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

VOLUME 15 – 1998

COLEÇÃO ACADÊMICA DE DIREITO

Volume 4

SÍNTESE EDITORA

RS / Porto Alegre – Av. Pernambuco, 2810 – CEP 90240-002 – Fone/Fax: (051) 346.1300
SP/São Paulo – Pça. da República, 376/11° and. – CEP 01045-010 – Fone/Fax: (011) 224.9600
RJ/Rio de Janeiro – Av. Nilo Peçanha, 50/1301 – CEP 20044-900 – Fone/Fax: (021) 253.8168
PE/Recife – Marquês de Olinda, 200/310 – CEP 50030-000 – Fone/Fax: (081) 424.6805

Internet: http://www.sintese.com – E-mail: edisin@ez-poa.com.br

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Professora Wrana Maria Panizzi – Reitora
Professor Nilton Rodrigues Paim – Vice-Reitor

Faculdade de Direito
Professor Eduardo K. M. Carrion
Professor Plinio de Oliveira Corrêa

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Professor Franz August Gernot Lippert – Diretor

Conselho Editorial

Professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira
Professor Carlos Silveira Noronha
Professora Cláudia Lima Marques
Professor Franz August Gernot Lippert
Professor Guiomar Theresinha Estrella Faria
Professor Igor Danilevicz
Professor Judith Martins-Costa
Professor Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira
Professor Plauto Faraco de Azevedo
Professor Plínio de Oliveira Corrêa
Acadêmico Walter Guilherme Hütton Corrêa

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. – Vol. 15 – Porto Alegre: UFRGS, 1998
– 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)

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

E-mail: lippertadv@pro.via-rs.com.br
lippert@lippert.adv.br

SÍNTESE EDITORA

Av. Pernambuco, 2810 – CEP 90240-002
Porto Alegre-RS – Fone e Fax: (051) 346.1300
Praça da República, 376/11º andar – CEP 01045-010
São Paulo-SP – Fone e Fax: (011) 224.9600
Av. Nilo Peçanha, 50 – sala 1301 – CEP 20044-900
Rio de Janeiro-RJ – Fone e Fax: (021) 253.8168
Av. Marquês de Olinda, 200/310 – CEP 50030-000
Recife-PE – Fone e Fax: (081) 424.6805
Internet: www.sintese.com
E-mail: edisin@ez-poa.com.br

Impresso no Brasil / *Printed in Brazil*

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

Ruy Cirne Lime

Agradecimento

A direção da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul agradece à bibliotecária Cleide Antonia Manfredini por sua colaboração

Sumário

A Garantia do Contraditório 7
Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Posmodernidad Juridica - El Análisis Contextual del Derecho como contracorriente a la abstracción jurídica. 21
Carlos Alberto Ghersi

Contratos Bancários em Tempos Pós-modernos - Primeiras Reflexões 33
Claudia Lima Marques

Projeto do Código Civil – A Importância das Cláusulas Gerais na Regulação do Direito Pessoal e Patrimonial de Família 55
Eduardo Silva da Silva

A Influência do Bürgerliches Gesetzbuch Alemão na Parte Geral do Novo Código Civil Português 75
Erasmo Marcos Ramos

New Trends in European Community Law 99
Gerhard Laule

O Direito Privado como um "Sistema em Construção" (As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro) 129
Judith Martins-Costa

Os Direitos Fundamentais, O Preceito da Proporcionalidade e o Recurso Constitucional Alemão 155
Luís Afonso Heck

Los Procesos a Distancia y Otros Modos de Cooperacion Judicial Internacional en el Mercosur 181
María Blanca Noodt Taquela

O Dever de Solidariedade na Cassação de Mandato de Advogado Constituído 193
Modesto Carvalhosa

Teoria da Justa Causa no Direito Penal e no Processo Penal 201
Plínio de Oliveira Corrêa

Proteção ao Meio Ambiente. Uma Prioridade Alemã 217
Renata Lucas de Carvalho

Direitos Fundamentais de Terceira Geração 227
Teori Albino Zavascki

A Garantia do Contraditório

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira
Professor Titular de Direito Processual Civil da UFRGS

> *"Une idée forte communique un peu de sa force au contradicteur. Participant à la valeur universelle des esprits, elle s'insère, se greffe en l'esprit de celui qu'elle réfute, au milieu d'idées adjacentes, à l'aide desquelles, reprenant quelque avantage, il la complète, la rectifie; si bien que la sentence finale est en quelque sorte l'oeuvre de deux personnes qui discutaient."*
>
> *Marcel Proust,* A l'ombre des jeunes filles en fleurs, *p. 128.*

1. O direito processual, como fenômeno cultural, produto exclusivo do homem e por conseqüência empolgado pela liberdade, não encontrável *in rerum natura*, tem o seu tecido interno formado pela confluência das idéias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço. Impossível, portanto, assimilá-lo, apesar do seu caráter formal, a um mero ordenamento de atividades, dotado de cunho exclusivamente técnico, composto por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário. A estrutura mesma do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos *meios* mais adequados e eficientes para a realização dos *valores* que dominam o meio social, estes sim estruturando a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada estado.[1]

1. Maior desenvolvimento dessas idéias em Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 74-76, 125-126, *passim*. Como bem assinala Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do processo*, 2. ed., São Paulo, RT, 1990, p. 318, o direito, assim como os valores e princípios que o informam, revela-se inconfundível com a técnica, pois, enquanto sistema de atribuição de bens e organização social, implica no fundo a positivação do poder.

O mesmo se passa com os princípios, que haurem seu significado, alcance, extensão e aplicação nos valores imperantes no meio social, em consonância com o *specificum* de cada tempo e espaço social. O princípio do contraditório não foge à regra geral e também tem sua história, não se mostrando indiferente às circunstâncias e valores da época em que exercido.

2. Constata-se essa verdade quando se examina a primitiva concepção da ação como a voluntária submissão da controvérsia à decisão de uma autoridade superior, em que não havia espaço para procedimentos contra o adversário resistente em comparecer em juízo. Nesse estágio mais recuado, o juiz romano mostrava-se incapaz de promover o julgamento de quem voluntariamente se recusasse a comparecer em juízo, se a força física do autor não era suficiente para tanto. Assim ocorria também no antigo direito germânico que não dispunha de outro meio contra o demandado rebelde senão o de lhe obrigar, empregando medidas de proscrição, a fazer as pazes com o Estado ofendido, ou embargando seus bens como garantia de seu comparecimento. Este cenário só passou a mudar quando o Pretor introduziu medidas de coerção como a *missio in bona*, a instar o comparecimento do renitente. A idéia de que o tribunal pode promover atos processuais e julgar a causa na ausência do demandado, previamente cientificado este de acordo com as formalidades estabelecidas em lei, efetivamente se inicia com o procedimento contumancial do direito romano postclássico, assim mesmo depois de uma longa e penosa batalha de superação da antiga concepção.[2] Antes, o contraditório só ocorria com a submissão voluntária da parte passiva da demanda.

No processo comum europeu, cujo esteio era precisamente o contraditório, revelava o princípio sentido totalmente distinto daquele hoje dominante no cenário jurídico processual. O processo, fartamente influenciado pelas idéias expressas na retórica e na tópica aristotélica, era concebido e pensado como *ars dissedendi* e *ars oponendi et respondendi*, exigindo de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário. Dado que nas matérias objeto de disputa somente se poderia recorrer à probabilidade, a dialética se apresentava, nesse contexto, como uma ciência que *ex probabilibus procedit*, a impor o recurso ao silogismo dialético. Na lógica do provável, implicada em tal concepção, a investigação da verdade não é o resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos "pontos de vista" do outro e o caráter de sociabilidade do saber. A dialética, lógica da opinião e do provável, intermedeia o certamente verdadeiro (raciocínio apodítico) e o certamente

2. Acerca do tema, Robert Wynes Millar, *The formative principles of civil procedure*, in *A History of Continental Civil Procedure*, Arthur Engelman et al., 1927, reprinted por Augustus M. Kelley, New York, 1969, § 2º, p. 6-7, com ampla referência bibliográfica, e Leopold Wenger, *Institutionem des römischen Zivilprozessrechts*, München, Max Hueber, 1925, p. 92-94. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, 9. ed., Napoli, Jovene, 1947, p. 116, abordando a ação *sacrementi in personam*, esclarece que, no estágio preparatório da *actio*, as partes não se apresentavam ao magistrado de comum acordo, mas era o autor que *in ius vocatio* o demandado, e este salvo raríssimas exceções não era obrigado a atendê-lo.

falso (raciocínio sofístico). No seu âmbito, incluem-se os procedimentos não demonstrativos, mas argumentativos, enquanto pressupõem o diálogo, a colaboração das partes numa situação controvertida, como no processo. Em semelhante ambiente cultural, o contraditório representa o único método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável, aceito e imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer assento em regra escrita.[3]

A mudança de perspectiva, introduzida pela lógica de Pierre de la Ramée (século XVI), já antecipa uma alteração de rumo que busca incorporar ao direito os métodos próprios da ciência da natureza, um pensamento orientado pelo sistema, em busca de uma verdade menos provável, com aspirações de certeza, a implicar a passagem do *iudicium* ao *processus*. Tudo isso se potencializa, a partir do século XVII, com a estatização do processo, com a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo soberano, pelo príncipe, que passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual, tendência incrementada depois pelas idéias do iluminismo e pelo verdadeiro terremoto produzido pela Revolução francesa.[4]

Esses fatores haveriam, necessariamente, de conduzir a outra concepção do contraditório, que passa a perder seu originário ponto de contato com os *natürliche Rechtsgrundsätze* e deixa de ser visto como necessário e intrínseco mecanismo de investigação da "verdade", rebaixado a princípio externo e puramente lógico formal.[5] Daí, a menção a uma simples audiência bilateral (*Grundsatz des beiderseitigen Gehörs*), garantia considerada atendida quando assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida.[6] De modo significativo, Pimenta Bueno nos seus célebres *Apontamentos sobre as Formalidades do Processo Civil*, embora preocupado em evitar o predomínio no processo da chicana, da duplicidade, do arbítrio e da injustiça, só se dedicou ao exame da citação inicial para a causa, invocando o direito das Ordenações, os praxistas e a qualidade de direito natural ao chamamento inicial para a causa, ato que acertadamente entendia incapaz de ser

3. A respeito, a obra fundamental de Alessandro Giuliani, *Il concetto de prova (contributo alla logica giuridica)*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 145-146, *passim*. Ver, ainda, do mesmo autor, *Logica del diritto (teoria dell'argomentanzione)*, in *Enciclopedia del Diritto, XXV*(1975)13:34. Instigante e por demais reveladora a admirável síntese de Nicola Picardi, *Processo Civile (dir. moderno)*, in *Enciclopedia del Diritto, XXXVI*(1987):101-118.

4. Sobre isso, Nicola Picardi, *Processo Civile (dir. moderno)*, cit, p. 110-117.

5. Cf., sobre o ponto, Nicola Picardi, *L'esame di coscienza del vecchio maestro*, in *Rivista di Diritto Processuale, XLI*(1986):536-543, esp. p. 542. Significativa evidência desse modo de ver o problema estampa-se no entendimento de Emilio Betti (*Diritto processuale civile*, 2. ed., Roma, 1936, p. 89, *apud* Picardi, ob. e loc. cits.), quando pondera que "a falta efetiva do contraditório não está exatamente em contraste lógico com o fim do processo, porque a atuação da lei, por meio de uma decisão justa, pode ser também obtida sem a cooperação das partes."

6. Assim, por exemplo, Robert Wynes Millar, *The formative principles*, cit., § 2º, p. 6. Não substancialmente diferente é a posição defendida por Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *A contrariedade na instrução criminal*, 1938, p. 110, *apud* José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 4. ed. revista, Rio de Janeiro, Forense, 1971, nº 311, p. 97 e nota 114, por muito tempo imperante no direito brasileiro, a definir o contraditório como mera ciência bilateral dos atos do processo e a possibilidade de contraditá-los.

suprimido, como princípio e fundamento do juízo.[7] Claro está que essa concepção acanhada encontrou terreno fértil no chamado processo liberal, dominante no século XIX, em que a filosofia do *laissez faire* destinava ao órgão judicial um papel puramente passivo, quase de mero árbitro do litígio, cuja principal função era apenas a de verificar e assegurar o atendimento às determinações formais do processo.

3. No transcurso do século XX, outros valores passaram a influenciar a conformação da garantia, especialmente a necessidade de um maior ativismo judicial, a ânsia de efetividade – a exigir mais do que a simples proclamação formal das garantias processuais – e a revitalização do caráter problemático do direito.

Realmente, a aspiração de se fazer a justiça mais acessível e efetiva revela-se como importante faceta da orientação que tem marcado os mais avançados sistemas legais de nosso século. Esse reclamo espelha-se de maneira bastante acentuada na maioria das Constituições do mundo ocidental, caracterizadas pelo esforço de integrar a tradicionais liberdades "individuais" – incluindo aquelas de natureza processual – com direitos e garantias de caráter "social", que em essência buscam não só torná-las acessíveis a todos como também assegurar uma real e não meramente formal igualdade das partes em face da lei e na sua atividade concreta processual.[8]

Tal modo de ver reflete-se, indiscutivelmente, no alcance do princípio do contraditório, pois obra com que este ultrapasse o momento inicial de contraposição à demanda e comece a constituir um atributo inerente a todos os momentos relevantes do processo. Determina, assim, uma mudança de sentido, que de modo nenhum pode ser ignorada, instando a que o princípio deixe de ser meramente formal, no intuito de atender aos *standards* necessários para o estabelecimento de um processo justo, para além de simples requisito técnico de caráter não essencial.

Esse novo enfoque, não por acaso, surge a partir dos anos cinqüenta deste século, momento em que amplamente se renovam os estudos da lógica jurídica[9] e se revitaliza, com novas roupagens e idéias, o sentido problemático do direito, precisamente quando – já prenunciando o pós-modernismo – mais agudos e prementes se tornavam os conflitos de valores e mais imprecisos e elásticos os conceitos.[10] Re-

7. José Pimenta Bueno, 3. ed., corrigida e aumentada por João de Sá e Albuquerque, Rio de Janeiro, Ribeiro dos Santos, 1911, p. 10, 121-122, *passim*.

8. Cf., a respeito, o ainda atual relatório geral de Mauro Cappelletti, in *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 661-773, esp. p. 726-727, 740, 744, 746, 751-752, *passim*.

9. Assim a obra de Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz (Ein Beitrag zur rechtswissenchaftlichen Grundgenforschung)*, cuja 1. edição data de 1953, de Giuliani, acima citada, e posteriormente de Chaïm Perelman (v.g., *Tratado da Argumentação (a nova retórica)*, em colaboração com Lucie Olberechts-Tyteca, trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo, Martins Fontes, 1996).

10. Por isso, já em 1973 observava Fritz Baur, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en République Fédérale d'Allemagne*, in *Fundamental Guarantees*, cit., p. 3-30, esp. p. 19, que "um sobrevôo da jurisprudência dos tribunais alemães, em particular do Tribunal constitucional federal, no que concerne ao direito de ser ouvido perante os tribunais, permite dizer que essa máxima ofereceu e sempre oferece a possibilidade de permitir a aplicação dos princípios de um processo leal e justo, matéria em que precisamente os códigos de processo são incompletos ou lacunosos."

cupera-se, assim, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo.

Ao mesmo tempo, nessa mesma linha de evolução, consentânea com a consciência do caráter público do processo, com a necessidade de uma solução mais eficiente e rápida do litígio, insere-se o valor da *efetividade*. O seu reflexo na extensão do contraditório é imediato e de largo espectro, porquanto encontra seu melhor instrumento técnico na possibilidade de concessão de medidas conservativas ou mesmo antecipatórias dos efeitos da futura sentença de mérito, antes do término normal do processo e até liminarmente, mesmo antes de ser ouvida a parte demandada sobre a pretensão exercida em juízo.

4. No tocante ao princípio da colaboração ou da cooperação, não se pode deixar de perceber que a extensão dos poderes do juiz vincula-se estreitamente à natureza e à função do processo civil e à maior ou menor eficiência desse instrumento na realização de seus objetivos. Verifica-se com clareza essa conseqüência ao se examinar, por exemplo, a concepção ínsita ao processo liberal. Esta, ainda não imbuída claramente do caráter público do processo, não só atribuía às partes amplos poderes para o início e fim do processo e o estabelecimento de seu objeto, como também sujeitava a exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento, assim como a própria instrução probatória, restringindo por via de conseqüência de maneira significativa os poderes do órgão judicial.[11] Como em outros campos da vida em sociedade, acreditava-se no livre jogo das forças sociais, conquistando corpo a idéia de que o próprio interesse da parte litigante no direito alegado constituiria eficaz catalisador para a mais rápida investigação da situação jurídica.[12]

Para o tema do presente ensaio, é importante ressaltar contudo que outra é, nos tempos atuais, a concepção dominante sobre a natureza e função do processo civil, principalmente porque a experiência desmentiu a crença na eficiência do trabalho desenvolvido somente pelos participantes do processo.[13] Basta pensar em que a aplicação do princípio dispositivo em sua concepção clássica, impondo exclusiva contribuição das partes no aporte ao processo do material fático, relativiza para além do desejável a apreciação da verdade pelo juiz, forçado-o a se contentar passivamen-

11. Sintomaticamente, Adolf Wach, *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, trad. de Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Ejea, 1958, p. 60-61, um dos mais representativos expoentes do processo civil do século XIX, época de completa aceitação deste modelo, principalmente em razão de ser então concebido o processo como instituição destinada à realização de direitos privados, acentuava produzir o domínio das partes sobre o objeto do litígio o domínio das partes sobre a relação de litígio, seu começo, continuação e conteúdo, justificando o princípio dispositivo exclusivamente pela falta de interesse do Estado no objeto da controvérsia!

12. Walther J. Habscheid, *Richtermacht oder Parteifreiheit — Über Entwicklungstendenzen des modernen Zivilprozessrechts*, in *Zeitschrift für Zivilprozess, 81*(1968):175-196, esp. p. 186-187.

13. Cf. a crítica do próprio Habscheid, *Richtermacht*, cit., p. 187.

te com a versão necessariamente parcializada trazida tão só pelos interessados.

Além disso, principalmente em função da tomada de consciência de que o juiz é também um agente político do Estado, portador do poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos estados ocidentais contemporâneos, inexistindo portanto razão para enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa,[14] coloca-se no tablado das discussões o problema fundamental da dimensão dos poderes de iniciativa do juiz e das partes.

Como confluência desses fatores, desponta como resultante da evolução social, política e cultural de nossa época, o incremento do ativismo judicial, já agora tornado "*chose faite*", e que realmente pode contribuir para mais acabada realização da tutela jurisdicional.[15] Semelhante cooperação, além disso, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual, mormente porque a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a nórma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. Entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista.

