados compatíveis com o direito comunitário.
- 74 Processo C-159/90, Colect. p. I-4685.
- 75 Pontos 24 a 27.
- 76 Tanto o TJ como o advogado-geral Walter van Gerven entenderam que a interrupção médica de gravidez, realizada em conformidade com o direito do Estado-Membro em que é efetuada, constitui um serviço na acepção do artigo 60 do Tratado; cf. o ponto 21 do acórdão com a p. I-4731 das conclusões.
- 77 Note-se a grande semelhança, no que toca ao método seguido, entre as conclusões apresentadas no processo SPUC e as apresentadas no processo Cinéthèque.
- 78 Cf. em especial a p. I-4728 das conclusões.
- 79 Sobre o acórdão SPUC, ver o comentário de Deirdre Curtin in *Common Market Law Review*, 1992, p. 585; ver também Laurence Idot, "A propos de l'interruption volontaire de grossesse: premier bilan de la jurisprudence de la Cour relative à la libre prestation de services en 1991", *Editions Techniques, Europe*, 1991, p. 4.
- 80 Ver 268 U.S. 1925 p. 625-673.
- 81 Sobre este tema cf. Weiler, "The European Court at a Crossroads", cit., p. 837-839.
- 82 Para maiores desenvolvimentos a este respeito, cf. Weiler, "The European Court at a Crossroads", cit., p. 827; Gaja, op. cit., p. 632; Temple Lang, op. cit., p. 30.
- 83 Neste sentido, ver por último Francis Jacobs, *Human Rights in the European Union*, publicações do Durham European Law Institute, 1994, p. 7.
- 84 Cf. Weiler e Lockhart, op. cit., p. 591 e 621.
- 85 Cf. supra, Capítulo II, B e Capítulo III, A.
- 86 No entanto, a diferença entre os diversos regimes relativos aos direitos fundamentais está menos no elenco dos direitos protegidos do que no modo como é feita a ponderação entre cada um deles e o interesse geral da sociedade.
- 87 De resto, na decisão citada na nota 23, o Bundesverfassungsgericht pronunciou-se expressamente pela plena vinculação ao catálogo constitucional de

direitos fundamentais do legislador nacional no ato de transposição de uma diretiva.

- 88 Cf. o acórdão do TJ de 21 de Setembro de 1989, Hoechst/Comissão, processos apensos 46/87 e 227/88, Colect. p. 2859, ponto 18, com o acórdão do TEDH de 16 de Fevereiro de 1992, Niemitz, Série A, nº 251-B, pontos 29 e 31.
- 89 Segundo o artigo 50 da CEDH, "se a decisão do Tribunal declarar que uma decisão tomada ou uma providência ordenada por uma autoridade judicial ou qualquer outra autoridade de uma Parte Contratante se encontra, integral ou parcialmente, em oposição a obrigações que derivam da presente Convenção, e se o direito interno da Parte só por forma imperfeita permitir remediar as consequências daquela decisão ou disposição, a decisão do Tribunal

concederá à parte lesada, se for procedente a sua causa, uma reparação razoável".

- 90 Ver por exemplo a decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem (órgão encarregado de "filtrar" os recursos interpostos para o TEDH) de 8 de Maio de 1985, Dufay/bélgica e Comunidade Europeia, *Common Market Law Reports*, 1987, p. 57.
- 91 Cf. a decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem de 9 de Fevereiro de 1990, M. & Co./República Federal da Alemanha, *Décisions et Rapports*, vol. 64, p. 138.
- 92 Sobre o tema ver a síntese particularmente incisiva de Jörg Pipkorn, "La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1993, p. 221.

As Principais Teorias de Direito Penal, Seus Proponentes e Seu Desenvolvimento na Alemanha

PETER WALTER ASHTON

Professor Titular de Direito Comercial e Mercado de Capitais nas Faculdades de Direito da UFRGS e da PUC/RS

INTRODUÇÃO

Razão e Fim/Objetivo da Pena

Porque deve ser punido o autor delinqüente?

O que se pretende obter/conseguir com a aplicação da pena?

O problema assim colocado pelas perguntas acima, que envolve a explicação e justificação da pena é antigo. Uma resposta que seja aceita por todos até hoje ainda não foi encontrada.

Todas as tentativas de solução da questão (*vexata questio*) partem de três proposições:

Segundo a *teoria absoluta* a pena é a retaliação e a expiação.

Retaliação da sociedade imposta pelo estado e expiação do ato delicto praticado pelo delinqüente. A teoria absoluta não se preocupa em ser meio de combate à criminalidade. Vale o princípio: *Punitur, Quia Peccatum Est*

Pune-se e deve se punir porque foi cometido um delito.

O representante mais famoso desta teoria é Immanuel Kant. É conhecido o famoso exemplo por ele posto: Se a sociedade civil resolver auto dissolver-se, com a concordância de todos os seus cidadãos, mesmo assim, caso esta sociedade habitar uma ilha e resolver abandoná-la espalhando-se pelo mundo, o último assassino condenado e preso teria que ser executado, antes do abandono final da ilha pelo último membro do povo. Isto deverá assim acontecer para que cada um receba a punição equivalente aos seus atos e a dívida de sangue não permaneça vinculada ao povo. Segundo Kant (1724-1804) as leis penais obrigam todo homem não diminuir ou lesionar a liberdade externa do co-cidadão. Destarte as leis penais formam ou arvo-

ram-se em imperativos categóricos, que devem ser obedecidos sem questionamento.¹

As *teorias relativas* preocupam-se com os fins e objetivos da pena. Para caracterizar a preocupação central destas teorias relativas é importante a formulação dada por Seneca (filósofo romano, educador de Nero — 4aC-64-dC).

Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur

Ninguém que é prudente, pune porque foi cometido um delito, mas pune (sim) para que no futuro não sejam cometidos delitos.

Portanto a preocupação central destas teorias é envidar esforços para evitar o cometimento de futuros delitos, a prevenção de delitos. Dependendo sobre quem a aplicação da pena deve exercer influência e efeitos há duas formas de prevenção:

a) o fim e objetivo da aplicação da pena ao delinqüente pode ser visto no efeito que a aplicação desta pena tem sobre outros, terceiros, que poderão ser, desta forma, atemorizados para não delinquir. É a *teoria da prevenção geral*². O representante mais famoso desta teoria foi Paul Johann Anselm von Feuerbach, que reforçou a sua teoria penal com a idéia da coação psicológica do possível e futuro delinqüente em potencial. Sendo o delito um ato dos sentidos, deve ser combatido, negatizado por fortes imagens negativas da pena. O potencial delinqüente que tiver tendências de delinquir deve ser impedido psicologicamente de atuar.

b) A *teoria da prevenção especial moderna* (para não confundir com as teorias de prevenção especial antigas de Christoph Carl Stuebel (1764-1827) e Karl Ludwig Wilhelm von Grolmann (1775-1829), preocupa-se com o delin-

qüente individual. A pena deve afeiçoar-se ao delinqüente. O representante mais famoso desta teoria é Franz von Liszt. Segundo esta teoria o delinqüente ou deverá ser afastado do convívio com a sociedade (medidas de segurança), ou deverá ser advertido do cometimento de delitos futuros, ou deverá ser ressocializado através do processo da execução da pena para reintegrar-se na sociedade. Tratando-se de um delinqüente particularmente perigoso podem ser tomadas medidas de segurança e de melhoria do comportamento do delinqüente especiais, para evitar, na medida do possível delitos futuros. Diversamente ao que acontece com a pena, estas medidas não implicam num julgamento social ético de sem valia.

As *teorias de unificação*, ou unificadoras, procuram compreender a natureza da pena a partir de uma combinação das explicações e justificativas contidas nas teorias precedentes.

O código penal alemão em vigor incorpora elementos de todas as teorias. Representa um compromisso que surge das compreensões atualmente predominantes na política criminal alemã. Assim o artigo 46 alínea 1^ª do código alemão parte, para a aplicação da medida da pena, da teoria absoluta, da teoria da retaliação, mas o efeito da pena sobre o comportamento futuro do autor do delito (teoria da prevenção especial) também é levado em consideração. Nos artigos 47 e 56 estão presentes nitidamente elementos da teoria da prevenção geral, eis que são normas incluídas "para proteger a ordem jurídica. Já o artigo 2^º da lei das execuções penais, considera de igual valia e importância a preocupação com a ressocialização do delinqüente e o desejo de proteger a comunidade do cometimento de outros delitos subseqüentes de parte do apenado.

Na prática penal alemã o raciocínio da retribuição ou retaliação da pena ganha de importância na medida em que aumenta o peso e a importância da pena, enquanto que se abre espaço e importância à ressocialização na medida em que o ato a ser punido é menos gravoso quanto à pena a ser aplicada.

Exemplos podem ser dados em separado (página 101 — Dieter Fuchs e Ewald Schellenberger "Recht".

O DIREITO PENAL NA ALEMANHA NO SÉCULO 19. AS MUDANÇAS DA ESTRUTURA SOCIAL E DA CONCEPÇÃO DO ESTADO. FRANZ VON LISZT E A ESCOLA SOCIOLÓGICA DO DIREITO PENAL

O pensamento jurídico do século 19 que tinha criado o estado constitucional bem como os códigos penais e de processo penal com a orientação liberal e de estado de direito, era produto do homem cidadão, aquela classe média culta, da qual surgiram os grandes pensadores, poetas e músicos da época, e cujas realizações nos campos da cultura, das ciências, das artes e da técnica, lhe outorgava o direito de participar da determinação do futuro político de cada povo. Nesta figura abstrata do "homem cidadão", tão bem definida, em relação à Alemanha, por W.H. Riehl e pelo famoso Gustav Freytag, vivia a ética kantiana e aquele humanismo que desde os albores do iluminismo foram as forças impulsionadoras na história do direito penal alemão. Enquanto este tipo humano, esta classe média culta, podia ser considerada como sendo a face representativa do povo alemão, justificava-se considerar o pensamento e as idéias liberais em relação ao estado de direito, bem como o pensamento jurídico-político acerca do direito penal como o pensamento correto e também era correto considerar o direito penal dele oriundo e por ele gerado como sendo o autêntico direito penal alemão.