Exatamente em face dessa realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado.[16] A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fáctica da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples "objeto" de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da demo-

14. Cândido R. Dinamarco, *A instrumentalidade*, cit., p. 182.

15. Marcel Storme relatório sobre o ativismo judicial, oferecido no IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, realizado em Coimbra-Lisboa, de 25 a 31 de agosto de 1991, p. 484-486 dos anais, extrai da situação atual, em consonância com as perspectivas assinaladas no texto, as seguintes conclusões: a) declina o sistema inquisitorial de tipo socialista, enquanto aumenta de maneira contínua o poder do juiz (na direção do processo, no seu ordenamento e no domínio das provas); b) é confirmado, por quase todos os relatores nacionais, o crescimento do ativismo do juiz em seu sistema processual nacional, com manutenção do princípio dispositivo; c) verifica-se uma aproximação dos sistemas anglo-americano e europeu no domínio da "*richterliche Rechtsforbildung*" e o mesmo fenômeno ocorre no âmbito do processo; d) o ativismo do juiz exibe-se perfeitamente conciliável com o ativismo das partes, conscientes e cooperadoras.

16. "*É o diálogo que corrige continuamente a lógica e não a lógica que controla o diálogo*", assim se pronuncia, depois de tecer as considerações reproduzidas no texto, A. Arndt, *Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs*, p. 1297 e segs., 1301, *apud*, Nicolò Trocker, *Processo Civile e Costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 644-645; para outras referências bibliográficas, esp. p. 645, nota 9.

cracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição.

Essas considerações bem demostram não só o inafastável caráter dialético do processo atual como também um novo alcance do antigo brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*. Antes de nada, afigura-se algo arbitrário valorizar abstratamente a disquisição ou o juízo sobre o fato, como totalmente divorciados do juízo de direito. Não somente se exibe artificial a distinção entre fato e direito – porque no litígio fato e direito se interpenetram –, mas perde força sobretudo no tema ora em exame, em virtude da necessidade do fato na construção do direito e da correlativa indispensabilidade da regra jurídica para determinar a relevância do fato.[17]

Ademais, mostra-se evidente a relatividade da primeira parte do aforismo. A formação do material fáctico da causa deixou de constituir tarefa exclusiva das partes. Muito embora devam elas contribuir com os fatos essenciais, constitutivos da *causa petendi*, não se mostra recomendável proibir a apreciação dos fatos secundários pelo juiz, dos quais poderá, direta ou indiretamente, extrair a existência ou modo de ser do fato principal, seja porque constem dos autos, por serem notórios, ou pertencerem à experiência comum.[18] Por outro lado, conveniente se processe a apreciação dos fatos principais por iniciativa exclusiva do órgão judicial quando se refiram: a) a situação de direito público ou de ordem pública (assim, *v.g.*, a matéria concernente aos pressupostos processuais e às chamadas condições da ação); b) a fatos jurídicos extintivos e impeditivos, incompatíveis com a pretensão exercida (*v.g.*, pagamento, confusão etc.), salvo se representativos de verdadeira exceção em sentido substancial.[19] isto sem falar dos fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito, ca-

17. Assim também Marcel Storme, *L'activisme du juge*, cit., p. 430, ressaltando ainda estar ultrapassada a distinção entre fato e direito, especialmente no concernente à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes, inspirada no velho aforismo "*da mihi factum, dabo tibi ius*". Entre nós, Arruda Alvim, *Código de Processo Civil Comentado*, vol. V, São Paulo, RT, 1979, p. 267, reportando-se à obra de Castanheira Neves, considera como indiscutível tendência contemporânea a inviabilidade de distinção, pelo menos do ponto de vista ontológico ou intrínseco do problema, entre *fato* e direito, à luz das repercussões na ordem jurídica.

18. Importante assinalar que no direito brasileiro, como decorre do artigo 131 do CPC, o órgão judicial apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, "*ainda que não alegados pelas partes*", com o que o legislador manifestamente tomou partido pela possibilidade de o juiz, até de ofício, levar em consideração fatos secundários. A doutrina de modo geral conceitua como fatos secundários aqueles suscetíveis de ter em juízo alguma relevância, não como fatos constitutivos, extintivos ou impeditivos da relação ou do estado de *quo agitur* (fatos "principais" ou "jurídicos"), mas enquanto fatos dos quais, direta ou indiretamente, possa deduzir-se a existência ou inexistência ou o modo de ser dos fatos jurídicos. Cf., por todos, Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapare delle parti nel processo civile)*, 2ª. ed., Milano, Giuffrè,1974, vol. I, p. 340.

19. Cf. Mauro Cappelletti, *La testimonianza*, cit., vol. I, p. 343-350. Ainda a respeito do ponto, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, *O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti*, in *Ajuris*, *46*(1989):97-115. No mesmo sentido a doutrina francesa, a exemplo de Henry Motulsky, *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégations des faits*, in *Études et notes de procèdure civile*, Paris, Dalloz, 1973, p. 38-57, a colocar temperamentos ao princípio de que o juiz deva fundar sua decisão exclusivamente nos fatos regularmente introduzidos pelas partes.

pazes de influir no julgamento da lide, passíveis de consideração pelo juiz, conforme determinado pelo art. 462 do CPC, até de ofício no momento de proferir a sentença.

O mesmo sucede em relação ao aforismo *iura novit curia*, a impor ao juiz, na sua conceituação tradicional, conhecer o direito e investigá-lo de ofício, caso não o conheça, tornando-o também totalmente independente na sua aplicação dos pedidos e alegações das partes a respeito[20], permitindo-lhe extrair do material fático trazido pelas partes conclusões jurídicas não aportadas por elas aos autos.[21]

Todavia, nada obstante a liberdade desfrutada pelo órgão judicial nessa matéria, podem e devem as partes aportar a sua cooperação também quanto à valorização jurídica da realidade externa ao processo, investigação que hoje de modo nenhum pode constituir labuta exclusiva do órgão judicial.[22] Entendimento contrário significaria transformar o juiz numa máquina, pois, como já se ressaltou com agudeza, dentro de uma concepção puramente silogística diria às partes *date mihi factum* e às leis *date mihi jus* e, recebidos tais elementos, emitiria a decisão com mecânica indiferença, como um aparelho emissor de bilhetes a toda introdução de duas moedas.[23]

A expectativa de sucesso final na causa evidencia, na verdade, o interesse primordial da parte em dar conhecimento ao tribunal da norma jurídica a ser aplicada, segundo sua visão particular. O mesmo se passa em relação ao convencimento do órgão judicial, quanto à bondade da solução jurídica preconizada. E isto porque pode haver o risco, mesmo em se tratando de direito nacional, risco esse intensificado pela complexidade da vida moderna, de o juiz não "descobrir" a norma jurídica favorável ao litigante, ou de não a interpretar corretamente.[24] Aqui, a colaboração das partes com o juízo encontra sua razão de ser num plano mais amplo, na medida em que não importa apenas a investigação da norma aplicável ao caso concreto, mas estabelecer o seu conteúdo e alcance, evitando surpresas e as conseqüências negativas daí decorrentes para o exercício do direito de defesa e a tutela de outros valores como a concentração e celeridade do processo e a qualidade do pronunciamento judicial.[25]

Demais disso, inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apoie, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas do fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-as assim melhor defender seu direito e influenciar a decisão judicial.[26] Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem ao princípio do contraditório.[27] A hipótese não se exibe rara porque freqüentes os empecilhos enfrentados pelo operador do direito, nem sempre de fácil solução, dificuldade geralmente agravada pela posição necessariamente parcializada do litigante, a contribuir para empecer visão clara a respeito dos rumos futuros do processo. Aliás, a problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça.[28] O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.

Ora, o concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa, constitui dado que influi de maneira decisiva na própria extensão do princípio do contraditório. Basta pensar que essa colaboração só pode ser realmente eficaz se vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das idéias subministradas por cada um deles: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão.[29]

20. Cf., por todos, Leo Rosenberg, *Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozesse*, in *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, *49*(1925):38-73, esp. p. 38-39.

21. Este é o entendimento tradicional da doutrina alemã, expresso por Wolfgang Bernhardt, *Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess*, in *Beiträge zum Zivilprozessrecht — Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg*, München, Beck, 1949, p. 9-50, esp. p. 18. Alerta, porém, que abordada a questão pelo tribunal de ponto de vista jurídico diverso daquele suscitado pelas partes, cumpre-lhe, nos termos do § 139 da *ZPO*, informá-las a respeito evitando causar surpresa.

22. Assim, a intervenção do revel no processo, por exemplo, apesar do reconhecimento aí implicado da verdade dos fatos alegados pelo autor (CPC, artigo 322, 2ª parte), ocorre exatamente porque a revelia é restrita à matéria de fato, com abstração das questões de direito, em relação às quais permite-se à parte procurar persuadir o órgão julgador. Do *ius* fornecido pelos próprios litigantes, e não só pelo juiz, trata expressamente o artigo 300 do CPC, determinando competir ao réu, na contestação, a alegação de toda a matéria de defesa, "*expondo as razão de fato e de direito*". Na mesma linha, admitem-se alegações das partes sobre questões de fato e de direito (*v.g.*, artigo 454, § 3º, do CPC).

23. Guido Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, Cedam, 1937, nº 37, p. 108-109.

24. A respeito, as interessantes observações de Fritz Baur, *Da importância da dicção Iura Novit Curia*, in *Repro*, *3*(1976):169-177.

25. Cf., a respeito, Nicolò Trocker, *Processo Civile*, cit., p. 680-681.

26. Cf. Wolfgang Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts (Eine vergleichende Dastellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG)*, 2. ed., Bielefeld, Gieseking, 1974, § 25, III, p. 232-234. Aliás, em atenção a esses conceitos, amplamente pacificados na doutrina e na jurisprudência da então Alemanha Federal, quando da reforma processual de 1977 foi incorporado ao seu direito positivo o § 278, II, da Ordenança Processual Civil (*ZPO*), a seguir reproduzido em tradução livre: "*O juiz só pode apoiar sua decisão em um aspecto jurídico considerado insignificante pela parte, ou que lhe tenha passado desapercebido, se lhe tiver dado oportunidade de manifestar-se a respeito, salvo quando se tratar de uma questão meramente acessória.*"

27. Veja-se, ainda aqui, Eduardo Grasso, *La Collaborazione nel Processo Civile*, in *Rivista di Diritto Processuale*, *XXI*(1966):580:609, esp. p. 605.

28. Cf. a certeira ponderação de Nicolò Trocker, *Processo Civile*, cit., p. 669.

29. Assim, Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, cit, esp. p. 587. Nesse ensaio, a idéia de colaboração é largamente desenvolvida com vistas a que o processo, ultrapassando o simples escopo da paz jurídica, seja também inspirado pela busca da verdade e da justiça, só alcançável mediante a colaboração entre as partes e o juiz.

Dentro dessas coordenadas, o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes.[30] Por isso, para que seja atendido esse mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial. O mesmo se diga no concernente à formação do juízo de direito, nada obstante decorra dos poderes de ofício do órgão judicial ou por imposição da regra *iura novit curia*, pois a parte não pode ser surpreendida por um novo enfoque jurídico de caráter essencial tomado como fundamento da decisão, sem ouvida dos contraditores.[31]

5. Mas assim como a necessidade de cooperação das partes com o juiz e deste com as partes passou a intensificar a necessidade do contraditório, a alargar o seu alcance, um movimento não menos poderoso, dando relevo ao valor da efetividade, tende a fazê-lo diminuir.

A efetividade não tem só assento no sadio intento de tornar mais prestadio, mais rápido e eficaz o instrumento processual. O movimento nessa direção também se agiganta – e parece ser esta uma causa nada desprezível – em razão das notórias deficiências da administração da Justiça brasileira, agoniada cada vez mais pela intensificação dos litígios, após o processo de redemocratização iniciado com a promulgação da Constituição de 1988.

30. Ver a respeito, no plano doutrinário, por exemplo, Vittorio Denti, *Questioni rilevabili d'ufficio e contradditorio*, in *Rivista di Diritto Processuale*, *XXIII*(1968):217-231, esp. p. 224. Mais recentemente, conferir as interessantes observações de Baldassore Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica (un approccio ermeneutico)*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 220-251.

31. Nesse sentido, de modo expresso, v.g., o § 278, III, da Ordenança Processual alemã, citado anteriormente, o art. 183, alínea 3, do Código de Processo Civil italiano (com a redação da Lei nº 353, de 126.11.1990) e o art. 16 do Novo Código de Processo Civil francês. Referência especial merece a reforma recentemente introduzida no Código de Processo Civil português, em conseqüência dos Decretos-leis nºs 329-A, de 12.12.1995, e 180, de 25.9.1996, em que se afirmam como princípios fundamentais, estruturantes de todo o processo civil, os princípios do contraditório, da igualdade das partes e da cooperação. Como dimensão do princípio do contraditório, prescreve-se envolver a proibição de prolação de decisões surpresa, não sendo lícito aos tribunais decidir questões de fato ou de direito, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que previamente haja sido facultada às partes a possibilidade de sobre elas se pronunciarem (CPC português, art. 3º, nº 3). Essa era, por sinal, a posição predominante na jurisprudência e doutrina européias, mesmo antes da edição de regras expressas a respeito, por exclusiva aplicação da garantia do contraditório assegurada no plano constitucional. Significativa, v.g., a decisão nº 6 de 18.6.1957 do Tribunal Constitucional Federal alemão, *apud* Walter Zeiss, *Zivilprozessrecht*, 7. ed., Tübingen, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1989, p. 75. Interessante é a norma contida no art. 184 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a impor prévia discussão com as partes das preliminares suscitadas durante o julgamento. O 2º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS de maneira inovadora deu por infringido o princípio em caso em que o órgão judicial surpreendeu a parte, sem ouvi-la previamente, em questão de fato fundamental para a decisão (Ação Rescisória 595132226, j. em 10.5.1996, redator designado Des. José Maria Rosa Tesheiner, com substancioso voto de vista do Des. Araken de Assis, *Revista Forense*, *338*(abr.mai.jun/1997):301-309).

Dentro desse quadro atuam como reagentes a permanência do entulho legislativo autoritário, as dificuldades de ordem econômica, política e social por que atravessa a Nação, os anseios de grande parcela da população, a recorrer em desespero ao Judiciário para solução de conflitos agudos, que normalmente deveriam ser resolvidos pelos demais órgãos do Estado, as contradições cada vez maiores entre a velha ordem e as idéias neoliberais, intensificadas pela fenômeno da globalização, pregando a redução do aparelho estatal, mesmo a preço de afrontas ao direito adquirido de grandes parcelas da população brasileira. Certamente, tudo isso colabora para o descrédito da Jurisdição e acarreta a demora excessiva do processo, fazendo com que se forme um caldo de cultura propício à quebra do contraditório, estimulando as liminares conservativas ou antecipatórias, correndo-se o risco de que a tutela de urgência passe a ser a Justiça *tout court*.

Nessa matéria, ainda mais ressalta o princípio geral da adaptação, de tal modo que só se poderá adiar o contraditório para um momento posterior na justa medida em que o provimento judicial, emitido *inaudita altera parte*, seja idôneo para atingir a finalidade a que se propõe a lei e em consonância com os pressupostos nela estabelecidos. Essa idoneidade decorre principalmente da proporcionalidade entre o prejuízo processual causado pela inobservância do princípio e o provável prejuízo que a outra parte poderá sofrer sem o deferimento da cautela ou da tutela cuja antecipação se pretende, condicionada ainda à provável existência do direito afirmado.

Assim, quanto mais funda for a intervenção da ordem judicial no patrimônio jurídico do demandado – como ocorre na antecipação do efeito executivo ou mandamental para a prevenção do dano –, mais acurado deve ser o exame dos pressupostos para a concessão da providência não precedida de prévio contraditório. Não por outra razão, a lei brasileira reclama nessa hipótese prova robusta dos pressupostos, insta a que se não conceda a antecipação se houver perigo de o provimento antecipado provocar situação fática irreversível e insiste em que a decisão do juiz a tal respeito deva conter de modo claro e preciso as razões de seu convencimento (CPC, art. 273 e respectivos §§ 1º e 2º).

Quando a urgência não se revele com todas as galas da evidência, quando o direito alegado não for suficientemente evidente e débil se apresente a prova trazida pelo requerente da antecipação e principalmente não houver perigo a prevenir, a postergação do contraditório não estará autorizada, ilação que naturalmente não desautoriza o deferimento da antecipação em momento posterior, se surgirem elementos novos para tanto. Somente com o atendimento desses requisitos, insista-se, tanto de natureza formal quanto material, pode se dar interferência no princípio do contraditório. Além disso, o rigorismo aqui preconizado tem assento em considerações de ordem prática, pois a experiência brasileira mostra que a liminar tende a se perpetuar pela lei da inércia, passando de regulação provisória a regulação definitiva da lide. Por outro lado, o contraditório imediato possibilitado pelo emprego do agravo de instrumento, embora permita a imediata revisão do provimento cautelar ou antecipatório por tribunal de segundo grau, também por

provimento liminar, age por meio de juízo de aparência, sem tempo suficiente de maturação. Trata-se, portanto, de um contraditório imediato, mas de certa forma mitigado em razão dessas circunstâncias.

Conquanto se possa afirmar *a priori* tenha o legislador estabelecido uma relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica[32], mesmo assim hipóteses haverá em que o juiz haverá de ponderar, em face das circunstâncias específicas do caso concreto, a melhor maneira de harmonizar eventualmente o conflito axiológico entre a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXVI, da Constituição) e a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição). Pense-se, por exemplo, na hipótese de não ser concedida ordem liminar pela possibilidade de causar um dano irreversível na situação fática de interesse do demandado e a sua vez o requerente da providência corresse o risco de padecer um dano de natureza irreversível. Aí o conflito axiológico imporia uma minudente ponderação das circunstâncias do caso concreto, de molde a permitir, estando presente o pressuposto da aparência do direito, o sacrifício do direito improvável no altar do direito provável. Nem se argumente com a restrição contida no art. 273, § 2º, do CPC, porque o poder do legislador infraconstitucional não chega ao ponto de pretender interferir em direitos fundamentais, reduzindo ou enfraquecendo algum em detrimento de outro. O conflito, por isso mesmo, só pode ser equacionado pela aplicação do princípio da proporcionalidade, que consiste em assegurar a eficácia dos direitos e em dar proteção aos interesses daí decorrentes, mediante a técnica da ponderação dos valores e o equilíbrio dos interesses em jogo no caso concreto.[33] E um elemento decisivo, sem dúvida, nesse contexto, é a prevalência do direito provável.

6. Está longe de terminar a dissonância entre o fortalecimento do contraditório pela cooperação e o seu enfraquecimento determinado pela urgência.