Todavia é uma das tragédias da história do direito do povo alemão que a partir do momento cronológico em que os conceitos liberais do estado de direito, da constituição e das instituições do direito em geral, poderiam ter se afirmado e começado a funcionar, o tipo humano acima descrito, o homem cidadão, já não mais representa legitimamente a verdadeira estrutura social do povo alemão daquela época. O tremendo desenvolvimento da técnica na Alemanha a partir da quinta década do século 19, os desdobramentos gigantescos econômicos e industriais após a unificação, num só estado, do povo alemão (1871), o surgimento das metrópoles e as concentrações industriais, embora tivessem resultados empolgantes na área da cultura, criaram também enormes ajuntamentos de

massas operárias e de miséria, que foram os núcleos de tremendas tensões sociais e políticas. Forma-se o quarto estado, o proletariado, que passa a ser um fator político com posições opostas, antagônicas, a tudo que até então era representado pela classe média. Fator político com repercussão e importância cada vez mais acentuados. O perigo que estes contrastes sociais brutais significava, não foi reconhecido e até mesmo ignorado por aquela parcela de cidadãos burgueses, que era a sustentadora do progresso econômico e que representava aquela parcela da classe média alemã mais rica e com mais poder econômico.

Nesta liderança de empresários, quase todos oriundos da classe média, que deveria ter se mantido fiel aos verdadeiros princípios ético-liberais, começaram a formar-se mudanças preocupantes de natureza ético-moral. A idéia liberal como foi traçada por Kant, com a sua caracterização pelo imperativo categórico e o seu "ser comprometido humanisticamente em relação a tudo que é humano e do homem", perdeu-se.

Para esta nova classe empresarial alemã, das últimas três décadas, principalmente, do século passado, "liberal" significava liberdade incondicional de todos os compromissos e princípios ético-morais, para poder concentrar todas as forças disponíveis na caça sem tréguas da riqueza, da honra e da glória externas. O idealismo moral, do qual partira a influência intelectual do liberalismo do início do século 19, teve que ceder, com honrosas exceções entre as lideranças empresariais daquela época, a um crasso e vulgar materialismo, totalmente cego em relação a uma grande tarefa social: assegurar a este novo quarto estado, a este novo proletariado, condições humanas de sobrevivência, que lhe assegurassem uma participação nas conquistas econômicas e culturais dos novos tempos. Faltou também assegurar ao operariado, de parte das lideranças empresariais e da classe média, um sentimento de compreensão e preocupação com os problemas do operariado, colaborando na solução dos mesmos, instilando ao mesmo tempo confiança, amor e respeito para com o estado de direito que estava surgindo.

Contrário ao que era de se esperar, forma-se no operariado industrial alemão, no fim do sé-

culo 19, a mera expectativa de uma existência proletária abjetamente pobre e massificada. É certo que o estado constitucional e de direito já então existente na Alemanha, assegurava também a estas massas as "liberdades" individuais, mas no estado de miséria em que o proletariado industrial se encontrava, tais liberdades só podiam significar distorções quase que inúteis. O que lhe adiantava o princípio da liberdade contratual, quando os contratos de trabalho eram todos ditados por empregadores economicamente poderosos? O que adiantava o conceito e a idéia abstrata da existência de uma personalidade autônoma e moral, quando a sua vida diária se resumia em coerção, pressão e não-liberdade? Quando a sua total dependência e insuficiência era assinalada no preciso momento quando, perdendo o emprego, passava a depender de si mesmo? A inimizade em relação ao homem cidadão do seu próprio povo, empurrava o operariado proletariado para uma outra liderança, para uma liderança revolucionária, optando não pela classe do cidadão burguês, mas pela solidariedade internacional da classe do operariado. O proletariado industrial alemão, do último terço do século 19 queria ser incorporado à sociedade civil e exigia do estado que prestasse muito mais serviços, do que ser meramente uma instituição de proteção de direitos. O proletariado alemão passou a exigir que o estado passasse a ser onipresente para ele, que assegurasse uma existência segura e que não-somente proporcionasse segurança mas ainda sentido e conteúdo para a vida.

A função e a compreensão do estado não podiam restar intocados destas mudanças fundamentais na estrutura social alemã. A evolução estatal sai dos caminhos e trilhos de uma política meramente liberal e se encaminha para o estado com orientação política social, para o estado do bem-estar social. Com esta nova tendência deslocam-se as fronteiras de atuação do estado na Alemanha e o relacionamento do estado para com o indivíduo é colocado sob a influência de novos pontos de vista, de novas perspectivas e de novas perguntas, alterações que também passam a afetar o pensamento jurídico na área do direito penal de maneira extraordinária.