Numa época em que não se pode mais aspirar a certezas, impõe-se perseverar em busca do ponto de equilíbrio, porque tanto a colaboração dos sujeitos do processo quanto a efetividade mostram-se realmente importantes para que o Poder Judiciário melhor se legitime junto à sociedade civil. O verdadeiro equacionamento do problema só começará a surgir com a radical transformação da sociedade brasileira, quando forem superadas as causas materiais mais profundas que determinam a demora irrazoável e exasperante da duração do processo e se obtiver prestação jurisdicional de qualidade. Esse é o grande desafio do novo milênio.

Bibliografia

Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1997.

32. Cf., Teori Albino Zavascki no excelente ensaio intitulado *Antecipação de Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais*, in *Ajuris*, 64(jul./95):395-417, esp. p. 402.

33. A respeito do princípio da proporcionalidade são valiosas, embora desenvolvidas na perspectiva do processo penal, as considerações de Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid, Colex, 1990, *passim*.

Arangio-Ruiz, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*, 9. ed., Napoli, Jovene, 1947.

Arruda Alvim Netto, José Manoel. *Código de Processo Civil Comentado*, vol. V, São Paulo, RT, 1979.

Baur, Fritz. *Da importância da dicção Iura Novit Curia*, in *Revista de Processo*, 3(1976):169-177.

_____. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en République Fédérale d'Allemagne*, in *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings*, Milano, Giuffrè, 1973.

Bernhardt, Wolfgang. *Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess*, in *Beiträge zum Zivilprozessrecht — Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg*, München, Beck, 1949.

Calogero, Guido. *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, Cedam, 1937.

Cappelletti, Mauro. Relatório geral, in *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings*, Milano, Giuffrè, 1973.

_____.*La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapare delle parti nel processo civile)*, 2ª. ed., Milano, Giuffrè,1974.

Dall'Agnol Júnior, Antonio Janyr. *O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti*, in *Ajuris*, 46(1989):97-115.

Denti, Vittorio. *Questioni rilevabili d'ufficio e contradditorio*, in *Rivista di Diritto Processuale*, XXIII(1968):217-231.

Dinamarco, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*, 2. ed., São Paulo, RT, 1990.

Giuliani, Alessandro. *Il concetto de prova (contributo alla logica giuridica)*, Milano, Giuffrè, 1961.

_____.*Logica del diritto (teoria dell'argomentazio-ne)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXV(1975):13-34.

Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid, Colex, 1990.

Grasso, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*, in *Rivista di Diritto Processuale*, XXI(1966):580-609.

Grunsky, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts (Eine vergleichende Dastellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG)*, 2. ed., Bielefeld, Gieseking, 1974.

Habscheid, Walther J. *Richtermacht oder Parteifreiheit — Über Entwicklungstendenzen des modernen Zivilprozessrechts*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 81(1968):175-196, esp. p. 186-187.

Marques, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 4. ed. revista, Rio de Janeiro, Forense, 1971.

Millar, Robert Wynes. *The formative principles of civil procedure*, in *A History of Continental Civil Procedure*, Arthur Engelman et al., 1927, reprinted por Augustus M. Kelley, New York, 1969.

Motulsky, Henry.*Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégations des faits*, in *Études et notes de procèdure civile*, Paris, Dalloz, 1973.

Pastore, Baldassore. *Giudizio, prova, ragion pratica (un approccio ermeneutico)*, Milano, Giuffrè, 1996.

Picardi, Nicola. *L'esame di coscienza del vecchio maestro*, in *Rivista di Diritto Processuale*, *XLI*(1986):536-543.

_____.*Processo Civile (dir. moderno)*, in *Enciclopedia del Diritto*, *XXXVI*(1987):101-118.

Pimenta Bueno, José, *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*, 3. ed., corrigida e aumentada por João de Sá e Albuquerque, Rio de Janeiro, Ribeiro dos Santos, 1911.

Rosenberg, Leo. *Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozesse*, in *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, 49(1925):38-73.

Storme, Marcel. Relatório sobre o ativismo judicial, oferecido no IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, realizado em Coimbra-Lisboa, de 25 a 31 de agosto de 1991.

Trocker, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)*, presentazione di Gian Antonio Micheli, Milano, Giuffrè, 1974.

Wach, Adolf. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, trad. de Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Ejea, 1958.

Wenger, Leopold. *Institutionem des römischen Zivilprozessrechts*, München, Max Hueber, 1925.

Zavascki, Teori Albino. *Antecipação de Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais*, in *Ajuris*, 64(jul./95):395-417.

Zeiss, Walter. *Zivilprozessrecht*, 7. ed., Tübingen, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1989.

Posmodernidad Juridica

El Análisis Contextual del Derecho como contracorriente a la abstracción jurídica.*

Carlos Alberto Ghersi

Abogado – Doctor en jurisprudencia – Profesor titular de Derecho Civil I y II de la Facultad de Derecho de la Universidad del Salvador – Profesor adjunto ordinario de Derecho civil I, II y III de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires – Conferencista – Autor de varias obras y otras publicaciones de Derecho Civil y Comercial – Presidente de la Comisión de Derecho Civil de la Asociación de Abogados de Buenos Aires

SUMÁRIO

1 – Introducción.
2 – El derecho como fenómeno social.
3 – El derecho y el contexto.
4 – Las herramientas contextuales.
5 – Nuestras conclusiones a modo de aproximación al estudio, reflexión y transmisión del derecho epistemológicamente.

1. Introducción

La posmodernidad es la contradicción[1] entre el reconocimiento formal de los derechos individuales del hombre y la negación de los derechos fundamentales del Ser humano. Esta compleja dialéctica entre poder y saber, parece actuar como si las reglas básicas del capitalismo globalizado no existieran o las relaciones de estamentos económicos no cuentan[2].

Las humillantes condiciones en que miles de seres humanos sobreviven, sin la perspectiva de un futuro generacional, son la expresión que el posmodernismo oculta tras un muro de contensión (como el viejo muro de Berlín) silencioso, representado por las Constituciones, Códigos, Normas, que exaltan la **construcción del subjetivismo jurídico.**

1. Consul. Ghersi, Carlos A. Posmodernidad jurídica. Ed. Gowa. Bs. As. 1995; Ramos Nuñez, Carlos. Codificación, tecnología y posmodernidad. La muerte de un paradigma. Ed. ARA. Editores Lima 1996; Trazegnies Granado, Fernando. Posmodernidad y derecho. Ed. ARA. Editores Lima 1996.
2. Fitousci, J. Paul. El debate prohibido. Moneda, Europa, pobreza Pág. 39 "Modelos económicos se hallan en permanente mutación, en restructuración contínua, bajo los efectos del progreso técnico y de la evolución del comercio internacional" Ed. Paidós. Barcelona.1996.

El individuo es reconocido, se predican sobre él cientos de derechos y se intenta mostrarlo como el arquitecto de su destino, liberado de las interferencias del Estado, la supremacía formal del "yo"[3].

Como señala a nuestro modo de ver con acierto- Gastón Bachelardhay una diferencia esencial entre la **epistemología** y la **metodología abstracta**, para la lógica de la investigación, pues aquella consustancia el saber con la reflexión, nacida de las verdades próximas de todas las ciencias y la última en cambio **sincretisa** el saber, presentándolo como unidireccional y autosuficiente.

Si bien no pensamos que exclusivamente el **método** -entendido éste como sistema de constumbres intelectuales- pueda estar por sobre el **contenido** de lo investigado, sin duda ayuda a realizarlo y mostrarlo de allí que la elección de aquel implique optar por una **forma** de investigar y presentar las conclusiones, por quienes tenemos la obligación de transmitir una disciplina. Entonces hay sin duda una estrecha relación entre lo investigado, la metodología lógica del cómo se reflexionó y el discurso de su presentación y transmisión.

La posmodernidad, utiliza la **lógica de la abtracción** como proceso y resultado investigativo -fenómeno cíclico recursivo, que ya se dio en los inicios de la modernidad[4] presentando al derecho desde ese **discurso**. El liberal y el neoliberal, sin duda en este sentido poseen un hilo común en el discurso: la abstracción.

El **derecho** aparece así , como una cuestión de fin en sí mismo y los **derechos** son regados por la faz de la tierra como devolviéndole al hombre algo que durante el final de la modernidad se le había arrebatado por el Estado: la exaltación de la individualidad, entonces reemplaza la socialización de los derechos.

Se evita la reflexión epistemológica tratando de exparcir conceptos separados discontinuos diría Foucault[5] aislados del **contexto**, es más, diríamos nosotros, **arrancados** de sus incidencias y condicionamientos, para ello baste un ejemplo: se presenta el derecho al trabajo como inalienable para el ser humano, así se exalta en las Constituciones y tratados internacionales sin embargo no se alfabetiza, o culturiza tecnológicamente a los niños y jóvenes, cuando sabemos que el mercado laboral distribuye en función al **saber**[6]. Volveremos sobre estos aspectos.

3. Lipovetsky, Gilles. La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo. Pág. 7 "El ideal moderno de la subordinación de lo individual a las reglas colectivas ha sido pulverizado, el proceso de personalización ha sido promovido y encarado un valor fundamental la realización personal, el respeto a la singularidad subjetiva, a la personalidad incomparable". Ed. Anagrama. Barcelona 1993.
4. Soboul, Albet. La Francia de Napoleón. Pág. 13 "El Código Civil constituía finalmente la dominación de la burguesa, el hombre tiene ciertamente todos los derechos, pero sólo puede realizar algunos, en función de los medios que dispone". Ed. Crítica. Barcelona 1992.
5. Teran, Oscar. Michel Fouscault. Discurso, poder y subjetivismo. Pág. 117. Ed. El cielo por Asalto. Bs. As. 1995.
6. Gentilli, Pablo y otros. Cultura, política y currículo. Ensayos sobre la crisis de la escuela pública. Pág. 43 "La educación constituye un proceso que se configura como tal en un núcleo de relaciones de poder que actúan dentro de una lógica reproductiva de carácter diferencial donde son impuestas y resistidas determinadas formas teóricas de dominación".

Sartre[7] nos enseñaba que el fenómeno es lo que se manifiesta y la ontología será la descripción del fenómeno, sin embargo, sigue diciendo el maestro, ese fenómeno es, el **no fenómeno**, pues en realidad, es el conjunto de observaciones o sensibilidades de aquel, pero en manera alguna aparece ante nuestros sentidos **el fundamento trasfenoménico**, el **ser del fenómeno.**

En el análisis abstracto del derecho pasa algo similar, la ontología jurídica nos muestra la **superficie del derecho**, pero como decía Husserl: "hay que ir mas allá del fenómeno, hay que llegar a su esencia" o como en otro sentido lo señalaba Heidegger "la realidad humana siempre trasciende al fenómeno".

Foucault, en la Verdad y las formas jurídicas, precisa que el constructivismo jurídico **presenta la verdad** , pero nunca la **historiainterna de la verdad**; la **construcción histórica de la verdad** oculta la **historia de las ideas, los tiempos y los contextos.**

Quisimos de alguna manera traer estos tres ejemplos para mostrar que el **discurso formal y abstracto** del constructivismo jurídico posmoderno[8], oculta las **prácticas sociales** como dirían los alemanes de control, vigilancia, dominio del sujeto y precisamente es nuestra intención **correr el velo**, para mostrar que la enseñanza del derecho y el derecho mismo, debe partir y debatirse desde un conocimiento **contextual**, donde la historia, ideología, sociología, economía, el discurso, la linguística, etc, permitan reelaborar una teoría del **sujeto y del derecho** como núcleos centrales en la búsqueda de la justicia y de la historia de las ideas.

Entonces presentar **el derecho** en la **estructura sistemática del contexto**[9] y analizarlo desde una base epistoemológica que comprende **niveles superpuestos**, permite inscribir al derecho y a la enseñanza del mismo, en un dispositivo teórico y pragmático de **conceptos esenciales**, que Althusser[10] denominó **índice de eficacia**, es decir representar al derecho como un fenómeno de la **sociedad** y hacerlo desde **espacios del saber distintos**, como referentes reflexivos.

En suma, comprender que el derecho está **dentro** y no fuera del **fenómeno social**[11] y éste como tal, no sólo es complejo, sino contradictorio, es sólo una parte de nuestra propuesta, la otra, es evitar que la **dogmática de la abstracción** de esta posmodernidad, lo presente o pretenda mostrarlo – como dice Habermas – **a**

7. Sartre, Jean Paul. El ser y la nada. Pág. 18. Ed. Altaya. Barcelona 1997.
8. Consult. Martinez García, Jesús Ignacio. La imaginación jurídica. Ed. Debate. Madrid 1992; Novoa Montreal, Eduardo. Elementos para una crítica y demistificación del derecho. Ed. Edías. Bs. As. 1985 y Tarello, Giovani, Cultura Jurídica y política del derecho. Ed. F.C.E. México 1995.
9. Reconocernos como antecedente del análisis hegeliano-maxista de la estructura y la superestructura, pero nos apartamos de ella, al ampliar la base de estudio al conjunto de ciencias y el entrecruzamiento de discursos.
10. Consult. Althusser, Louis. Ideología y aparatos ideológicos del Estado. Freud y Lacan. Nueva Visión. Teoría e investigación en las ciencias del hombre. Ed. Nueva Visión. S.A. Bs. As. 1992.
11. Consult. Hicks, Y. R. La estructura Social. Ed. F.C.E. Madrid 1975.

espaldas al hombre, como erudita ilustración, que podríamos compararlo con la "magistra vitae" de la historia narrativa. (Koselleck)[12].

2. El derecho como fenómeno social

La razón por la cual se analiza el derecho exclusivamente através de la normativa, es una **lógica** que evita explicar el **orígen** como situación de la historeografía; sus **términos** como hijos de la linguís-tica y el discurso; al **poder emanado de la norma** como producto de la ideología o economía o economiciad de su eficiacia, etc. e incluso omite explicitar el **conflicto social** [13], al cual previene o aplica su solución.

La noción de **condicionantes estructurales y sistemáticos**, es de suma trascendencia, pues son las **propiedades esenciales** de cualquier hecho social, el derecho como expresión de **poder** (en la medida queprevine y soluciona el conflicto) implica la manifestación de **roles** en la comunidad organizada y esto es, nada menos, pero nada más,que un **hecho social.**

Definir la frontera de una ciencia, es limitar la investigación, es no permitir la consutanciación o entrecruzamiento de los saberes, lo **social** es un todo inescindible ,pues apunta a la humanidad en comunidad, aún parcializada en Estados o globalizada en un mundo y esto último a estos efectos es sólo circunstancial, aún cuando determinante en muchos otros aspectos.

Lo social es la conjunción de las distintas disciplinas, son mas bien los distintos aspectos de un **hombre** y su **otro,** que se encuentran**adentro** de la estructura y del sistema.

Presentar al derecho como un aspecto de lo social, es establecerla estrecha conexión del hombre en su rol jurídico y su contexto, es comprometerlo con el **otro** solidariamente y no aislarlo como expresión máxima de su derecho individual, como se pretende en esta posmodernidad.

Es por ello que debemos presentar a todas esas disciplinas como las **ciencias de la sociedad,** como afirmaba Hicks[14], para permitir estudiar científicamente al hecho social como conducta humana de roles, son **zonas analíticas del conocimiento humano**, pero finalmente es un todo enescindible, es la sociedad humana misma.

Entonces vemos que la caracterización que pretendemos apunta a penetrar a las **formas** y desordenar el conocimiento, para recobrarla capacidad de analizar **las condiciones necesarias y suficientes,** la **dimensión trasfenoménica de los sujetos** (Sartre) o lo que está **debajo de la superficie** (Foucault) o el posicionamiento de él o de los sujetos frente

12. Consult. Koselleck, Reinhart. Historia magistra Vitae. Ed. Zukunft. Francfurt. 1979.

13. Consult. Mack, R. y Sxyder, R. El análisis del Conflicto Social. Pág. 37. "Las tensiones interinstitucionales, en el caso de instituciones políticas, religiosas y jurídicas de un Estado, pueden crear conflictos intrapersonales y/o conflictos intergrupales". Ed. Nueva Visión S.A. Bs. As. 1974.

14. Hicks, J.R. La estructura Social. Pág. 11. "Las decisión de las ciencias en ciencias es nada más que un asunto de conveniencia, pues no puede definirse la frontera de una ciencia.

al derecho, que pretendedemos mostrarlo como herramienta para el acceso a la justicia y la dignidad humana y no como fin en sí mismo, abtracto e inalcanzable.

La **igualdad** y la **libertad** no pueden estar en las normas, como monumentos pétreos, deben estar en las **prácticas cotidianas del derecho;** en un sistema económico que todo lo comercializa, el **trabajo** no es parte de un estatuto, es una condición necesaria de supervivencia, entonces, el jurista no puede explicar el plexo normativo, debe denunciar su inaplicabilidad social y ello es porque el derecho es un **hecho social** y no una abtracción de intelectuales en una facultad.

3. El derecho y el contexto

Dícese por **contexto** que es aquello "entorno linguístico del cual depende el **sentido y valor** de una palabra, frase o fragmento considerado, **lo político, histórico, cultural o de cualquier otra índole,** en el cual se considera un hecho" (el subrrayado es nuestro).[15]

Tomemos un ejemplo para empezar a transitar por la idea: hay una palabra que está en todos los textos constitucionales y códigos del mundo: **igualdad**, que en la dogmática posmoderna es la exaltación de posibilidad de concurrencia en un mercado, donde el Estado no debe intervenir para no interferir y lograr así la distribución perfecta.

Igualdad es, o pareciera ser, que declamar que el derecho desde la norma no hace distinciones, ni diferencias, es tal vez, la **clonación** más antigua del universo.

Igualdad, se dice, es someterse al rigor de la ley, es hacernos asumir la vida en disciplinamiento o pretender ser semejante al otro.

El dogmático abstrae el concepto y lo eleva, lo jerarquiza, lo atribuye a cada individuo**, sin coeficiente de adversidad** – como decía Althusser – como insertando esa igualdad en un determinismo sin límites.

Pero puede **construirse** la igualdad desde una norma?

Ello es imposiblle no podemos negar que existe la raza, la herencia, las circunstancias individuales y sociales, la historeografía, los discursos?

Heidegger al referirse a estas circuntancias los mencionaba como los **existentes brutos,** que pueden limitar nuestra igualdad, pues ella esta inmersa en un marco donde aparecen **realidades y relatividades sociales**[16]**.**

Allí está la diferencia: **la abstracción,** es la lógica del concepto y la atribución individualista del derecho como **fin.**

Nosotros pretendemos al derecho como **herramienta** y dado en un contexto, para presentarlo como resultado de condicionantes, de cambios profundos que acaecen en el seno de la sociedad y que alteran los contenidos en el equilibrio de los que detentan poder y el no poder[17].

Presentar a la **igualdad** desde la historeografía, ideología, política, liguística,

15. Diccionario de la lengua española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. Madrid 1992.

16. Consult. Fitoussi, Jean P. y Rosanvallon, Pierre. La nueva era de las desigualdades. Ed. Manantial. Bs. As. 1997.

17. Consult. Galbrath, Jhon K. La anatomía del poder. Ed. Plaza James. S. A. Madrid. 1985.

el discurso, la sociología, economía, es recrear su esencia y delimitar su praxis, es en definitiva establecer su **campo relacional**[18].