A IMPORTÂNCIA DA ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO

O racionalismo exagerado da época do iluminismo, já tinha sido temperado pela escola histórica do direito. De acordo com o posicionamento que pode ser considerado certo, a escola histórica do direito mostrou que o direito positivo, o direito em vigor num determinado momento histórico, somente pode ser compreendido na sua totalidade e na sua maneira de ser, como algo formado e afeiçoado do conjunto da evolução histórica, e que portanto o conhecimento e o saber histórico são os meios imprescindíveis para poder obter-se um posicionamento distanciado e crítico em relação ao direito em vigor, permitindo uma análise intelectual segura e autônoma. Estas são as conquistas perenes da escola histórica, cujos méritos não devem ser olvidados, nem descartada a sua metodologia de pesquisa histórica que sempre evitará uma banalização das ciências penais. No entanto o século 19 teve representantes da escola histórica do direito na Alemanha, que exageraram a sua influência e importância. Particularmente o grande penalista alemão Richard Loening exigia que o trabalho científico jurídico no direito penal se limitasse a trabalhar a matéria do direito penal positivo exclusivamente do ponto de vista evolutivo histórico. Loening recusava qualquer análise filosófica e "de lege ferenda", do direito penal, recusa que defendia como princípio básico. Um posicionamento tão extremado levou a uma visão estreita e ao entendimento errôneo que o direito positivo somente podia ser interpretado historicamente. A partir deste posicionamento foi necessário apenas um passo à interpretação terminológica histórica filológica alienada dos fatos da vida desembocando na jurisprudência de conceitos (Begriffsjurisprudenz). Os defensores desta escola passaram a examinar o direito em geral e o direito penal em particular, unilateralmente a partir de dentro, como sendo um todo pronto e completo, conceitualmente auto-suficiente. Das normas e dos conceitos próprios a cada ramo do direito os conceitos abstratos superiores do sistema eram obtidos pelo método indutivo. Os conceitos superiores sistematizados eram a seguir empregados, de forma estritamente lógica, para gerar princípios decisórios para aqueles casos que não

tivessem recebido uma regulamentação positiva expressa. Tal procedimento resultava num positivismo que tinha esquecido e descartado, completamente o FIM das normas individuais, afastando qualquer vinculação destas normas com a vida prática, passando a operar com uma metodologia exclusivamente morfológica interna ou interiorizada. Tal procedimento contrastava e entrava em conflito com a necessidade da existência de uma forma de observação do direito aberta e teleológica, que registrasse os interesses da vida e os fins da legislação, para assim poder fixar o verdadeiro sentido e impacto das normas jurídicas.

Nos pareceu importante detalhar esta situação assim descrita, pois Richard Loening, expoente da escola histórica positivista do direito penal na Alemanha, por uma daquelas estranhas coincidências históricas, no mesmo ano em que Franz von Liszt expôs o seu revolucionário "Programa de Marburg" para o direito penal, portanto em 1882, ao proferir o seu discurso como professor titular, recém-admitido, de direito penal na Faculdade de Direito de Jena assim se manifestou:

"O direito penal apresenta-se para o futuro cientista penal e militante, como um direito em evolução, em formação e que nesta evolução revela a sua orientação o seu espírito, e que assim possibilita aos que o estudam descobrir o seu significado e o seu espírito e não para trazer para dentro do direito penal um outro significado. O direito penal dos nossos dias é quanto ao seu espírito e em relação aos seus detalhes e particularismos um produto da história".

O professor de direito, baseado nos resultados da pesquisa histórica, deve desenvolver os seus ensinamentos a respeito do direito positivo, e assim mostrar e desenvolver a importância do direito positivo em vigor. Este posicionamento, como se verá, entra em total choque e confronto com os ensinamentos e teorias de Franz von Liszt.

AS CIÊNCIAS NATURAIS

Em meados do século passado, a idéia da evolução passou a conquistar enorme importância como princípio informativo da pesquisa. Os desdobramentos da teoria da evolução tiveram

uma expansão enorme com a explosão das ciências da natureza, a partir da segunda metade do século 19. Quando foi publicada em 1859 a obra de Charles Darwin "A Gênese das Espécies", irrompeu com toda força a teoria da evolução. Embora Darwin sempre defendesse sua teoria como sendo uma teoria das ciências naturais, foi impossível evitar que as ciências do intelecto e do direito bem como sociológicas também a acolhessem. Na Alemanha e na Áustria o Professor Adolf Merkel foi o arauto da teoria evolucionista no direito. (Adolf Merkel 1836-1896. Professor de Franz von Liszt em Viena). As aulas de Merkel em Viena e a teoria evolucionista tiveram profunda influência sobre o jovem Liszt e passaram a integrar a base do seu pensamento jurídico e ser o ponto nodal da sua revolucionária teoria do direito penal, teoria esta que ultrapassou todo pensamento jurídico que embasava o direito penal do século 19 e que colocaria os fundamentos e iniciaria a evolução do Novo Direito Penal Social do século 20.

FRANZ VON LISZT E A ESCOLA SOCIOLÓGICA DO DIREITO PENAL

Franz von Liszt nasceu em Viena em 02/03/1851. É filho de uma família de aristocratas austríacos, quase todos altos funcionários do governo. Seu pai, Eduard von Liszt, era Procurador Geral junto ao Supremo Tribunal austríaco em Viena. O mundialmente famoso músico de mesmo nome era seu primo irmão. Como veremos Franz von Liszt era genial como jurista, orador arrebatante, com um domínio fenomenal da língua alemã escrita. Era uma pessoa de dotes incomuns intuitivo, genial observador e dotado de grande charme pessoal aliado a uma impecável gentileza, incrível capacidade de resposta certa, mas sempre cheio de bondade e compreensão humana. Tais encomios eram também ratificados por seus muitos adversários. Estudou ciências jurídicas e sociais na Universidade de Viena de 1869 a 1873. Seus principais professores foram também todos fora de série: Joseph Unger, Rudolf von Jhering, Julius Glaser, Wilhelm Emil Wahlberg e o grande Adolf Merkel. De todos Rudolf von Jhering exerceu a influência mais duradoura. A idéia do fim, da finalidade para a norma e para o direito em geral e o direito penal em particular, tornou-se a