La posmodernidad pretende abstraerse de todo campo relacional la posmodernidad pretende exaltar al individuo, el mercado y/o saber y allí la igualdad resulta fiticia, meramente declarativa, nosotros diríamos aberrante, que injuria la dignidad humana.

El Estado como creación social, pierde su legitimidad, pues el Estado existe **solo en sus efectos**[19] (Heller) y éstos, son la omisión posmodernista que permite la omnipotencia del mercado, saber e individualismo, exactamente la pérdida de lo **relacional / social.**

Precisamente **posicionar** la igualdad como "**derecho**" **a** y contextuarla para mostrar sus límites, es posibilitar una rectificaciónen el campo de lo relacional o lo que Hartmann denominó **trasformar las tendencias sociales en formas jurídicas.**

El derecho no sólo **debe ser,** sino también **revertir** cuando las realidades importen una ordenación tipificante de corrimientos **hacia afuera**[20], pues la pérdida de inclusión, es un significante trascendente para el ser humano.

4. Las herramientas contextuales.

Pensamos que a partir de **involucrar** el derecho con los saberes que están en lo social, mostramos aspectos de las normas que las sumergen en un mundo de contradicciones y de causalismos[21]; la contextuación enfrenta así a la abstracción individualista posmoderna, es la corriente de reacción o su contratandencia.

Esa constextuación se logra a nuestro modo de pensar, recostruyendo en los **entornos** del derecho, así por ejemplo su historeografía y en este sentido podemos señalar la contradicción dialéctica entre el final de la modernidad y el principio de la posmodernidad[22].

El Estado de Bienestar[23] fundamentalmente operó sobre el derecho

18. Foucalt, Michel, Historia de la Sexualidad. Tomo I. Pág. 41. "Es una relación mutua en la que el poder genera producciones o exclusiones, pero los socialmente excluídos también generan legitimidad, organización, valores, pero su accionar incluyente y transformador". Ed. Siglo XXI. México 1990.

19. Heller, Hernán. Teoría del Estado. Pág. 217 y sgtes. Ed. F.C.E México 1992.

20. Villarreal, Juan. La exclusión social. Pág. 44. "Se trata de un cambio radical en la concepción de las luchas sociales, del conflicto básicamente socioeconómico al de base sociocultural. De la lucha de los de abajo a la de los de afuera, del objetivo del ascenso social al de la inclusión sociocultural". Ed. Norma Bs. As. 1996.

21. Bordieu, Pierre y otros. El oficio de sociólogo. Pág. 20. "Más precisamente interesarse en las relaciones intemporales, entre los enunciados abstractos y los procesos por los cuales cada proposición fue establecido, supone la colaboración de las diversas ciencias con quienes están inmersos en las peripecias inseguras del trabajo científico desplazando así el desarrollo de la entrega entre bastidores para llevarla a escena". Ed. Siglo XXI. México 1995.

22. Consult. Haberman, Jurgen. Más allá del Estado Nacional. Ed. Trotta. Valladolid. 1997; Jameson, Fredic, Ensayos sobre el posmodernismo. Ed. Imago Mundi. Bs. As. 1991; Giddens, Anthony. Consecuencias de la Modernidad. Ed. Alianza. Madrid 1993; Benedicto J. y Reinares F. y otros. Las transformaciones en la político. Ed. Alianza. Madrid. 1992; Morgues Filho, Agostinho y otros. Directo e neoliberalismo. Elementoss para una Leitura interdisciplinar. Ed. EDIBEJ. Curitiba 1996.

23. Offe, Claus. Contradicciones del Estado de Bienestar. Pág.16. El Estado como garante de la prosperidad y los derechos de la ciudadanía en el marco de una sociedad más justa e igualitaria". Ed. Alianza. México 1991.

para **socializar su contenido**, logró que la educación, la salud, el trabajo – entre otros – constituyeran un **campo relacional** entre Estado, empresas, sindicatos y trabajadores, posibilitando así una **redistribución** de riqueza y saber, que sin duda operó sobre el derecho real al progreso y la calidad de vida.

El constitucionalismo social, la doctrina social de la Iglesia y el socialismo utópico, generaron corrientes de pensamiento o historia de las ideas, que fueron determinantes en la conformación estructural y sistemática del derecho, como **herramienta** de acceso a la justicia y la equidad.

Hoy la historeografía nos muestra la globalización, el retiro del Estado, la pérdida de la soberanía frente a los organismos del capital internacional y la exaltación del individualismo como consecuencia de aquello resulta que el saber domina privilegiando a unos pocos y la marginando a miles.

La educación y la salud son propuestas diferenciadas que comienzan a marcar desigualdades y trasferirlas generacionalmente.

Hoy la historia de las ideas pasan por Druckes, Tolffer y Fucuyama y su pensamiento común se puede resumir en una frase del primero de los autores citados: "hoy un hombre nuevo vuelve a verse como existencial mas que como meta social. El final de la fe en la salvación de la sociedad sin duda señala un giro hacia lo íntimo. Hace hincapié de nuevo en el individuo, la persona; puede inclusive llevar, por lo menos esperémoslo, aún retorno de la responsabilidad individual".[24]

Se puede prescindir de la historeografía o de la historia de la ideas pra explicar el cambio modernidad-posmodernidad?

Incursionemos en otro aspecto del contexto: la ideología, pero no como fin en sí mismo, sino precisamente como herramienta de análisis.

Dice Althusser "la ideología es una representación imaginaria de los individuos con sus condiciones reales de existencia"[25], es una ilusión/alusión.

Como podemos explicar la **libertad** sino es desde la ideología; ser libres es sin duda imaginar un futuro presente y generacional, es vislumbrar la educación de nuestros hijos y la de los otros; es imaginar la hermandad latinoamericana; la libre circulación de personas y riquezas en nuestro MERCOSUR; es como deca ese loco de John Lennon "imagine ...o como "ess" negro de Luther King "Tengo un sueño..."

Sin embargo la ideología también es aludir a las condiciones reales de existencia, donde vive y convive esa ilusión. Es mostrar el fraccionamiento social de la posmodernidad; es decir con fuerza y convicción que se ha instaurado la sociedad

24. Drucker, Pete. F. La sociedad poscapitalista. Ed. Sudamericana. Bs. As. 1992.

25. Althusser, Louis. Ideología y aparatos ideológicos de Estado. Freud y Lacan. Pág. 43. Ed. Nueva Visión. Bs. As. 1992.

global para que el capital circule libremente; es mostrar que se ha instalado la sociedad de dos velocidades, los incluídos y los excluídos[26] y esto sin duda es polémico, molesto y obliga a pensar, eso no le gusta a los dogmáticos, pero eso es precisamente la ideología: contradicción y reflexión.

Se puede explicar el derecho sin acudir a la ideología ?

Pierre Bourdieu, alude al campo de la sociología y dice "la investigación empírica no compromete el conocimiento de otras disciplinas, por el contrario, le reconstruye el contexto o diversos aspectos de él, asocia el instrumento intelectual con las práctica real"[27].

Es una ciencia que permite la verificación de los preceptos teóricos de la ciencia jurídica, es casi como la **lógica de la prueba** para los tribunales, es establecer la coherencia, la correspondencia entre la norma y los precisos actos concretos del invididuo o de los grupos, en la comunidad.

Como decía Feyerabend es interesarse en las relaciones intemporales de los enunciados abstractos, mostrar los procesos por los cuales cada precepto fue establecido y sumergirlos en las peripecias diarias.

Conocer, es evolucionar con lo conocido, lo que equivale a decir que es indagar sobre la lógica anterior y exterior de la norma, para captar por la observación la **práctica real** o dicho en otras palabras, la posibilidad real y concreta de cada individuo o clase social o estamento económico, de poder aplicar cada norma y el conjunto de su derecho.

En suma, es mediante datos empíricos consolidar la **vigilancia crítica** y evitar así la declamación ciega del derecho.

Se puede explicar el derecho desde la coyuntura intelectual, sólo como sistema de conceptos?

No nos conforma esta lógica preferimos casi como una obsesión, pensar las partes y el todo[28], tenemos la obligación científica de vigilar mediante la prueba experimental.

Volviendo a Bachelard, que lo resume todo con magistral claridad "**el hecho científico se conquista, se construye y se comprueba, para enfrentar así a la tradición especulativa de la cual debe liberarse..**"

Qué menos se puede hacer desde la economía.

El final de siglo se presenta únicamente como **economicista**, donde la maximización de los ventajas sólo se miden en tasa de beneficio y acumulación de capital donde el hombre es un recurso humano que opera como variable de ajuste, el costo

26. Consult. Bernbaum,N. La crisis de la sociedad industrial. Ad. Amorrortu. Bs. As. 1990; Minujin, A y otros. Desigualdad y exclusión. Desafíos para la política social en la Argentina de fin de Siglo. Ed. Unicef. Bs. As. 1993; Rosenvallon, Pierre. La nueva cuestión social. Repensar el Estado providencia. Ed. Manantial. Bs. As. 1995.

27. Bourdieu, Pierre y otros. El oficio de Sociólogo. Pág. 15. Ed. Siglo XXI. México 1995.

28. Abraham, Tomás y otros. Batallas éticas. Pág. 43. "El derecho social se sumerge en la teoría de los conjuntos determinado por la endoreferencia y la exoreferencia de los subconjuntos". Ed. Nueva Visión. Bs. As. 1992.

salarial y la flexibilidad, son las vedettes de la década de los noventa[29].

No importan los derechos de los trabajadores, sólo interesa la **continuidiad del sistema y en términos que el mismo impone**, el pobredescalificado es expulsado de la **zona del laboro**, su fuerza de trabajo es imposible de vender, el mercado sólo acepta al trabajo calificado; entonces el trabajador pierde **la pertenencia al trabajo** y al **derecho laboral.**

De que sirve intelectualizar el derecho laboral en las universidades, si la economía presiona de tal forma que el ser humano acepta por supervivencia convivir con el trabajo sin pretender derechos.

Someterse en un lugar y espacio concreto, sin que la **mano invisible** del Estado -de Adam Smith- lo alcance para aliviar su dolor y su desesperanza, es situarnos otra vez en el esclavismo.

Su marginación del derecho es un hecho económico-social y jurídico de hoy, real y observable.

El capital ficticio y especulativo, destruye la trama social de solidaridad, convoca al lobo del hombre en su individualidad, la desigualdad económica, es una desigualdad posicional frente al derecho y un condicionante generacional discriminatorio, el niño de la villa miseria o la fabela será un adolecente de la calle o un joven de la cárcel y el derecho habrá cumplido su misión: la represión, para legitimar el sistema y por sobremanera la seguridad jurídica, tan ansiada por el que ejerce el poder dominante.

Es posible escindir el derecho de la contaminación económica ?

Sin duda la economía es parte del contexto que condiciona el derecho y su ejercicio, como herramientas de acceso a la redistribución equitativa de la riqueza.

Otro tanto ocurre con la linguística y el discurso.

El lenguaje jurídico o discurso jurídico es de poder y de oscuridad, lo primero porque es la **legalidad y legitimidad** de todo sistema y lo segundo, porque el hombre común pierde contacto con la realidad ante tanta abstracción.

Señala la linguista María Laura Pardo[30] que el jurista con el lenguaje estructura un tipo de información, que establece frente al profano una forma de **control**, de tal manera que consolida en la comunidad una grupo dominante y otro dominado, en este sentido, el segundo pierde así la faceta de su libertad.

En obras anteriores y en otro sentido, hemos señalado que de esta manera se consolida una situación **asimétrica persistente y ferrea**, con lo cual, se rompe otro de los mitos de las premisa abstractas, el de la igualdad.

Acabamos de señalar dos de los principales derechos del hombre: la libertad y la igualdad, los que vimos se relativizan por el simple hecho de la linguística o el discurso jurídico.

Sin embargo, a poco que investiguemos, no a la linguistica como fin en sí mismo, sino como herramienta de

29. Beccarra, Luis y otros. Sin trabajo. Las características del desempleo y sus efectos en la sociedad argentina. Ed. Unicef. Bs. As. 1996.

30. Pardo, María Laura. Derecho y linguística. Cómo se juzga con palabras. Pág. 30 y sgtes. Ed. Nueva Visión. Bs. As. 1992.

análisis, nos daremos cuentaque el lenguaje y discurso jurídico, son de la misma estructuragramatical que los de la política o religión, para colocar dos ciencias antitéticas, al menos para nosostros.

El común denominador es la **comunicación**, que en si misma es una **estrategia** de como asumir la relación entre lo hablado y el valor que en realidad se desea trasmitir.

Es decir, el **recurso** que maneja el jurista mo es distinto del sacerdote o el político, hay de esta forma una **similitud textual** y una diferencia extralinguistica, en los valores que desea trasmitir.

El político transamite sóle el **valor poder**, el religioso, el valor de la **confraternidad universal** en paz y dignidad.

Pero aludamos como comprobación, a uno de los conceptos más trascendentes del derecho moderno: la propiedad.

Acaso sea el ejemplo más típico, derecho de dominio, que ha sido definido en el Código Civil Argentino de Vélez Sarfield en l869 a través del artículo 2513 con términos como: "Es inherente al derecho de propiedad disponer de ella..servirse de ella....usarla y gozarla segun la voluntad del propietario. El puede desnaturalizarla, degradarla, o destruirla...".

Hay sin duda una frase que en esa época liberal sonaba com una fuerza inusitada y denota poder: "según la **voluntad** del propietario" y luego términos como:" desnaturalizarla,degradarla o destruirla", son linguísticamante trasmitentes del valor individual del derecho, signo de una época de afianzamiento del **patrimonio** burgués.

Este texto y su discurso contrastan con el de la reforma de 1968, en la reformulación de la citada norma se dice: "Es inherente alderecho de propiedad ejercicio regular". El valor transmitido es sinduda el concepto de propiedad social, propio de la mitad del siglo XX del Estado de Bienestar.

El discurso de uno y otro texto son, sin dudarlo, una muestra clara y terminante del **uso linguístico.**

El discurso jurídico, al igual que otros discursos, es una construcción asimétrica de **control** y sólo al mostrarlo en ese aspectoy con ese fin, evitamos que la posmodernidad lo use para consolidar el dominio desde lo formal y abstracto.

Es necesario entonces, un pensamiento reflexivo y riguroso, para evitar que la simbolización linguística en el discurso desborde lo real y escape al auto y exoreferencial del **conjunto social.**

Tampoco es ajeno a este análisis que pretendemos, el **espacio del poder** que se pretende obtener desde la **posesión del herramenatal normativo del derecho** mismo.

La lucha por la imposición de normativas y dentro de ellas de un mejor posicionamiento entre los sectores de poder, es sin duda un signo de todos los tiempos.

En la posmodernidad el juego desde y por el poder de la norma esdoble, se intenta desde la omisión de regulación, hasta la legislación casi circunstancial y a medida para cada situación, verbiracia: subsidios especiales, leyes laborales para cada empresa, regulaciones impositivas casi

individuales, etc. El Estado ha perdido la capacidad de **arbitrar** entre las empresas y los trabajadores/consumidores, sumiendo al ser humano en una situación de indefención.

Se podría seguir enumerando numerosas herramientas de análisis, como la psicología individual y de masas; el uso de las democracias restringidas ,etc., pero cremos que la muestra realizada y la inteligencia del lector, nos posibilita hacer nuestra reflexión final, para de alguna manera delinear nuestra idea central.

5. Nuestra conclusión a modo de aproximación al estudio, reflexión y trasmisión del derecho epistemológicamente.

Señalamos precedentemente que la posmodernidad intenta una vez más, mostrar al **derecho** como un **fin en si mismo** y lo hace desde la **abstracción** y **exaltación del individualismo**, instalando la sociedad de dos velocidades.

Esto no es nuevo, el comienzo del Estado burgués con la Revolución Francesa[31], intentó lo mismo, mostrando a los derechos de libertad e igualdad como logros de la humanidad, cuando en realidad no era más que la exaltación y consolidación del derecho de propiedad de una clase o estamento social: la burguesía.

Hoy la pretensión es la misma, pero el **dueño** del modelo es otro: el capitalismo financiero que ha globalizado la economía y el derecho, con la excusa de la tecnologización para consolidar un bienestar general mundial.

La realidad nos muestra una sociedad mundializada, con cada vez mas profundas diferencias entre los incluídos y excluídos del modelo, pero ya no, dividiendo al mundo en países centrales o perféricos,sino que dentro de cada Estado, pues el asentamiento territorial, ha dejado de ser una razón de soberanía y los organismos interna-cionales financieros imponen condicionamientos de ajuste económico que tornan cada vez más débiles las Naciones y entonces dentro de ellas se produce el acontecimiento mas importante de fin de siglo: los que acceden a la herramienta del derecho para consolidad su poder y los excluídos, los marginados de poder acceder a la justicia y la equidad, pues el derecho para ellos se lo hace aparecer como un fin, pero abstracto.

Debemos entonces andar el camino de la contracorriente, desanudar las intenciones, mostrar las contradicciones y ello entendemos que sólo puede hacerse a partir del debate y la reflexión epistemológica.

La posmodernidad pretende hacernos creer que es necesario primero consolidar un modelo económico, donde la desregulación y la no ingerencia del Estado van a optimizar la redistribución por el mercado y el saber, que llegará a todos los rincones de la tierra com sus beneficios, sin embargo, realizar esta transformación con la **postergación del derecho** como herramienta para alcanzar la equidad,

31. Consult. Soboul, Albert. La revolucón Francesa. Ed. Tecnos. Madrid 1983; Carpenter, J. y Lebrun, F. Breve historia de Europa. Ed. Alianza. Madrid. 1995.

justicia y convivencia en paz, significa valorar el modelo "**por sobre**" el ser humano, colocar la economía al servicio de la economía misma, como algo cíclico y centrípeto.

Consideramos que establecer, como lo hacemos, al derecho comoherramienta, equivale a correr el velo entre el **uso** que los incluídos hacen de él y la **abstracción** que pretenden desde el poder para los otros, vebigracia consolidar derechos individuales o personalísimos y exaltarlos,conlleva a que sus portadores -personas jurídicas- distintos diferentes en la forma de **producción del derecho,** convaliden el poder, acentuando mas aún en lo relacional la dominación que hoy sufre el ser humano -trabajador y consumidor- frente al sistema.

Pretender un derecho -herramienta, donde el Estado no sólo afiance su rol de árbitro, sin que reequilibre en lo relacional el vacío de poder de los de abajo para evitar la **dispersión** y consolidar la **composición jurídica en red** como alternativa causal y teleológica. Esto pensamos entonces que se logra **contextuando** el derecho a partir de las herramientas de los **otros saberes,** mostrar la desestructuración que se produce en esta posmodernidad y hacerlo desde lo pensable como una dialéctica contradictoria del ser, que enfrenta lo real y que se resiste, pues el hombre tiene fundamentalmente voluntad de vivir con dignidad y no de perdurar en la oscuridad siendo usado como mero **recurso** -en la producción de acontecimientos económicos o **instrumento** de títere estratégico en un consumismo, por el consumismo mismo, sin valor de cualificación de la vida social.

No podemos desperdiciar entonces las enseñanzas de la **historeografía** para mostrar que este proceso tiene similitudes com el comienzo de la historia de la modernidad y el asentamiento burgués; o la ideología, para mostrar al derecho como una ilusión, pero dentro de una realidad aludida, concreta, que merece ser revertida, etc.

En todo conjunto, hay un vacío y multiplicidades, el pensamiento epistemológico es una situación donde circulan todos los saberes, es una invitación a **pensar el derecho** en inercia y movimiento, porque el hombre está determinado por la utopía, pero también por la finitud del sistema y la estructura.

Este **montaje de ideas**, tensa el conocimiento jurídico, evita los mecanismos de ocultación, muestra la causa ausente, maneja como decía Heideger la **identidad y la diferencia**, provoca un universo donde el hombre y el derecho son lo relacional.

Hemos querido mostrar muy brevemente otro punto de esta posmodernidad y reflexionar sobre sus caminos históricos, con la humilde pretensión de contribuir y generar el pensamiento de contracorriente.

Contratos Bancários em Tempos Pós-modernos - Primeiras Reflexões[1]

Claudia Lima Marques

Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil, Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Mestre pela Universidade de Tübingen, Alemanha e Presidente do BRASILCON – 1998-2000

Introdução

Na análise da nova realidade contratual massificada, denominamos um fenômeno que já se observa no mercado brasileiro atual, de contratos cativos de longa duração. Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas, múltiplas e de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de "catividade" ou "dependência" dos clientes, consumidores.

Esta posição de dependência ou, como aqui estamos denominando, de "catividade", só pode ser entendida no exame do contexto das relações atuais, onde determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem) ao consumidor e sua família "*status*", "segurança", "crédito renovado", "escola ou formação universitária certa e qualificada", "moradia assegurada" ou mesmo "saúde" no futuro. A catividade há de ser entendida no contexto do mundo atual, de indução ao consumo de bens materiais e imateriais, de publicidade massiva e métodos agressivos de *marketing*, de graves e renovados riscos na vida em sociedade, e de grande insegurança quanto ao futuro.[2]

Um dos exemplos principais destes contratos cativos de longa duração são as novas relações banco-cliente e sobre estas quero agora concentrar minha análise, apresentando alguns aspectos novos, que podem ser encontrados também nas relações e contratos de uso de cartão de crédito, nos seguros em geral, nos serviços de organização e aproximação de interessados (como os

1. Trabalho realizado com extratos da terceira edição do livro da autora "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", RT, 1998, apresentado no Congresso sobre Direito Bancário- IBDB, 6 de março 1998, São Paulo.
2. Assim nossa obra, "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", 2ª Edição, São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 57.

exercidos pelas empresas de consórcios), nos serviços de transmissão de informações e de investimento de numerário alheio, de representação e compra de ações etc.

Outras denominações poderiam ter sido usadas, como as de "contratos múltiplos", "serviços contínuos", "relações contratuais triangulares", "contratos de serviços complexos de longa duração" etc. Alguns doutrinadores estão denominando estas relações contratuais cativas de contratos "pós-modernos".[3]

Anteriormente, preferimos não utilizar esta expressão, uma vez que a maioria desses contratos são contratos conhecidos mesmo antes da revolução industrial (por exemplo, os contratos bancários) e não, especificamente, agora na fase industrial que vivemos ou, na fase pós-industrial que caracterizaria a pós-modernidade européia. O novo aqui não é a espécie de contrato (seguro, por exemplo), mas a sua relevância no contexto atual, a sociedade de consumo atual beneficia e fomenta estes serviços, considerados, então, socialmente essenciais, a necessitar uma nova disciplina. Hoje, após meus estudos de doutorado na Europa, considero que a análise dos reflexos da pós-modernidade no direito se impõe, mesmo que a denominação e a delimitação deste tema continue incerta e pouco científica.[4]

Neste trabalho quero destacar dois pontos, que me parecem importantes no mercado brasileiro atual de relações entre bancos (múltiplos) e clientes consumidores *stricto sensu*: a mudança do modelo contratual, definida pela crise pós-moderna (I), pela valorização do tempo, do acesso ao crédito e da pressão nas relações (A), valorização da catividade no mercado e das imposições de boa-fé (B); assim como, analisar, a formação de uma nova noção de contrato, de relação contratual mais fluída, menos formal que parece estar sendo empregada nas relações múltiplas entre bancos e consumidores (II).

Sem o distanciamento histórico necessário para observar a "verdade" ou não destas teorias e idéias, podemos, apenas, tecer algumas considerações sobre o seu potencial identificador de alguns fenômenos contratuais de massa e reflexos no direito para ajudar a atuação dos profissionais do direito, especialmente a intervenção da magistratura, para reequilibrar estas relações *per se* desequilibradas.

I. A crise pós-moderna e mudanças no modelo dos contratos bancários

A. A valorização da pressão, do crédito e do tempo

Os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito.[5] Tempos de ceticismo quanto a capacidade da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que pertubam a sociedade atual e modificam-se com uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do direito, a propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do direito civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Para alguns o pós-modernismo é uma crise de descontrução,[6] de desdogmatização do direito[7], para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito,[8] que aumenta a liberdade dos individuos,[9] mas diminui o poder da crítica, da evolução histórica[10] e da verdade no Direito,[11] fenômeno contemporâneo à globalização[12] e a perda da individualidade moderna[13], mas que assegura novos direitos individuais à diferença[14] e aumenta o radicalismo das linhas tradicionais.[15]

Nesta análise primeira sobre os contratos bancários em geral e sobre as relações juridicamente relevantes entre consumidores e instituições bancárias, financiadores e mesmo empresas administradoras de cartões de crédito, pareceu-me interessante incluir uma análise mais detalhada sobre a crise da teoria contratual oriunda dos novos movimentos sociais, filosóficos, culturais e econômicos, que estão sendo denominados de pós-modernos e seus eventuais reflexos no direito civil e nos métodos de contratação. Ao tratar dos contratos cativos de longa duração optamos por não utilizar esta terminologia "pós-moderna", justamente por sua insegurança e pelas críticas constantes que recebe, inclusive de autores como Habermas.[16] Agora,

3. Veja especialmente Ghersi, Carlos Alberto, La Posmodernidad Jurídica - Una discussión abierta, Buenos Aires, Ed. Gowa, 1995, p. 13
4. Seguimos aqui o exemplo e a teoria criada pelo Prof. Dr. Dr.h.c. Erik Jayme nosso orientador de Doutorado, veja Jayme, Erik, Le droit internationale privé postmoderne, in Recueil des Cours de l'Académie de Droit Internationale de la Haye, Kluwer, Doordrecht, 1995, II.
5. Assim Ghersi, La Posmodernidad, p. 14.
6. Assim Carty, Anthony (Ed.), Post-Modern Law, Edimburg, Univ. Press, 1990, p. viii: "Pos-modernism as a method of legal descontruction can as well be applied to the English and other legal orders."
7. Assim Boaventura de Souza Santos, Introdução a uma ciência pós-moderna, Ed. Graal, Rio, 1989, p. 17.
8. Assim, Jayme, p. 36 e seg. Como ensina Lopes, José Reinaldo de Lima, Direito e Transformação Social, Belo Horizonte, Ed. Nova Alvorada, 1997, p. 77, tanto o direito faz parte da cultura, quanto possui sua própria cultura:" ...o sistema jurídico é constituído de uma "cultura". São as atitudes que fazem do sistema um todo, uma unidade, e que determinam o lugar dos aparelhos e das normas na sociedade globalmente considerada. A cultura jurídica engloba tanto as atitudes, hábitos e treinamento dos profissionais quanto do cidadão comum." Tal linha de pensamento possui tradição no Brasil, através da escola de Recife e a influência do "culturalismo jurídico" de Tobias Barreto, sobre o tema veja o nosso Artigo, Cem anos de BGB e o Código Civil Brasileiro, in: RT 741, p. 21 e seg.
9. Assim Friedman, Lawrence, The Republic of Choice, Cambridge, Harvard University Press, 1994, p. 61.
10. Assim Vatino, Gianni, O fim da modernidade, São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. XII.
11. Assim Foucault, Michel, La verdad y las formas jurídicas, Ed. Gedisa, 4 R., Barcelona, 1996, p. 80 e seg.
12. Jayme, p. 36.
13. Gehrsi, La Posmodernidad, p. 56, menciona relações econômicas sem sujeito, relações de grupos.
14. Jayme, p. 37.
15. Assim também Gellner, Ernest, Pós-modernismo, Razão e religião, Instituto Piaget, Lisboa, 1992, p. 11.
16. Como afirma Habermas, reconhecer , nomear ou denominar um fenômeno, como se faz com o pós-modernismo, significa se distanciar suficientemente deste e , mesmo, decretar o seu fim. Habermas não se considera pós-moderno, está comprometido com os ideais da modernidade, chega a ironizar a freqüente utilização na literatura atual desta denominação "pós", mas , por fim, reconhece a importância destes pensadores como sensíveis indicadores do "Zeitgeist", do pensamento e espírito atual a indicar uma mudança. Veja Habermas, Jürgen, Nachmetaphysisches Denken, Frankfurt, Ed. Suhrkamp, 1992, p. 12.

porém, após a observação da jurisprudência e da doutrina brasileira não posso deixar de concluir pela atualidade do tema, a superar qualquer problema de simples denominação.

Vivemos um momento de mudanças, não só legislativa, mas política e social. Os europeus estão a denominar este momento de queda, rompimento ou ruptura (*Umbruch*), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado, de pós-modernidade. Seria a crise da era moderna e de seus ideais concretizados na revolução francesa, de liberdade, de igualdade e de fraternidade,[17] que não se realizaram para todos, nem são hoje considerados realmente realizáveis, onde desconfia-se de sua força e suficiência para servir de paradigma à organização das sociedades democráticas atualmente em um capitalismo neo-liberal bastante agressivo, com fortes efeitos perversos e de exclusão social.[18] Vivemos um momento de mudança também no estilo de vida, da acumulação de bens materias, passamos a acumulação de bens imateriais, dos contratos de dar , para os contratos de fazer, do modelo imediatista da compra e venda para um modelo duradouro da relação contratual, da substituição, da terceirização, das parcerias fluídas e das privatizações, de relações meramente privadas para as relações particulares de iminente interesse social ou público.

Chame-se como desejar o momento atual de crise e de mudança, a sua realidade supera qualquer expectativa e seus reflexos no direito não podem mais ser negados. Na procura de quais seriam os reflexos desta crise "sociológica" no contrato, partiremos de uma análise mais ampla, elaborada por meu professor orientador de Doutorado, Erik Jayme dos reflexos da pós-modernidade no direito como ciência, para só então examiná-los enquanto sintomas da crise pós- industrial do direito dos contratos.

A realidade denominada pós-moderna[19] é a realidade da pós-industrialização, do pós-fordismo, da tópica, do ceticismo quanto às ciências, quanto ao positivismo;[20] época do caos, da multiciplicidade de culturas e formas, do direito à diferença, da "euforia do individualismo e do mercado",[21] da globalização e da volta ao tribal. É a realidade da substituição do Estado pelas empresas particulares, de privatizações, do neo-liberalismo, de terceirizações, de comunicação irrestrita, de informatização e de um neo-conservadorismo. Realidade de acumulação de bens não materiais, de desemprego massivo,[22] de ceticismo sobre o geral, de

17. Assim Carty, p.1.

18. Veja por todos Tourraine, Alain, Uma Visão Crítica da Modernidade, in: Cadernos de Sociologia/UFRGS, vol. 5, p. 36 e seg.

19. Lyotard, Jean-François, Das postmoderne Wisse, Trad. Otto Pfersmann, Viena, Passagen Verlag, 1994, p.. 13: "Dieses Wort [postmodern] ist auf dem amerikanischen Kontinent, bei Soziologen und Kritikern gebräuchlich. Es bezeichnet den Zustand der Kultur nach den Transformationen, welche die Regeln der Spiele der Wissenschaft, der Literatur und der Kunste seit dem Ende des 19 Jahrhunderts getroffen haben."

20. Habermas, p. 35.

21. Assim Ghersi, La posmodernidad, p. 27: "No queda pues más que añadir, la posmodernidad es también la posmoralidad, es posolidaria, es sin duda le euforia del individualismo y el mercado, gobernados desde la tumba de Bentham por el nuevo perfil utilitarista, aliado al placer y a la felicidad consumista."

22. Assim a visão negativa de Ghersi sobre o pós-modernismo,Ghersi, La posmodernidad, p. 13 e ss.

um individualismo necessário, da coexistência de muitas meta-narrativas simultâneas e contraditórias, da perda dos valores modernos, esculpidos pela revolução burguesa e substituídos por uma ética meramente discursiva e argumentativa, de legitimação pela linguagem, pelo consenso momentâneo e não mais pela lógica, pela razão ou somente pelos valores que apresenta.[23] É uma época de vazio, de individualismo nas soluções[24] e de insegurança jurídica, onde as antinomias são inevitáveis e a de-regulamentação do sistema convive com um pluralismo de fontes legislativas e uma forte internacionalidade das relações.[25] É a condição pós-moderna que, com a pós-industrialização e a globalização das economias, já atinge a América Latina e tem reflexos importantes na ciência do direito. É a crise do Estado do Bem-Estar Social.[26]

Segundo Erik Jayme[27] as características, os elementos da cultura pós-moderna no direito seriam: o Pluralismo, a Comunicação, a Narração, o que Jayme denomina de "*le retour des sentiments*", sendo o *Leitmotive* da pós-modernidade, a valorização dos direitos humanos. Para Jayme o Direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade.

O *Pluralismo* manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (*Zersplieterung*), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que organizam-se em cadeia, e em relações extremamente despersonalizadas.[28] Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o "*double coding*", e onde os valores são muitas vezes antinômicos.[29] Pluralismo nos direitos assegurados, no direito à diferença e ao tratamento diferenciado dos diferentes ao privilégio dos "espaços de excelência".

A *comunicação* seria um valor máximo da pós-modernidade, a nova legitimação do direito, da Justiça estaria na comunicação e no revival da autonomia da vontade, associada a valorização extrema do tempo e do direito como instrumento de comunicação, de informação. Manifestar-se-ia na valorização do passar do tempo nas relações humanas, na valorização do eterno e do transitório, da necessidade de fixar/congelar momentos e ações para garantir a proteção dos mais fracos e dos grupos que a lei

23. Kaufmann, Arthur, Grundprobleme der Rechstphilosophie, München, Beck, 1994, p. 224 e seg.

24. Assim a visão negativa de Lipovetsky, Gilles, La era del vacío- Ensayos sobre el individualismo contemporáneo, Ed. Anagrama, Madrid, 1996, p. 7

25. Jayme, p. 36 e seg.

26. Assim Ghersi, Posmodernidad II, p.10.

27. Jayme, p. 36.

28. Veja sobre pluralismo no direito, Friedman, The Republic, p. 11 e seg.

29. Kaufmann, Grundprobleme, p. 226 e Jayme, p. 246ss.

quer privilegiar. A comunicação segundo muitos é o atual método de legitimação de todas as ciências, o discurso legitima, a informação cria mitos e transforma-se em verdade, tudo jogos de palavras (*Sprachspiele*).[30] Assim a nova ética e filosofia são discursivas[31], assim o consentimento do indivíduo para ser legitimador é só aquele informado e esclarecido.[32] Comunicação é também internacionalidade das relações jurídicas e a re-valorização do direito internacional privado e das técnicas de harmonização e unificação das leis.[33]

O elemento da *narração* origina-se na comunicação, é a conseqüência deste impulso de contato, de informação que invade a filosofia do direito e as próprias normas legais. Haveria, segundo Jayme, um novo método de elaborar normas legais, não normas para regular condutas, mas normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivando os objetivos do legislador no micro-sistema de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas.[34] O método tradicional de elaborar normas que impunham condutas teria sido superado, pois estas não mais asseguram que os objetivos propostos serão alcançados, assim o legislador passa a esclarecer seu próprio objetivo (*ratio legis*), ajudando e fixando a interpretação da norma no futuro, como normas narrativas, que iluminam a interpretação segundo Jayme[35], mesmo que não cogentes, ou normas-objetivo, segundo o jus-filódofo brasileiro, Eros Roberto Grau.[36]

O que Jayme denomina "*retour des sentiments*" é, de um lado, a volta de uma certa "emocionalidade" no discurso jurídico, de outro lado é o impoderável, a procura de novos elementos sociais, ideológicos e/ou de fora do sistema, que passam a influir a argumentação e as decisões jurídicas, criando forte insegurança e imprevisibilidade quanto a solução a ser efetivamente encontrada.[37] O último elemento, verdadeiro *Leitmotive* destacado por Jayme é um *revival* dos direitos humanos, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de múltiplas codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real.

Esta crise da pós-modernidade é em verdade uma mudança na maneira de pensar o direito, um certo apatismo e imobilismo em relação às novidades, aos novos desafios e uma desconcertante crise

30. Veja Lyotard, p. 87 e seg.

31. Kaufmann, Grundprobleme, p. 213.

32. Charbin, Nicole, "Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté", LGDJ, Paris, 1988, Bibliothèque de Droit Privé, Tome CXCIX , p. 7.

33. Jayme, pg,. 247.

34. A definição de normas narrativas é de Jayme, Erik , Narrative Normen im internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Mohr: Tübingen, 1993, p. 16. no Brasil veja os ensinamentos de Eros Roberto Grau.

35. Jayme, Narrative Normen, p. 16.

36. Grau, Eros Roberto, Direito, Conceitos e Normas, São Paulo,Ed. RT, 1988, p. 130 e seg.

37. Jayme, p. 261 e seg.

de ideiais e de valores, que também tem influência no direito contratual deste final de século. Se assim podemos afirmar, os estudos sobre as mudanças na pós-modernidade, exista ela ou não, como momento histórico, acabaram por realçar ou espelhar os que já acontecera: a transformação o modelo contratual face aos limites do modelo contratual do século XIX. Do modelo estático da compra e venda, de um dar, passamos para um modelo dinâmico, complexo, reiterado e de fazeres de longa duração, como nos contratos de serviços e nos aqui estudados contratos cativos. Passamos de um contrato bilateral e comutativo, para o modelo de um contrato múltiplo, triangular ou plúrimo, onde nos polos encontram-se uma variada gama de sujeitos, como o fornecedor direto e a cadeia de fornecedores indiretos e sujeitos protegidos, como o consumidor-contratante, o consumidor stricto sensu e os consumidores equiparados; um contrato muitas vezes aleatório e se não, um contrato de fictamente-comutativo, pois o importante passa a ser o nexo das prestações e seu equilibrio (symalagma), não a prestação em si, mas seus anexos, sua qualidade, a informação que a acompanha, o status que assegura, a rapidez e a segurança quanto ao seu prestar.