motivação principal da obra jurídico-penal científica de Liszt. Mas não foram apenas os grandes professores de direito que influenciaram von Liszt. A Áustria daquele tempo padecia de graves problemas. Devem ser lembradas as derrotas militares frente aos exércitos prussianos, os problemas trazidos pela ocupação austríaca da Bósnia e da Herzegovina; contrastes e embates políticos e de nacionalidades e o grande problema da união com a Alemanha sob a égide prussiana. Verdadeiro dilema Hamletiano. Desde o berço afinado com a política, Liszt além de jurista também foi grande político austríaco, passando a liderar o partido Nacional-alemão da juventude acadêmica austríaca. Passou a odiar Napoleão o Terceiro e a admirar o Chanceler de Ferro Bismarck. Nunca perdeu seu interesse pela política, a qual passou a determinar a sua postura jurídico científica. O direito penal passou a ser para ele política criminal, o que viabilizou mais tarde a implementação das suas reformas penais propostas como jurista. Liszt foi pós-graduado em Goettingen e Heidelberg. Obteve a sua habilitação para a cátedra em Graz (1879) e a seguir inaugurou sua carreira como professor titular em Giessen. Após três anos foi para Marburg. Em 1889 lecionou em Halle e de 1899 até a sua aposentadoria em 1916 lecionou em Berlim. Morreu em Berlim em 21/06/1919. Suas primeiras obras jurídicas são as seguintes: *Falso Juramento e Falso Depoimento — Um Estudo do Ponto de Vista do Direito Penal Histórico* (1876); *O Falso Depoimento em Juízo Segundo o Direito Alemão e Austríaco*, (1877) *Manual do Direito de Imprensa Austríaco* (1878). Todas obras dotadas de extrema capacidade de síntese e clareza. Em 1881 publica o seu *Manual do Direito Penal Alemão* que teve 22 edições. Esta obra consagrou Liszt como grande dogmático e sistematizador do direito penal alemão. A obra foi traduzida para diversas línguas e passou a ser o livro texto ou manual líder da Europa.

Em 1882, como professor em Marburg, publica o seu famoso texto intitulado: *Programa de Marburg — A Idéia do Fim no Direito Penal*. Foi com esta obra que Liszt deslanchou a reforma do direito penal e uma profunda mudança na política criminal, ultrapassando de maneira revolucionária os conceitos do direito penal positivo então em vigor.

Já em 1893 von Liszt fez a seguinte indagação:

"O individualismo liberal que afirma os interesses do indivíduo com ênfase em relação à coletividade, o espírito da época do iluminismo e a revolução francesa dela resultante, trouxeram-nos a forte limitação do poder estatal de punir. A forte corrente socializante que está começando a se manifestar levará ou não de roldão o estado atual do direito penal? No que me diz respeito devo dizer com franqueza que não me importaria muito se o atual código de direito penal, seus intérpretes, elucidadores e aplicadores fossem levados pela onda. Estou antevendo que o estado socialista, que está se formando, certamente vai afirmar com mais força os interesses da coletividade do que o fazemos hoje em dia. Este estado socialista assim procederá, pois agirá com mais intensidade, com maior certeza dos seus fins e com muito menos consideração contra o indivíduo que contra ele se rebela. Por isto será necessário fixar para este estado as pré-condições, segundo as quais o indivíduo, quanto aos seus interesses, deve submeter-se à coletividade. Será também necessário determinar os limites até os quais será permissível e admissível que ocorra perda de proteção legal para o indivíduo. Segundo a minha opinião, embora isto soa paradoxal, vejo o código penal como sendo a *Magna Carta* do criminoso. Em verdade o código penal e as suas normas não protegem nem a coletividade nem a ordem jurídica, mas o indivíduo que se rebela contra ambos. O código penal lhe assegura o direito de somente ser punido segundo as pré-condições legais e somente dentro e de acordo com a limitação legal. A frase dupla latina *Nullum Crimen Sine Lege, Nulla Poena Sine Lege*, é a defesa máxima do cidadão contra o super-poder do estado, defesa também contra o poder, sem quaisquer considerações, da massa, enfim a defesa contra o Leviathan. Há anos defino o direito penal como poder de punir do estado limitado pela lei. Agora posso também afirmar que o direito penal é a barreira impassível da política criminal."

O FULCRO DA PREGAÇÃO DE FRANZ VON LISZT

Quando Liszt assumiu a sua última cátedra em Berlim em 1899 disse que o direito penal, as ciências penais, tinham três tarefas que deviam por elas ser atendidas:

1. *A tarefa pedagógica da formação do jurista penal*: Esta formação deveria ser dúplice. De um lado a formação tradicional jurídica penal, do outro lado, açoplada a uma formação criminalística. Criminalística aqui significando o conjunto de métodos e experiências necessário para a constatação dos fatos, o descobrimento e a entrega à polícia dos delinquentes, a reconstrução das imagens do ato delituoso de parte da polícia criminal, da promotoria e em juízo, uma ciência ou um ramo do conhecimento que naquele tempo ainda não tinha conquistado um espaço autônomo na formação científica dos juristas penais.