Do contrato com regime geral e único, passamos para o contrato com regime jurídico plúrimo, tendo em vista a aplicação de uma série de leis especiais e gerais à mesma relação contratual em seus mais diversos aspectos. Este conviver de normas de diversas hierarquias e finalidades traz consigo o problema da solução de antinomias, mas do que a segura teoria da revogação expressa, hoje quase não mais usada. Onde há *Zersplitterung*, onde houve uma auto-implosão das grandes codificações e o aparecimento de vários micro-sistemas, as antinomias são inevitáveis e os princípios constitucionais, por vezes, mesmo eles contraditórios.

No novo modelo contratual há uma revalorização da palavra empregada e do risco profissional, aliada a uma grande censura intervencionista do Estado quanto ao conteúdo do contrato, é um acompanhar mais atento para o desenvolvimento da prestação, um valorizar da informação e da confiança despertada. Alguns denominanm de renascimento da autonomia da vontade protegida. O esforço deve ser agora para garantir uma proteção da vontade dos mais fracos, como os consumidores. Garantir uma *autonomia real da vontade* do contratante mais fraco, uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda. Esta "nova autonomia" foi denominada por Nicole Charbin , em sua Tese de doutorado de 1988 de *vontade racional* ("volonté rationnelle").[38] A denominação parece-me feliz, pois indica a importância dos novos direitos dos consumidores: o direito à informação, o direito à reflexão e ao eventual arrepedimento como forma de proteção. Os métodos de venda mudaram e estão cada vez mais agrassivos, emocionais e apelativos, os desejos dos consumidores aprimoraram-se e o consumismo não é mais um fenôme-

38. Charbin, p. 216.

no isolado, assim está cada vez mais dificil alcançar esta vontade realmente refletida ou "racional" como prefere Charbin.

A Tese de Charbin é um exemplo de teoria pós-moderna, pois tenta criar um *double coding*, mudando o sentido exatamente do dogma mais tradicional da teoria contratual: a autonomia de vontade. Agora, quer Charbin frisar a autonomia do outro, do mais fraco, do consumidor; sendo assim a expressão autonomia ganha um novo perfil, uma dupla significação e nunca mais poderá ser apenas (e unilateralmente) entendida como "autonomia do mais forte", do comerciante, do profissional. Assim também frisa o Juiz Schimasky da Corte Federal Alemã, em um recente Artigo de doutrina sobre a autonomia de vontade e os contratos bancários, que a liberdade contratual é uma norma de proteção (constitucional) de pessoas e a Corte sempre tentou proteger esta liberdade. "*Entretanto não podemos proteger a liberdade contratual daquele que quer justamente reduzir, limitar ou mesmo excluir a liberdade contratual da outra parte. Liberdade é sempre a liberdade do outro.*" O magistrado da mais alta corte civil da Alemanha destaca ainda que o contrato é "*por essência bilateral, a liberdade contratual é portanto indivisível, ela significa a liberdade dos dois e não somente a liberdade do contratante mais forte.*"[39]

O Professor da Universidade de Heidelberg, Erik Jayme, considerou o contrato de time-sharing ou de multipropriedade como o modelo de contrato da época pós-moderna.[40] O time-sharing pode ser definido como um contrato múltiplo e complexo, visando o uso habitacional de um imóvel, de um complexo de imóveis, assim como dos serviços conexos a esta fruição, tudo por certo tempo a cada período de um ano. É paradigmático, pois possui uma série de características que podem ser classificadas como pós-modernas, a começar por seu objeto que é o lazer temporário, o uso de um imóvel em uma área turística e serviços conexos, por uma semana ou duas a cada ano.[41] Também há que se destacar a natureza dos direitos assegurados aos consumidores, direitos múltiplos, mas nem todos de natureza real, já que a multipropriedade no mais das vezes não transfere e nem envolve direitos de propriedade, só direitos reais de uso. Estes direitos limitados de uso aliados a grande quantidade de serviços anexos prestados podem mesmo permitir tipificar este contrato como preponderantemente um contrato de fornecimento de serviços. Outra característica importante é a multiplicidade de agentes que envolvem este fornecimento de serviços e a fruição dos direitos de uso assegurados pelo contrato de time-sharing, desde o organizador (o incorporador ou verdadeiro proprietário do imóvel e do complexo turístico), o simples vendedor, o verdadeiro proprietário, o administrador do imóvel e do complexo de turismo, os fornecedores diretos da alimentação, de passeios etc. É muitas vezes um

39. Schimansky, Hebert, Bankvertragsrecht und Privatautonomie, in: WM- Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Frankfurt), Nr. 11, 18.03.95, p. 462 e 463.

40. Jayme, p. 247.

41. Veja Martinek, Michael, Moderne Vertragstypen, Tomo III,Munique: Beck, 1993 p. 268.

contrato "sem fronteiras" ou internacional, pois as áreas e complexos turísticos muitas vezes localizam-se em outro país que o de domicílio ou nacionalidade do consumidor e a participação em "Circulos de Trocas Internacionais" torna possível que a fruição do direito de uso temporário dê-se em qualquer país.[42]

Como se pode observar, os valores ou elementos da pós-modernidade são fluídos, os estudos jurídicos ainda incipientes e, se em um momento permitem a criação de teorias como a de Charbin e pregam a revalorização dos direitos humanos, no próximo, a revalorização da vontade leva a conclusões incoerentes, como a da deslegitimação do Judiciário para resolver lides de consumo, pois a arbitragem, a mediação ou outros métodos alternativos de solução de controvérsias seria mais rápida ou "legitima", sem importar-se com a perpetuação do desequilíbrio ou a imparcialidade do árbitro.

Sendo assim, em tempos pós-modernos é necessário uma visão crítica do direito tradicional, é necessária uma reação da ciência do direito, impondo uma nova valorização dos princípios, dos valores de Justiça e equidade e, principalmente no direito civil, do princípio da boa-fé objetiva, como paradigma limitador da autonomia de vontade. Caso contrário, o próprio direito brasileiro ao privilegiar os mais fortes levará à opressão e exclusão dos mais fracos na sociedade. A crise atual leva a pensar na necessidade de proteção da vontade do consumidor, como ideal utópico remanescente da meta-narrativa da modernidade de tratamento desigual aos desiguais. É tempo de alterar o ponto de concentração do direito civil e pensar no grupo que recebe as declarações, na confiança despertada pela atuação profissional dos fornecedores e não só em estabelecer normas que privilegiam aquele que declara, aquele que redige os contratos massificados, aquele que impõe seus métodos de *marketing* agressivos ou emotivos de venda. No novo direito contratual, pois, a liberdade contratual do profissional não deve ser a única a merecer proteção jurídica, pois sua posição de poder (*Machtposition*) nas tratativas contratuais é clara e intrínseca aos métodos contratuais atuais, mas, sim, deve concentrar no outro, no direito e na liberdade do outro. A liberdade do consumidor é que deve ser protegida, sua autonomia de vontade, racional e efetiva. São tempos de relações contratuais múltiplas, despersonalizadas e a durar no tempo e estender-se a toda uma cadeia de fornecedores de serviços e produtos. Tempos que impõem uma visão da obrigação como um processo muito mais complexo e duradouro do que uma simples prestação contratual, um dar e um fazer momentâneo entre parceiros contratuais teoricamente iguais, conhecidos e escolhidos livremente.[43]

Segundo o emérito Professor de Filosofia do Direito da Universidade de Erlangen-Nürnberg, Reinhold Zippelius,o Direito deve ser um instrumento para uma

42. Veja, por todos, a obra de Tepedino, Gustavo, Multipropriedade Imobiliária, Saraiva, São Paulo, 1993, p. 7 e seg.

43. Veja neste sentido nosso artigo, Contratos de Time-Sharing e a proteção dos consumidores: Crítica ao direito civil em tempos pós-modernos, Revista Direito do Consumidor, vol. 22, pg. 65.

organização social justa e equilibrada (*zweckmäßiger und gerechter Sozialgestaltung*).[44] Nesta visão, as normas jurídicas são, portanto, instrumentos que ajudam a determinar a realidade social, conforme os objetivos considerados justos e desejáveis para aquela sociedade. O direito pode ser, portanto, um instrumento de justiça e inclusão social na sociedade atual, instrumento de proteção de determinados grupos na sociedade, de combate ao abuso do poder econômico e combate a toda a atuação dos profissionais que seja contrária a boa-fé no tráfico entre consumidores e fornecedores no mercado.

Esta visão ativa e positiva do direito civil, como instrumento de combate aos males da sociedade atual através da imposição de um patamar superior de respeito e lealdade nas relações sociais, é possível no Brasil após o advento do Código de Defesa do Consumidor, como será a seguir analisada.

B. Valorização da catividade, continuidade e da boa-fé nos contratos bancários

Estes novos contratos complexos envolvendo fazeres na sociedade representam o novo desafio da teoria dos contratos. São serviços prestados por um fornecedor ou por uma cadeia de fornecedores solidários, organizados internamente, sem que o consumidor, na maioria das vezes, fique consciente desta organização. Tratam-se de serviços que no contexto da vida moderna, de grande insegurança e de indução através da publicidade massiva à necessidade de acumulação de bens materiais e imateriais (o chamado "poder da necessidade" e a "sedução das novas necessidades"), vinculam o consumidor de tal forma que, ao longo dos anos de duração da relação contratual complexa, torna-se este cliente - "cativo" daquele fornecedor ou cadeia de fornecedores, tornando-se dependente mesmo da manutenção daquela relação contratual ou verá frustradas todas as suas expectativas. Em outras palavras, para manter o vínculo com o fornecedor aceitará facilmente qualquer nova imposição por este desejada.

Esta fática submissão garante um "poder de imposição" em grau mais elevado do que o conhecido na pré-elaboração dos instrumentos contratuais massificados, pois aqui o poder se renova constantemente durante a obrigação de longa duração, permitindo inclusive modificações formalmente "bilaterais" do conteúdo da obrigação e do preço, pois contam com a teórica "aceitação" do co-contratante mais vulnerável. Tal novo poder reflete-se nas cláusulas do contrato massificado e em suas futuras modificações e permite mesmo que o fornecedor libere-se do vínculo contratual, sempre que este não lhe seja mais favorável ou interessante (rescindindo, denunciando, resolvendo o vínculo, cancelando o plano etc).

Uma vez que tais relações contratuais cativas podem durar anos e visam, na maioria das vezes, a transferência de riscos futuros ou o suprimento de uma necessidade futura, estabelecendo um verdadeiro processo de convivência necessária entre a

44. Zippelius, Reinhold, Rechstphilosophie, 3. Ed. Beck, Munique, 1994 p. 258.

empresa fornecedora de serviços e os consumidores, notou-se que a ótica escolástica tradicional, de uma análise estática e unitemporal da relação obrigacional de execução diferida ou contínua não mais oferecia respostas adequadas. O lapso de tempo que se situa entre o nascimento da obrigação e o momento previsto para a satisfação da obrigação principal não pode mais ser visto como um "espaço vazio" ao longo do qual o devedor não é obrigado a qualquer comportamento particular, não se lhe impõe qualquer dever de conduta. Ao contrário, a relação obrigacional é um todo contínuo, onde desde o seu nascimento (e mesmo antes) as partes estão vinculadas por uma série de deveres anexos de conduta (*Nebenpflichten*), impostos, pelo princípio geral de boa-fé na execução das obrigações. Mesmo antes do vencimento ou da ocorrência do evento futuro e incerto, que dá ensejo à prestação principal, já estão as partes vinculadas a uma série de atos, de condutas gerais, instrumentais ou acessórias em relação ao adimplemento principal, condutas estas não menos importantes para o bom cumprimento das obrigações, para a realização dos interesses legítimos das partes do que a obrigação principal.[45]

Trata-se, portanto, de uma nova visão da obrigação, como um complexo de atos, condutas, deveres a prolongar-se no tempo, do nascimento à extinção do vínculo. Aceitar a existência de deveres de conduta anexos aos contratos, deveres anexos contratuais ou obrigações acessórias oriundas do princípio da boa-fé objetiva (como o dever de informar, de cooperar, dever de cuidado, de sigilo, de conselho, de lealdade etc.), significa reconhecer a imposição de um novo patamar de boa-fé no mercado, boa-fé criadora de deveres de conduta contratual.[46]

A noção de boa-fé objetiva, enquanto novo princípio a guiar a conduta dos contraentes nos contratos cativos significa uma nova e importante limitação ao exercício de direitos subjetivos. O exercício de um direito subjetivo, como o de estabelecer livremente o conteúdo e as cláusulas contratuais, será contrário à boa-fé (leia-se, abusivo) quando se utiliza para uma finalidade objetiva ou com uma função econômico-social distinta daquela para qual foi ele atribuído ao seu titular pelo ordenamento jurídico, como também quando se exercita este direito de maneira ou em circunstâncias desleais. O princípio da boa-fé objetiva, limitadora de direitos (= poderes) definirá um novo "grau" de abusividade das cláusulas e práticas comerciais presentes nos contratos oferecidos no mercado.

Para disciplinar tais relações contratuais complexas, cativas, de longa duração, passou-se, portanto, a uma visão dinâmica destes contratos massificados, de como sua especialidade e indiscutível importância social imprimem a necessidade de uma nova interpretação das obrigações assumidas, de uma visualização mais precisa da gama de deveres principais e secundários existentes nestas relações contratuais e de que, em virtude da confiança desperta-

45. Assim nosso livro sobre Contratos, 2. ed., p. 65

46. Veja Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, I, 14.Aufl., Beck, Munique, 1987, p. 26 e seg.

da, o paradigma máximo aqui há de ser o princípio da boa-fé objetiva.

Os contratos bancários atuais são contratos cativos de longa duração. Observadas as especialidades dos contratos bancários em questão, sob o signo da continuidade dos serviços, massificação e catividade dos clientes, da prestabilidade por terceiros de serviços autorizados ou controlados pelo Estado, do macro-interesse do verdadeiro objeto contratual, da internacionalidade ou grande poder econômico dos fornecedores e, acima de tudo, continuidade das relações tendo em vista a essenciabilidade do crédito na sociedade de consumo atual, concluiu-se que os modelos tradicionais de contrato (contratos envolvendo obrigações de dar, imediatos e menos complexos) fornecem poucos instrumentos para regular estas longíssimas, reiteradas e complexas relações contratuais, necessitando, seja a intervenção regulamentadora do legislador através do CDC para a proteção dos mais vulneráveis, seja a intervenção reequilibradora e sábia do Judiciário nos casos concretos.

Frise-se, por fim, que no mundo atual a acessoriedade do crédito ao consumo atinge seu ponto máximo, a tal ponto de não mais discutir o direito ao acesso ao crédito, mas as discriminações através do crédito, a exclusão social e o superendividamento.[47] A possibilidade do consumidor obter imediatamente uma prestação, um bem, um serviço, seja sob a base contratual de um mútuo, uma venda ou mesmo um leasing ao consumidor, enquanto que o fornecedor do crédito aceita esperar até um certo termo para só então exigir o seu pagamento, em outras palavras, o fornecimento de crédito ao consumo, considera-se hoje um dos fatores mais importantes da atual sociedade de consumo de massa.[48] Como já escrevemos anteriormente[49], observa-se que, no que concerne a proteção da vontade do consumidor, as leis protetivas do consumidor em matéria de crédito perseguem um claro objetivo, qual seja o de assegurar a este certos direitos por lei aos quais eles não podem renunciar[50], ou estabelecendo de forma imperativa a proibição de certas cláusulas consideradas abusivas nos contratos de consumo e, no caso brasileiro, estabelecendo a nulidade absoluta de tais abusos (art. 51 a 53 do CDC).[51]

Efetivamente, os contratos de crédito e os contratos bancários envolvendo consumidores são em geral contratos de adesão redigidos unilateralmente pelos profissionais, logo, esta nova função das normas protetivas dos consumidores pode ser

47. Sobre os três novos temas citados, veja-se, por todos, Ramsay, Iain e Willians, Toni, Inequality, Market Discrimination and Credit Market, in: Consumer Law in the Global Economy, Coord. Iain Ramsay, Editor Ashagate/Dartmouth, Aldershot e Brookfield, USA, 1997, p. 233 e seg., em especial, p. 246.

48. Veja Calais-Auloy, Jean, Droit de la consommation, 3e ed., Dalloz, Paris, 1992, p.257.

49. Assim nosso artigo, Os contratos de crédito na legislação brasileira de Proteção ao consumidor, Revista Direito do Consumidor, vol. 17, pg. 40.

50. assim L'Heureux, Nicole, Précis de Droit Commmercial, Presses de l'Université Laval, Québec, 1975, p. 226.

51. já em 1975 ,o Prof. Jean Calais-Auloy da Universidade de Montpellier chamou a atenção para a importância prática e teórica destas proibições legais no que concerne os contratos de crédito, Calais-Auloy, J., Les cinq réformes qui rendraient le crédit moins dangereux pour les consommateurs, in: Recueil Dalloz, 1975 , Chron.,p. 21.

caracterisada como função negativa, uma vez que ela reduz, limita a liberdade do elaborador do contrato de crédito e de suas renovações. Limita a liberade contratual (veja os arts. 39 e 51 do CDC), porque proíbe a transferência de certos riscos para os consumidores (veja a lista de cláusula abusivas do art. 51 do CDC). Aqui a intervenção do Estado nos negócios privados tem por objetivo alcançar um certo equilíbrio entre direitos e obrigações no texto contratual final, evitando a imposição de cláusulas desiquilibradoras, cláusulas de renúncia aos novos direitos dos consumidores ou mesmo a elaboração de novações contratuais eivvadas de abusos consolidados. Trata-se realmente de uma redução da liberdade de estabelecer livremente o texto do contrato de crédito. Esta nova limitação da autonomia da vontade tem também sua origem no princípio da boa-fé, ao evitar o abuso (art. 4, III e art. 51, IV) ou a vantagem exagerada do parceiro contratual preponderante (veja art. 4, III e art. 6, V do CDC).

II. Relações contratuais fluídas e múltiplas: o problema da novação ou revisão contratual

O CDC aporta realmente uma nova teoria ou visão contratual para o direito civil brasileiro, rejuvenescendo nossa doutrina e prática. Esta visão baseada na boa-fé objetiva das relações contratuais e em uma noção mais exigente de equilíbrio e equidade contratual impõe um novo regime para os contratos cativos de longa duração e proibe uma série de práticas agora consideradas abusivas. Dentre estas práticas e cláusulas consideradas abusivas está a de modificar unilateralmente o conteúdo do contrato, das prestações, da qualidade (art. 51, XIII do CDC), a de modificar unilateralmente o preço ou valor pago em contraprestação de serviços ou produtos (art. 51, X do CDC), que imponham a conclusão de outro negócio jurídico -através de representante - pelo consumidor (art. 51, VIII do CDC) e, de modo genérico, a de estabelecer "obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade" (art. 51, IV do CDC)[52], assim como a de impor em contrato de consumo, geralmente elaborado unilateralmente, cláusulas que impliquem renúncia ou disposição de direitos (art. 51,I do CDC) e que estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor (art. 51, XV do CDC).