2. *A tarefa do reconhecimento científico do delito e da pena*: O uso da metodologia das ciências naturais, que utilizando o esclarecimento causal do delito, o pesquisa como fato individual e também social. Que pesquisa as origens do delito e o tipo humano e características do delincente. Que pesquisa também as possibilidades de atuação e efeitos da pena. Portanto para Liszt a criminologia e a penologia são ramos das ciências penais. A tudo isto deve se somar a pesquisa histórica da evolução do delito, da própria delinquência e dos modos como a sociedade ao longo dos tempos reagiu em relação a tais ou quais atos delituosos.

3. *Todo este conjunto de material empírico, formará a base para a solução da terceira tarefa da política criminal*: Utilizando a idéia da teoria da evolução deve ser pesquisada a tendência futura para qual se movimenta a história do delito e das penas, para detectar desde já para o legislador como deverá ser a evolução futura do direito penal. A política criminal fornecerá as bases científicas para responder à pergunta ou indagação se o direito penal em vigor é passível de melhoria e segundo quais métodos o combate à criminalidade deverá ser montado e implementado. O trabalho De Lege Ferenda,

afastado por Richard Loening, passa ser uma tarefa importante e autônoma das ciências penais. Pesquisa-se, enfim, se o direito penal positivo é capaz de diminuir a criminalidade existente e se atende e preenche o seu esperado fim social.

Por conseguinte o trabalho do criminalista não se esgota no jurídico. Devem ser cultivadas as relações para com outras ciências naturais tais como: antropologia, psicologia, psiquiatria, biologia e também sociologia.

Assim Franz von Liszt procurou resolver o complexo problema da punição pelo estado, sugerindo e empregando, de forma genial novos métodos. Nisto foi apoiado pela Associação Criminalística Internacional por ele fundada e que em famosos seminários reuniu homens famosos cientistas penais de escol, tais como: Robert von Hippel, Ernst Rosenfeld, Eduard Kohlrausch, Moritz Liepmann, Alexander Graf Zu Dohna, Ernst Hafter, Franz Exner, Ernst Delaquis, Gustav Radbruch, Herbert Engelhardt e Eberhard Schmidt, todos catedráticos de direito penal ilustres.

FRANZ VON LISZT E A ESCOLA DA ANTROPOLOGIA CRIMINAL DE CESARE LOMBROSO

Franz von Liszt sempre se manteve reservado e crítico em relação às pesquisas de Cesare Lombroso (médico 1836-1909). Como jurista Liszt tinha graves dúvidas metodológicas em relação às teorias de Lombroso. Pois delito é um conceito jurídico legal. A lei diz o que deve ser considerado um delito. E a lei muda ao longo da história. O que era delito ontem, hoje não mais é. Por exemplo: os processos de bruxaria e mágicos da Idade Média, hoje não têm mais sentido penal. O conflito com Lombroso foi inevitável. Liszt entendia que em relação ao delito, ao fenômeno ato delituoso deveria ser apalpada toda a realidade do delito, na medida que isto era factível, utilizando observações empíricas e científicas. Liszt entendia que era absolutamente necessário conhecer o delito biológica e socialmente, para, uma vez por todas fugir das conceituações nebulosas de uma construção racional da pessoa do delincente. Liszt queria conhecer o delincente como ele verdadeiramente é. O inimigo tinha que ser reconhecido para po-

der testar criticamente as medidas de defesa e então instalá-las adequadamente. Lombroso, nas suas pesquisas arrojadas a respeito de *L'uomo Delinquente* acreditava ter descoberto o *Delinquente Nato*: aquela espécie do *Homo Sapiens* que na sua estrutura anatômica e suas sensibilidades apresenta características antropológicas, cientificamente constatáveis, que permitiriam concluir que se tratava de um delincente em potencial. Não se discute que Lombroso tem o mérito imorredouro de ter estabelecido como primeiro e com muita ênfase o método da pesquisa causal em relação a uma variedade enorme de delinquentes, focalizando assim um fecho de luz elucidativa sobre muitos tipos de delinquentes. Mas quem determina o que deve ser considerado delito é o legislador, num exercício de estudo e observação valorativo de possíveis comportamentos. Como então seria possível que tais conceitos valorativos do legislador passem a ser os limites e natureza de fenômenos que se manifestam nas ciências naturais, como por exemplo esta espécie especial do *Homo Sapiens* caracterizada por Lombroso. Ou por outra, como seria possível que o conceito jurídico e legal de delito, que é submetido às mudanças, no tempo, das valorizações sociais, passe a ser determinante para a formação conceitual das ciências naturais? Todos sabemos que os objetos empíricos das ciências naturais em seu "Ser Assim" são totalmente independentes de valorizações ou considerações valorativas humanas. Liszt então considerou erradas as posições que consideram o delincente de acordo com uma conceituação puramente biológica, uma conceituação do criminoso a partir da *Exclusiva dedução oriundas das características físicas e mentais do delinquente*. Não existe, afirma Liszt, um tipo de delincente singular antropológico. Opõe à teoria antropológica de Lombroso a sua teoria sociológica, mas não a opõe excluindo a antropologia, propondo ao contrário que estudos sociológicos, unidos aos estudos antropológicos podem auxiliar na elucidação das razões do delito.

As teorias de Lombroso passaram a ser defendidas pelos juristas italianos E. Ferri e R. Garofalo que fundaram a escola de antropologia criminal, tendo FERRI publicado sua obra principal em 1881 intitulada *nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*.

FRANZ VON LISZT E A ESCOLA CLÁSSICA

O Litígio das Escolas

A escola moderna de Franz von Liszt logo entrou em choque com a escola clássica, cujo principal representante na Alemanha era Karl Binding (1841-1920) que era sucessor do pensamento de Kant e Hegel, e defendia a teoria absoluta do direito penal (A pena representa uma perda de direitos ou bens jurídicos que o Estado impõe legalmente ao delinqüente para lograr a satisfação do ato culposo, irreparável, de quebra do direito e para manter íntegra a autoridade do direito (da norma lesionado). (Binding). "As bases do direito penal alemão." Parte Geral, sétima edição, 1907, p. 226).

O litígio entre a escola moderna de Liszt e a teoria absoluta, findou na Alemanha na década dos anos vinte, sendo que a teoria de Liszt que passou então a ser conhecida como sendo a teoria da ressocialização, das medidas de segurança impostas como pena ao delinqüente, passou a ser inserida no Código Penal Alemão e legislação complementar sob a chamada teoria da *Unificação — Vereinigungs — Theorie*. A pena passa a ser considerada como a justa retaliação mas, dentro do escopo da pena assim aplicada (teoria absoluta) devem ser consideradas e ponderadas medidas de prevenção geral e especial.

A preferência por uma ou outra das teorias de direito penal varia de sociedade para sociedade, de governo a governo. Na Alemanha de 1871 (ano da unificação) até a 1ª Guerra Mundial predominava a teoria absoluta, mas que tinha que defender-se de fortes críticas e ataques de outras escolas.

Durante a época da primeira guerra mundial passou a aplicar-se a teoria da retribuição (absoluta) misturada com medidas de prevenção geral. Durante a República de Weimar aplica-se a teoria da unificação que se afirma tanto nos trabalhos práticos como teóricos grangeando simpatia todavia à teoria moderna de Liszt da ressocialização. O Terceiro Reich de Hitler inicia com a teoria absoluta (retaliação/expiação) e descamba durante a 2ª Guerra Mundial para uma brutal teoria da atemorização (extensão da pena de retribuição/retaliação à família do delinqüente). Após a Segunda Guerra Mundial passa-se na Alemanha a aplicar a teoria da unificação completa, com ênfase na teoria ab-

soluta. A partir da segunda metade dos anos sessenta volta-se a preferir a teoria da ressocialização que se manifesta especialmente no artigo 2º, alínea 1ª da lei de execuções penais alemã de 1977 (Durante o cumprimento da pena de privação da liberdade o preso deve adquirir a capacidade de futuramente viver uma vida com responsabilidade social e sem cometimento de delitos). Presentemente, no entanto, há indícios muito claros de um retorno à teoria absoluta da retribuição. Grande interesse também tem, novamente, a teoria da prevenção geral. A discussão atual na RFA gira ao redor das medidas de intensificação do combate à delinqüência; a preocupação em aumentar a quota de sucesso nos esforços de esclarecimentos de crimes cometidos; a expansão da aplicação da pena de prisão durante a fase investigatória; a preocupação sempre crescente com modernas técnicas e atos delituosos tais como: crimes contra a economia; crimes contra o meio ambiente; criminalidade organizada (drogas especialmente, furto de automóveis); crimes contra a proteção de dados; crimes contra o uso correto do computador.

O Legado de Franz von Liszt

Franz von Liszt, como professor de direito penal, foi o primeiro que transpôs os métodos e o conceito de ciência do positivismo para o direito penal. Ao definir o âmbito de "toda ciência do direito penal", nele incluiu, como já visto, a criminologia e a penologia (um termo por ele cunhado). A criminologia para ele tem a função de explicar as causas do delito, enquanto a penologia deve estudar as causas e os efeitos da pena. O direito penal, como teoria absoluta, da retribuição ou vingança, para Liszt, era apenas de importância secundária. Ao proferir sua aula inaugural na Faculdade de Direito da Universidade de Marburg em 1882, sem dúvida conhecedor dos trabalhos e das pesquisas, de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, Liszt, lançando sua doutrina da nova prevenção especial, obteve com esta doutrina, como construção racional abstrata, grande repercussão internacional, ao mesmo tempo remodelando profundamente o sistema de sanções do direito penal alemão. Para Liszt a concreticidade e a realidade da criminalidade é fundamental. Tanto a pré-disposição individual antropológica, em es-