Em outras palavras, o novo regime dos contratos bancários de consumo impede que o elaborador unilateral dos contratos abuse de sua posição contratual (*Machtposition*) e aproveite-se do desequelíbrio intrínseco e estrutural destas relações para impor cláusulas abusivas ou contrárias a leis imperativas vigentes e após, mesmo, renove estas relações continuadas por natureza, em virtude da expectativa de contínuo acesso ao crédito e rolagem eventual da dívida.

52. Sobre a importância desta norma para afstar novas abusividades nas relações bancárias em relação a consumidores, veja a abundante jurisprudência portuguesa citada na obra espcífica de Menezes de Cordeiro, António, Manual de Direito Bancário, Almedina, Coimbra,1998, p. 437 e seg.

Neste sentido merece nossa especial atenção uma prática bancária existente desde 1993, coincidente com a jurisprudência mais ativa de defesa do consumidor dos Tribunais estaduais. Tendo em vista esta aplicação prática do CDC, os bancos e instituições de crédito passaram a propor a seus clientes uma *renegociação "sanadora" ou novação "salvadora" da dívida*, a qual além de consolidar a dívida pendente baseada em juros acima do patamar constitucional e da cobrança reiterada e cumulativa de juros sobre juros e outras práticas reiteradamente consideradas abusivas, retirava do novo texto contratual todos os abusos identificados como tais na jurisprudência e nas novas leis, incluindo ai o CDC, "adaptando" pois esta relação continuada aos novos patamares de boa-fé e equilíbrio de prestações exigido por lei, mas perenizando o abuso no débito consolidado, confessado ou renovado na renegociação.

Trata-se, pois, de uma prática comercial abusiva do setor bancário, a qual visa ou consegue justamente fraudar o efeito das normas do Código de Defesa do Consumidor, da limitação constitucional dos juros e de outras leis imperativas através da novação da dívida, isto é, do pagamento e fim teórico da relação abusiva e "nascimento" de uma nova relação "sanada" dos vícios da primeira, mas que traz em seus encargos financeiros os frutos do abuso já cometido e "sanado" pela manifestação de vontade do consumidor em novo contrato ou na renegociação. Há nesta "nova contratação" o cuidado de incluir na relação de consumo apenas cláusulas contratualmente lícitas, segundo a jurisprudência majoritária e normas especiais em vigor, inclusive o CDC.

Através da teoria contratual normal a solução para este problema não é da mais fáceis, pois que o contrato chegou a seu fim, seu bom fim, que é o adimplemento através da novação, da confissão de dívida ou da renegociação contratual. Teoricamente o primeiro contrato foi extinto. Como propor um exame judicial do conteúdo de um contrato extinto ? Parece-me que aqui há de se avançar e aprofundar a análise, pois somente a aceitação de uma espécie nova de pós-eficácia dos contratos, baseada na boa-fé necessária às relações de consumo, pode propor uma solução para este problema prático de enrequecimento sem causa lícita. O exame judicial do conteúdo do contrato extinto é possível, justamente através da nova visão continuada e de longa duração das relações de consumo, que compõe-se de vários e múltiplos contratos, de contratos acessórios e principais, contratos iniciais e finais, de cadeias de fornecedores solidários por lei em virtude justamente dos laços que formam a catividade de seus clientes, fornecedores e consumidores entrelaçados em relações contratuais complexas de consumo, múltiplas e fluídas que são o novo desfaio de nosso tempo. Vejamos, pois, duas análises destes contratos cativos de longa duração.

A. Contratos Bancários como contratos relacionais ?

O realismo norte-americano[53] denominou estas relações e contratos de

53. Assim Oechsler, Jürgen, Wille und Vertrauen im privaten Austauschvertrag, in RabelsZ 60 (1996), p. 92.

"relacionais" (*relational contracts*)[54], destacando os elementos sociológicos que condicionam o nascimento e a estabilidade dos contratos complexos de longa duração. A contribuição destes estudos, que remontam a 1974 , foi grande, pois observando as relações "não-contratuais", as projeções de troca dos empresários e sua organização em *networks*, baseadas mais na confiança, solidariedade e cooperação no que em vínculos contratuais expressos, desenvolveu a noção de um contrato aberto, de uma relação contínua, duradora ao mesmo tempo em que modificável pelos usos e costumes ali desenvolvidos e pelas atuais necessidades das partes.[55]

O potencial deste modelo de pensamento contratual é fascinante. Identificar um contrato relacional onde há vinculo, mas não necessariamente contratual, como nas parcerias econômicas furtivas e momentâneas de hoje. Identificar um contrato relacional, onde o vínculo oficialmente já acabou, mas há relacionamento a posterior, como em um contrato cumprido, não renovado, mas novado ou mesmo reescrito. Identificar um contrato relacional onde existem vários contratos, com várias e diferentes pessoas jurídicas, como os contratos com bancos múltiplos, 6 contratos em um só, ou um contrato com 4 pessoas diferentes, banco, corretora, financeira, seguradora, ou fornecedora de serviços outros, tudo em um só relacionamento finalístico de consumo! Identificar um contrato de troca real, onde há na teoria um contrato unilateral clássico, como no mútuo, destacando a reciprocidade intrínsica das prestações, dos direitos e deveres principais e anexos, faz com que o nexo (*Finalnexus*) que liga a prestação oficialmente única e a contra-prestação escondida (pagamento de juros pelo capital colocado a disposição e o tempo) reapareça, criando um sinalagma fantasma, uma bilateralidade real, bilateralidade relacional, ousada e absolutamente não-clássica.

Note-se, porém, que este modelo contratual foi criado em virtude de dificuldades específicas e imanentes ao sistema da *commom law* com as relações de longa duração.[56] Estas dificuldades de englobar na relação contratual as promessas e informações não formais ou não escritas, de preencher as lacunas contratuais com uma interpretação integrativa pelo Judiciário são menores em um sistema contratual não solene como o brasileiro ou o continental europeu.[57] Os demais problemas apresentados podem ser solucionados, no direito brasi-

54. O iniciador desta teoria foi Ian Macneil,veja Macneil,p. 691 e seg. Veja também seus outros artigos: Contracts: Adjustement to Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law, in Northwestern U.L.Rev. (1977/78), 854ss; Values in Contract: Internal and External, in Northwestern U.L. 78(1983), 340ss., Relational Contract: What We Do and Do not know, in Wis. L. Rev. 1985, 483ss.

55. Veja a adaptação desta doutrina para o Brasil, em Macedo,Ronaldo Porto Jr., Sociologia Jurídica e Teoria do Direito: A teoria relacional e a experiência contratual, Tese de Doutorado USP, São Paulo, 1997, p. 127 e seg.

56. Assim Oechsler, p. 93. Especial dificuldade apresenta a doutrina da „Consideration" na conclusão de renegociações ou modificações contratuais não formais.

57. O sistema do CDC, que será analisado mais adiante, segue esta linha não solene e ainda a amplia nos artigos 30, 34 e 48 incluindo toda e qualquer informação na relação contratual de consumo. Sobre o sistema continental europeu, veja Oechster, p. 109ss.

leiro, pelos princípios da confiança, da boa-fé, da acessoriedade das relações de pré-consumo ou pela teoria da aparência.[58]

Sendo assim, a mais importante contribuição destes estudos para a nova teoria contratual brasileira é a criação de um modelo teórico contínuo que engloba as constantes renegociações e as novas promessas, bem destacando que a situação externa e interna de catividade e interdependência dos contratantes faz com que as revisões, novações ou renegociações contratuais naturalmente continuem ou perenizem a relação de consumo, não podendo estas, porém, autorizar abusos da posição contratual dominante, ou -pior- validar prejuízos sem causa ao contratante mais fraco ou tentar superar e descumprir deveres de cooperação, de solidariedade e de lealdade que integram a relação em toda a sua duração.[59]

Em resumo, a teoria do *contrato relacional* pode contribuir, especialmente nos contratos de mútuo e em geral de fornecimento de serviços, para uma nova compreensão da confiança despertada pela atividade dos fornecedores e para a aceitação de uma readaptação constante das relações de longa duração de forma a não frustar as expectativas legítimas das partes, apesar da limitada da vontade manifestada inicialmente.[60]

B. Relações continuadas e novação contratual nos contratos bancários

Apoiados em cláusula específica nos contratos e pela contigência nacional de insolvência e falta de crédito, os bancos brasileiros ofereceram aos consumidores desde 1993 uma revisão contratual "sanadora" e novação da dívida, na qual seriam retiradas dos contratos renegociados a previsão de cobrança de juros reais (juros remuneratórios) superiores a 1% ao mês e outras cláusulas consideradas abusivas na jurisprudência e em leis imperativas, como o próprio CDC. Ficava ali, porém, consolidada e confessa a dívida oriunda de anos de cobrança destes juros exagerados, cumulação de taxas, multas, capitalização mensal e outros abusos.

A cláusula, que permite a renegociação bilateral benéfica ao consumidor, nada tem de abusiva, ao contrário, procura melhorar e adaptar os contratos de consumo às regras existentes no ordenamento jurídico naquele momento. Infelizmente, a sua prática no mercado brasileiro foi perversa. Perversa, pois criou expectativas no consumidor que se iria na revisão "excluir" e "retirar" as cláusulas abusivas de cobrança de juros usurários ou mesmo juros sobre juros. Acabou, porém,

58. Segundo Oechster, p. 114, a teoria do contrato relacional é uma „re-importação" do modelo jurídico alemão. A solução alemã baseada na responsabilidade pela confiança teria sido recebida nos EUA justamente para suprir os problemas da common law com relações de longa duração e que agora, estaria retornando ao continente. A leitura do original de Macneil, ao contrário, parece partir de observações básicas sociológicas, quanto às raízes do contrato, para só então aprofundar-se na relação de confiança, veja Macneil, p. 701ss. em especial.

59. Como ensina Macedo, Relacional, p. 335, a teoria contratual relacional tem função descritiva, analítica, mas „o modelo relacional tem também caráter normativo e prescritivo. Assim é que ele recomenda uma revalorização e ampliação do uso do princípio da boa-fé, justiça e equilíbrio contratual como princípios capazes de orientar os agentes contratuais e operadores do direito na direção do reconhecimento das circunstâncias fáticas concretas."

60. Assim também conclui Oechster, p. 117ss.

preservando o abuso, consolidando-o em imensas e impagáveis dívidas. Perversa, pois ao retirar do contrato atual as cláusulas abusivas, ao impor ao consumidor que confessasse a dívida oriunda do abuso, quase impossibilitou a atuação reequilibradora do Judiciário. Geralmente os fornecedores exigiram a assinatura de confissão de dívida total ou assinatura de títulos de crédito, preservando os juros já cobrados e o passivo deles resultantes já existente, em ficta declaração que o pagamento era devido, para só então elaborar a novação contratual, agora, sim, sem as cláusulas abusivas e em texto uniforme pré-elaborado unilateralmente.

Em outras palavras, os débitos e encargos resultantes de cláusulas tão abusivas que foram retiradas pelos próprios Bancos e agentes financeiros na renegociação, encargos contrários à boa-fé, mesmo assim foram cobrados e foram incluídos no passivo, no total da dívida. Este total foi transportado para a renegociação, assinada confissão ou título executivo extrajudicial pelo total da dívida e apenas as cláusulas foram retiradas do texto, não seus efeitos abusivos já ocorridos.

Esta atitude quase paralizou o controle do Judiciário brasileiro, pois na relação de consumo atual o contrato não mais apresentava as referidas cláusulas abusivas, a prestação inicial (débito) fora paga por novação e o dever de adaptar seus contratos ao CDC já teria sido cumprido. A defesa dos Bancos era simples, afirmando que adaptara seu contrato e que não cobrava tais juros usurários ou praticava anatocismo. Meia verdade quase destruidora, pois o controle do conteúdo dos contratos não é só atual, mas sim desde o início da relação contratual de consumo, relação continuada vista como um processo finalístico, como uma relação de deveres mútuos de conduta, de boa-fé e de prestação, que se prolonga no tempo até atingir o seu fim: o bom cumprimento do objetivo inicial do contrato e das expectativas legítimas (somente as legítimas) de ambos os contratantes. No caso concreto, abusiva foi a cobrança durante anos de encargos baseados ou sustentados por cláusulas consideradas por lei (Constituição e CDC) e por jurisprudência pacífica como abusivas e/ou lesionárias.

A jurisprudência gaúcha respondeu a esta *renegociação contratual prejudicial ou revisão abusiva* de forma clara. Considerou viável a revisão e o controle do conteúdo de toda a relação, em suas várias fases e contratos renegociados.[61] A relação é efeti-

61. Bom exemplo desta linha jurisprudencial são as decisões, ainda não publicadas, do TARGS, com as seguintes ementas: „ Título Executivo Extrajudicial - Ação Declaratória Revisional de Contratos - Renegociação. Viável a revisão de toda relação negocial, haja vista ser verificável no contrato de renegociação a incidência de encargos excessivos, o que, por certo, se repetiu nos contratos renegociados. - Art. 42, Parágrafo Único do CDC – Não há que se falar em quantia indevida, uma vez que o contrato foi livremente firmado, incidindo os encargos contratuais. O que ocorre é a abusividade das cláusulas contratuais...O índice mais favorável à recorrente é o IGP-M, devendo este o adotado... Não caracterizada a mora, iniviável a cobrança de multa contratual. ...- Juros Remuneratórios. Quer pela auto-aplicabilidade da norma constitucional, ou pela legislação infraconstitucional, os juros estão limitados em 12% ao ano. - Capitalização. Anual (Súmula nr. 121 do STJ e Decreto nr. 22.626/33)... "(Ap.Civ. 196 123 558, 5ª C. TARGS, j. 05.09.96, Rel. Juiz Jasson Torres). "Embargos à execução - Instrumento particular de confissão de dívida e vedação da capitalização mensal - Juros moratórios - Índice de correção monetária...A alegada novação da dívida não impede a revisão de toda a contratação entre as partes, se esta contém cláusulas nulas..."(Ap.Civ. 196 256 275, 4ª C. TARGS, j. 27.03.97, Rel. Juiz Manuela Martinez Lucas).

vamente continuada[62], é um contrato cativo de longa duração, em que o consumidor, na prática, aceitará qualquer renegociação, mesmo que abusiva ou a ele extremamente prejudical para que não vençam antecipadamente seus débitos e tenha tempo de cumprir sua prestação.

No caso, a renegociação nunca poderia ser negada, pois era sanadora de um dos grandes problemas destas relações econômicas: o preço do crédito, o custo do serviço bancário no Brasil. O que há é impossibilidade jurídica de sanar a nulidade ou ilegalidade por novo acordo, por confissão de dívida ou renegociação das obrigações.[63] As cláusulas antigas eram abusivas, tanto que foram retiradas, logo, seus efeitos também estão contaminados por esta abusividade e devem ser retirados da relação adpatando-a à ordem jurídica então vigente.[64]

Mister se faz a declaração da abusividade das cláusulas pretéritas, para sanar a relação, reequilibrando-a, declarando-se, por conseguinte, indevidos os encargos e ônus resultantes destas cláusulas abusivas nulas, de efeitos sempre presentes. É cabível a repetição do indébito.[65] Note-se que a nulidade da cláusula pelo CDC é absoluta, logo, retroage, tornando ilícita a cobrança realizada e diminuindo a dívida atual do consumidor.[66] Não haven-

62. Assim a jurisprudência majoritária da 4ª Câmara Cível do TARGS, como se observa nas seguintes emendas: "Contratos Bancários- Revisão. É cabível a revisão de todos os contratos, mesmo consolidados em renegociação de débito. Relações negociaciais que constituem uma situação jurídica continuativa que deve ser encarada como uma unidade...."(Ap. C. 196104160, Rel. Juiz Moacir Leopoldo Hasser); "Revisão de Contrato - Confissão de Dívida. A confissão de dívida não impede a revisão do débito nas relações jurídicas continuativas, adequando-se à ordem jurídica. Limite de juros e sua capitalização. Juros de mora e multa. Correção monetária e comissão de permanência. Sunstituição da TR pelo INPC: jurisprudência do STJ." (Ap. C. 196088041, Rel. Juiz Moacir Leopoldo Hasser).

63. Veja decisão, ainda não publicada, do TARGS em relação inter-empresarial, mas que no mérito pode servir como exemplo: "Ação Revisional de Contratos Bancários e Repetição de Indébito e/ou compensação. Possibilidade de revisão: relação jurídica continuativa. impossibilidade de validar-se por novação obrigações nulas ou ilegais. Exegese do art. 1007 do Código Civil . Limite legal de juros e sua capitalização. distinção entre juros remuneratórios e juros moratórios. Elevação da taxa pelo inadimplemento. Correção monetária. Sucumbencia. Provimento parcial do primeiro e integral do segundo apelo.")..."(Ap.Civ. 196 121 811, 4a C. TARGS, j. 20.02.97, Rel. Juiz Moacir Leopoldo Haeser).

64. Assim decisão da 4a Câmara Cível do TARGS: "Revisão Contratual - Cabimento. Cabe a revisão dos contratos bancários para adequação de suas cláusulas à ordem jurídica, em especial no tocante à taxa de juros e sua capitalização. Precendentes da Câmara e do Superior Tribunal de Justiça. Extensão da revisão: relação jurídica continuativa."(Ap.C. 196089858, Rel. Juiz Moacir Leopoldo Hasser).

65. Assim a decisão do TARGS, em relação inter-empresarial de leasing, em que forte no art. 29 se aplicou o CDC: „Repetição do Indébito. Aplicação do CDC para a hipótese de considerar Erro - Caso de nulidade absoluta. É cabível a repetição do indébito em contratos já quitados. Quem cobra juros acima de 12% viola expressa disposição de lei. Logo, não há erro(defeito do ato anulável), mas ilícito (defeito do ato nulo). Ademais, mesmo que se considere erro, incide o Código de Defesa do Consumidor, inversão do ônus da prova. Assim não cabe ao devedor provar que pagou com erro, para repetir o indébito, é à instituição financeira que incube demonstrar que cobrou com acerto. Logo, é a instituição financeira quem deve provar que não houve erro.Voto vencido. Apelação desprovida.")..."(Ap.Civ. 196 246 151, 5a C. TARGS, j. 12.06.97, Rel. Juiz Rui Portanova).