cala menor, quanto o meio ambiente, em escala bem maior, são fatores indispensáveis para o surgimento da criminalidade. Todavia sempre preponderando os fatores sociológicos. Segundo Liszt o direito penal deve sempre orientar-se segundo o fim, o objetivo a que se destina. O direito penal deve apresentar uma utilidade, um efeito útil, que seja capaz de ser registrado e ser captado na estatística criminal. Partindo destes pressupostos, demonstrou os defeitos do sistema penal alemão vigente à época e partiu para a formulação de um programa de reforma no sistema. Este programa passou a considerar a política criminal como parte orgânica da política social e que era dirigido por métodos de pesquisa de natureza causal e empírica segundo o exemplo das ciências naturais. Segundo Liszt, o combate à criminalidade deve iniciar nas raízes do delito. O programa de reforma deve acima de tudo modificar os estados sociais. Para Liszt a pena correta, isto é, a pena justa, é a pena necessária. Justiça no e para o direito penal é a correta observação da medida necessária da pena em decorrência das exigências do fim que informa a norma jurídica. Para Liszt o direito penal tem a tarefa de dar ao delinqüente eventual, ocasional, que não necessita ser ressocializado, um lembrete suficientemente forte para atemorizá-lo e assim não mais delinqüir. Já o delinqüente semi habitual, capaz de ser reeducado e de se reabilitar, deve ser ressocializado por métodos educacionais durante o processo de execução da pena. Finalmente, o criminoso habitual deve ser neutralizado por imposição de medidas de "servidão penal" (*Strafknechtschaft*) por tempo indeterminado. Um dos aspectos mais importantes da penologia de Liszt era a mutação da pena como sendo uma reação cega dos sentidos, que exige e impõe vingança e retribuição, para uma ação racional consciência do seu fim e de seu objetivo. Com esta concepção penológica, que Liszt mais tarde completaria com a sua teoria famosa a respeito dos tipos de delinqüentes, Liszt procurou eliminar, ou ao menos combater, a nocividade da imposição da curta pena de privação de liberdade causadora, segundo ele de tantos maléficis "pois leva, invariavelmente, o jovem aprendiz para o caminho do crime".

No ano de 1889 Liszt e o belga Adolphe Prins, bem como o holandês G.A. Van Hamel, fundaram a *Associação Internacional de Criminalística*. Esta associação defendeu até o advento da primeira guerra mundial uma nova política criminal. No ano de 1924 estes trabalhos foram retomados pela *Associação Internacional de Direito Penal*. Hoje em dia, este mesmo programa de política criminal é continuado pela *Sociedade Internacional de Defesa Social* fundada em 1947 pelo italiano Filippo Grammatica. O principal representante desta sociedade hoje em dia é Marc Ancel. A expressão "Défense Social" significa hoje o conceito abrangente de todas as medidas da sociedade contra delinqüentes e apenados, que tem a finalidade de ressocializar estas pessoas.

Liszt deu portanto à idéia, já antiga, da "pena com um fim" originária do positivismo, um empuxe novo e muito forte. Ao redor dele formou-se a escola alemã de direito penal, moderna, sociológica, cujos representantes Kohlrausch, Radbruch e Eberhardt Schmidt se opunham frontalmente aos adeptos da antiga escola clássica à qual pertenciam Binding, Beling e Birkmayer.

Pertence também à Liszt o sistema, simples e claro que analisa e subdivide o ato delituoso em *Tatbestand*, *Rechtswidrigkeit* e *Schuld*. Ato/fato delituoso, infringência da norma jurídica e culpa. Sistema que durante gerações auxiliou no estudo do direito penal. Em 1923 a lei alemã reguladora e disciplinadora dos crimes da juventude passou a adotar as idéias de Liszt. Em 1933 foram introduzidas as medidas de segurança e de melhoria no direito penal alemão.

Em 1968 os pequenos delitos (*Bagatelldelikte*) foram convertidos em contravenções penais não-criminais. E, finalmente, em 1969 ocorreu na Alemanha uma reforma fundamental do sistema de sanções. A pena de reclusão discriminadora foi abolida, o cumprimento unificado da pena em liberdade foi introduzido. A pena privativa de liberdade de curta duração foi limitada. O catálogo das medidas de segurança e de melhoria do delinqüente foi aumentado. Ainda está presente e bem vivo o que o mestre Franz von Liszt ensinou há mais de cem anos.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 George Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) discípulo de Kant, ensinou e afirmou que o delito é a *negação da norma*. Portanto o delito é algo negativo. Este negativo é negado por um segundo negativo, que recompõe a ordem de normas lesionadas pelo delito. Portanto segundo Hegel, a pena é a negação da negação, necessária para a manutenção e existência da ordem jurídica.
- 2 Cesare Beccaria (1738-1794) de Milano, com seu livro *Dei Delitti e Delle Pene* publicado em 1764, opôs-se às idéias de Kant; afirmou que a razão do punir não é a retribuição ou a vingança mas sim o bem comum. A razão é evitar que delitos sejam cometidos.

BIBLIOGRAFIA

- FUCHS, Dieter. Ewald Schellenberger — "Recht".
HAFT, Fritjof. "Aus der Waagschale der Justitia" — "Da Balança da Justiça" Beck dtv, 1990.
MAYER, Helmuth. "Strafrecht Allgemeiner Teil" (Direito Penal) Parte Geral. Ed. W. Kohlhammer 1953.
RADBRUCH, Gustav. "Elegantiae juris criminalis". "Sieben Studien zur Geschichte" des Strafrechts, 2.ed., 1950.
SCHMIDT, Eberhard. Einführung in die Geschichte der deutschen. Strafrechtspflege. Introdução à História do Direito Penal Alemão. Ed. Vandenhoeck & Ruprecht. Goettingen 1951.
STRAFRECHT, Wolfgang Naucke. Eine Einführung — *Direito Penal. Uma Introdução*. Ed. Alfred Metzner, 6.ed. 1991.
WESEL, Uwe. Juristische Weltkunde. História Jurídica Mundial. Ed. Suhrkamp 1984 Taschenbuch. Wissenschaft.