66. Note-se que mesmo se a nulidade imposta pelo CDC fosse *ad argumentandum* relativa, não teria sido sanada pelo novo acordo, porque também contrato de adesão, segundo o art. 54 do CDC, não se presumindo pois que o interessado (prejudicado), o consumidor, com ela tenha concordado efetivamente, se entrou com ação específica em contrário para rever o texto e retirar da relação continuada os efeitos dos abusos antes cometidos. Frise-se que a nulidade imposta pelo CDC é absoluta, até mesmo porque os direitos assegurados no Código são indisponíveis, uma vez que o CDC é norma de ordem pública (art. 1 do CDC), não prevalecendo sobre eles os acordos e contratos particulares.

do mais "causa" para a cobrança de juros executada, reduz-se a dívida, e o pagamento indevido deve ser devolvido. Descabe exigir-se a prova do pagamento errado, como previa o art. 965 do CCBr., pois no sistema do CDC, é dever e risco profissional do fornecedor cobrar corretamente e segundo lhe permitem as normas jurídicas imperativas (vide art. 42, parágrafo único do CDC).[67]

A alegada novação da dívida não impede a revisão de toda a contratação entre as partes, se esta contém ou continha cláusulas nulas. O controle do conteúdo da relação de consumo contratual autorizado pelo CDC se mostra possível mesmo com o contrato findo, segundo a jurisprudência[68], pois absoluta a nulidade[69] e (pós) eficaz o paradigma da boa-fé. Note-se aqui força do princípio da boa-fé objetiva no novo direito dos contratos, força que permite, ao exemplo da pós-eficácia dos deveres anexos (de sigilo, de cooperação, de cuidado e de não-concorrência), uma pós-eficácia do controle do sinalagma inicial (!), do equilíbrio econômico da relação e da licitude destas cobranças abusivas, mesmo quitado o contrato, realizado - teoricamente- o seu fim principal.

A cláusula e a prática em contratos de adesão que permite a renegociação prejudicial ao consumidor, a revisão contratual abusiva de forma a fraudar o controle do conteúdo da relação contratual continuada é contrária à boa-fé e a lealdade normal entre parceiros contratuais reiterados. Se válida fosse, seria figura próxima a fraude à lei, pois traz um véu de "legalidade" a uma relação contínua que por anos sofreu o impacto da abusividade das cláusulas principais. Esta renegociação, esta revisão contratual, autorizada em cláusula e mesmo que consensual, não pode ter como efeito sanar a nulidade absoluta imposta pelo CDC em seus art. 51 e seguintes. Não há como, por manifestação de vontade das partes, mesmo que teoricamente livre, escapar ao controle e ao patamar mínimo de boa-fé e equilíbrio imposto imperativamente pelo CDC. Esta também é a lógica do Projeto de Código Civil de 1984 quando em matéria de novação expressamente dispõe que: "Não podem ser objeto de novação obrigações nulas" (art. 366 do Projeto 118/84). O absolutamente nulo não se sana por vontade das partes !

Ainda quanto ao Projeto de Código Civil de 1984 deve ser também analisado um outro aspecto, pois que este projeto

67. Assim concorda Benjamin, Forense, 3ª Ed., p. 248-249.

68. No voto vencido da decisão antes mencionada defendia o Relator inicial Juiz Márcio Borges Fortes que "a revisão de cláusulas contratuais só se mostra possível quando ainda em curso o contrato", sendo então a autora „carecedora da pretensão deduzida na inicial, por absoluta impossibilidade jurídica do pedido." (Voto do relator vencido, p. 3 e 4 do citado acórdão Ap.Civ. 196 246 151, 5ª C. TARGS, j. 12.06.97, Rel. Juiz Rui Portanova).

69. Assim o Relator vencedor no referido acórdão: „Cobrar juros acima de 12% é ato com objeto ilícito, pois afronta texto expresso de lei. Logo é ato nulo (inválido). ...esta Câmara tem aceitado, sem qualquer dissonância, a revisão (e por conseqüência o abatimento de valores pagos a maior) em casos de continuidade negocial em que os contratos subseqüentes quitam os conseqüentes. Sei, o presente caso é diferente. Naquelas hipóteses o pagamento do contrato dá-se por via da novação. Aqui o pagamento foi feito em dinheito. A lei não restringe forma de pagamento, para a imposição do indébito...não cabe ao julgador restringir...(Voto do Relator, p. 6, Ap.Civ. 196 246 151, 5ª C. TARGS, j. 12.06.97, Rel. Juiz Rui Portanova).

legislativo positiva a figura da lesão, valorizando – pelo menos a primeira vista – o mencionado estado de "premência", de "necessidade", de "inexperiência" que acabam por levar ao consumidor a aceitar "prestação manifestamente desproporcional" (art. 156 do Projeto 118/84). Este paradigma da lesão, parece-me, data vênia, porém, não ser o melhor, pois remete a uma consideração econômica e não moral da dívida consolidada na novação "sanadora". Note-se igualmente que a lesão positivada no Projeto de 1984, em seu texto aprovado pelo Senado, não é o referido paradigma de equilíbrio geral, mas sim um vício da vontade, vontade esta privada revisitada e revalorizada. Sendo assim a lesão pelo Projeto de novo Código Civil será sancionada somente com a nulidade relativa (art. 177,II), como um outro vício da vontade.

Penso que no caso em exame não há vício da vontade, mas vontade em espaço não mais reservado para a autonomia de vontade, vontade limitada por novos paradigmas legais, pois não há mais espaço para o auto-regramento privado através de cláusulas consideradas abusivas pelo CDC; justamente por ser de ordem pública a norma do CDC, logo, indisponível pela vontade das partes. A *ratio* no CDC é a proteção da vontade do consumidor, limitando também o seu poder de auto-submissão ao outro co-contratante, visualizando de forma bastante realista que assim como o consumidor aceitou sem discutir o primeiro texto contratual por adesão, aceitará também o da renegociação ou da novação, mas que ex vi lege nenhum dos dois pode conter abusos ou autorizar práticas contrárias ao novo patamar de boa-fé nas relações de consumo.[70]

Sem querer trazer uma conclusão *stricto sensu* a tema tão novo e polêmico como o aqui exposto, gostaria de frisar, por fim, que face à realidade atual impõe-se pensar as relações bancárias múltiplas atuais e pós-modernas como contratos cativos de longa duração submetidos ao novo regime contratual do CDC, sempre que o outro co-contratante for um consumidor. As operações bancárias, os contratos oferecidos no mercado brasileiro, envolvendo serviços e produtos, dentre eles o crédito, estão regidos pelas regras gerais sobre contratos e pelas regras especiais do CDC, em caso de contratos bancários de consumo. As relações contratuais bancárias são múltiplas e complexas e visualizadas hoje, como formadas por um feixe de deveres principais e anexos negociais, e de deveres de informação, e de lealdade pré- e pós-negocial, isto é, de "vinculações extranegociais"[71] e negociais que se prolongam no tempo a sujeitar os contraentes a deveres indisponíveis.

70. Assim pondera o Juiz Carlos Alberto Alves Marques na referida Ap.Civ. 196 246 151, 5ª C. TARGS, j. 12.06.97, Rel. Juiz Rui Portanova, p. 6: "...tratando-se de contrato de adesãao, não é ao devedor que incube provar ter pago com erro, para repetir o indébito, é ao Banco que cabe demonstrar ter cobrado com acerto, para inviabilizar a pretensão...De fato, não há como negar que os contratos bancários, como o questionado, são de adesão, já que as instituições bancárias os apresentam prontos, segundo as diretrizes da orientação macroeconômica vigorantes, legais ou não, constitucionais ou não, sem que o cliente possa discutir suas cláusulas, tal como está no art. 54, do CDC, que se aplica aos serviços bancários, financeiros e de crédito, como, com evidente clareza,. consagra o § 2º, do art. 3º, da dita lei."

71. Menezes Cordeiro, pg. 24, citando ensinamentos de Canaris, in Bankvertragsrecht, vol. 1.

Há, efetivamente, uma nova geração de contratos de consumo de massa, a qual demonstra uma importância renovada (e mesmo avassaladora) na prática jurisprudencial atual e que estamos aqui denominando de pós-moderna ou de "*contrato cativo de longa duração*", mas que também pode ser considerada "relacional", se assim preferirem. Mais importante do que acrescentar uma nova denominação a estes novos e velhos contratos, hoje, complexos é identificar esta nova prática e os desafios propostos por estas relações contratuais em cadeia, fluídas, complexas, solidárias, múltiplas, formalmente desconectadas, mas intrinsicamente acessórias ao consumo e que reduzem a uma impresionante posição de catividade e de extrema vulnerabilidade técnica e jurídica o leigo, o consumidor. Do civilista atual esperasse possam contribuir seus estudos para o desenvolvimento de uma nova linha de pensamento, assentada nas figuras, conceitos e direitos da antiga dogmática do século XIX, mas que seja capaz de resolver os problemas práticos do dia a dia desta nossa complexa e momentosa vida em sociedade e do desafiante mercado atual. O direito privado deve ser um instrumento de Justiça e de equilíbrio das relações, a criar harmonia em sociedade e a incentivar o tratamento leal e de boa-fé entre todos e não um instrumento para perenizar abusos e consolidar desequilibrios contratuais continuados.

Projeto do Código Civil – A Importância das Cláusulas Gerais na Regulação do Direito Pessoal e Patrimonial de Família[1]

Eduardo Silva da Silva
Mestrando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

"Um código não pode deixar de ser a imagem da comunidade a que se destina e, ao mesmo tempo, deve ser a antecipação de imagem que está sendo fabricada através do trabalho, das expectativas, das esperanças e das desilusões da coletividade" (Miguel Reale, in Considerações Gerais sobre o Projeto de Código Civil. Projeto de Lei nº 634, de 1975, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume LXXI, 1976).

SUMÁRIO

Introdução.

Parte I – Estrutura do Direito de Família no Projeto do Código Civil:

A) Direito pessoal e patrimonial de família;

B) Cláusula geral da comunhão plena de vida *e suas repercussões.*

Parte II – Elementos de cisão e ressistematização do Direito de Família:

A) O Direito de Família como um modelo aberto;

B) Inter-relações sistêmicas. Apontamentos conclusivos.

O tema que iremos abordar reveste-se de especial importância em face da votação, pelo Senado Federal, do Projeto de Código Civil em tramitação desde 1975.[2] No que concerne especificamente ao Direito de Família, sua elaboração, de ares inovadores e ousados para época, garante ainda hoje surpreendente atualidade em comparação aos mais modernos ordenamentos jurídicos contemporâneos e a permanente evolução cultural acerca desta matéria. Da lavra do Professor Clóvis do Couto e Silva, falecido em 1992, Professor Catedrático de Direito Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, civilista reconhecido internacionalmente por sua visão peculiar do Direito, o livro de Direito de Família pôde auto-renovar-se através do

1. Trabalho realizado na disciplina Teoria Geral do Direito Privado, sob a orientação da Professora Doutora Judith Martins-Costa.

2. A comissão que elaborou o projeto de Código Civil foi coordenada pelo Professor Miguel Reale e era composta também por José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun e Torquato Castro. Tratava-se do Projeto de Lei nº 634/75 no Senado Federal.

tempo graças à utilização da técnica conhecida como cláusulas gerais, que consiste, sob o enfoque da técnica legislativa,

> uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente "aberta", "fluída" ou "vaga", caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complete ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, **fundamentarão a decisão**, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressistematização destes elementos originariamente extra-sistemáticas no interior do ordenamento jurídico.[3,4]

Surpreende, contudo, que a imprensa nacional, ao divulgar a tão esperada votação, tenha concentrado sua cobertura, exclusivamente, em aspectos meramente formais e superficiais do projeto. Questões de pura terminologia e redação, já há muito superadas pela prática forense, pela jurisprudência e, sobretudo, pela nova ordem constitucional instaurada em 1988, ofuscaram o conjunto de técnicas legislativas e opções doutrinárias, que tornam valioso o projeto.

O Senador Josephat Marinho – Relator-Geral do Projeto no Senado – expressa com clareza a questão subjacente ao advento de um novo código, qual seja, a de decidir pela manutenção de um sistema codificado e de discernir que modelo de codificação é adequado ao tempo presente.[5]

3. Para melhor conhecimento da obra do Professor Clóvis do Couto e Silva, consulte-se o obituário elaborado pelas professoras Judith Hofmeister Martins Costa e Vera Maria de Fradera, publicada na *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 3, setembro/dezembro de 1992, da qual retiramos, exemplificamente, o seguinte extrato de sua obra: *A obrigação como processo*, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1976; *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume XII, Tomos I e II, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1977 e 1982, respectivamente; *Les Principes Fondamentaux de la Responsabilité en Droit Brésillien et Comparé – Cours Fait à la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de St. Maur*, 1988. *Weltwirtschafsordnung: Die Christliche Alternative zum Marximus*, Ed. *Union de Fribourg Institut International de Sciences Politiques et Sociales, Bonn*, 1973; *Legal Orders del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofia del Derecho y Filosofia Social*, vol. II, Ed. *Universidad Autónoma de México*, 1982; *O princípio da Boa-fé no Direito Civil Brasileiro e Português, in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, RT, São Paulo, 1980; *O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro, in* RT 628/7 e Ajuris 40; *Les Groupes de Societés, in Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, 1990; *Para uma História dos Pensamentos de Otto Karlowa e de Oskar Bullow, in Revista de Processo*, volume 37, São Paulo; *O conceito de empresa no Direito brasileiro, in Revista Ajuris*, vol. 37, Porto Alegre; *A Teoria da Base do Negócio Jurídico no Direito Brasileiro, in* RT 655/7; *Miguel Reale, Civilista, in* RT 672/53; *O conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado, in* RT 667/7; *O princípio da Boa-fé e as condições gerais dos negócios, in Condições Gerais dos Contratos Bancários e a Ordem Pública Econômica*, Coleção Anais Jurídicos, Curitiba, 1988. Recente coleção lançada pela Livraria e Editora do Advogado de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, recupera artigos do autor. Trata-se da coletânea *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, organizado pela Professora Vera Maria Fradera, 1997.

4. Judith Hofmeister Martins Costa. *Sistema e cláusula geral: A boa-fé objetiva no processo obrigacional*, tese inédita de doutoramento em Direito Civil, Universidade de São Paulo, 1º e 2º volumes, 1996, citação da página 370 do 1º volume. Sobre cláusulas gerais, ver por todos: Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993; Franz Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989; e Judith Hofmeister Martins Costa, "As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico", *Revista dos Tribunais*, volume 680, páginas 47/58.

5. Senador Josephat Marinho, Parecer final do Projeto de Código Civil, página do Senado Federal na Internet: http://www.senado.gov.br.

Para adequado entendimento desta exposição é preciso que se compreenda o Direito não como um mero conjunto de regras normativas, desvinculadas, independentes e soltas no espaço. Há que se entendê-lo, ao contrário, como um **sistema**, vale dizer: como um *método de organização ou de ordenação*.[6] Não há que se confundir a idéia de sistema jurídico com a de ordenamento jurídico, haja vista que o primeiro *exprime as relações, nem sempre existentes*, entre as diversas normas que compõem o segundo; *o ordenamento é uma espécie de ecossistema que pode abranger uma grande variedade de sistemas e subsistemas normativos*.[7] Sistema, portanto, quer significar também para o Direito *conjunto, ordem, coerência e unidade*.[8]

Nesta perspectiva queremos caracterizar o Direito como um sistema específico, um sistema de **valores**. Raul Mugaburu diz que *o Direito é um sistema de valorações predominante na sociedade e imposto pelo Estado com caráter público e geral e cuja aplicação, necessariamente obrigatória, regra a ação social para garantia do fim comum da comunidade*.[9] Temos, portanto, uma definição do sistema jurídico como um sistema mais filosófico do que propriamente jurídico. Da idéia de sistema como um conjunto de valores resulta a conseqüência lógica que são estes valores que traçam o perfil do sistema jurídico e suas conexões internas e externas. Os valores servem, assim, como elos da corrente que compõem o ordenamento jurídico.[10]

Além da Constituição Federal e do Código Civil, vigem exemplificativamente, em matéria de Direito de Família, a Lei do Divórcio, com todas as suas alterações posteriores (Lei nº 6.515/77), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.078/90), o texto normativo que estabelece parâmetros para a investigação ou reconhecimento da paternidade (Lei nº 8.560/92), a Lei que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão (Lei nº 8.971/94), sem deixar de mencionar também o diploma legal que regulamenta o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal – Lei da União Estável (Lei nº 9.278/96). Resta, assim, ao aplicador do Direito operar em um emaranhado disperso e confuso de normas, contendo muitas vezes disposições de natureza substantiva e adjetiva, permissivo de antinomias e perplexidades interpretativas. Evidencia-se, desta forma, a ausência de um nexo, de um liame que reúna a todos estes diplomas e lhe empreste a coerência de um sistema. Carece, portanto, o Direito de Família daquilo que o Professor Clóvis chamou de **unidade valorativa** e **conceitual**,

6. Judith Hofmeister Martins Costa, *Sistema e Cláusula Geral*, ob. cit., página 40.

7. *Ibidem*, página 41.

8. *Ibidem*, página 39.

9. Tradução livre do texto do Professor Raul Mugaburu, *Esquemas sobre la sistematica del derecho (schemi sulla sistematica del diritto)*, Univeristá di La Plata, s.d., mar. 1952, p. 438, *apud Revista di Diritto Civile*, 1956

10. O direito como sistema de valores é um enfoque típico de autores como Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. Também Hermann Eicheler *in* "Codificação do Direito Civil e teoria dos sistemas de Direito", publicado na *Revista de Direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, Revista dos Tribunais, nº 2, páginas 43/57, outubro/dezembro de 1977; e ainda Raul Mugaburu, *Esquemas sobre la sistematica del derecho (schemi sulla sistematica del diritto)*, ob. cit.

ou seja, **de um núcleo valorativo e uma técnica comum no Código Civil e nas leis especiais.**[11]

Perceba-se que, quando do início da vigência do atual Código Civil, essa **unidade valorativa** no Direito de Família era realizada pelo próprio conceito de **poder marital.**[12] O feixe de direitos (e de obrigações) no qual consistia o poder do marido sobre toda a família representava a unidade do sistema legal familiar. Essa realidade tem origem remota. No dizer do Professor Cláudio de Cicco, *a Revolução Francesa partiu da defesa da liberdade, para num segundo momento suprimi-la em nome da igualdade.*[13] Se na ordem política Napoleão praticamente negava os ideais abstratos da Revolução, assim também o código na ordem privada. O *Code* de Napoleão, o qual influenciou decisivamente no projeto elaborado por Clóvis Beviláqua, concebia um pátrio poder que significava o poder absoluto do marido e o direito do pai sobre o filho e sobre toda família.[14]

O alvorecer, entretanto, do princípio da igualdade iluminando o ordenamento jurídico, seja pela via jurisprudencial, doutrinária ou legal, determinou o fim deste modelo de poder marital absoluto. O homem e seus interesses deixam de ser o núcleo do Direito de Família e também a mulher (Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121/62) e os filhos (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90) passam a ser plenamente sujeitos de direito e a merecerem regramentos jurídicos específicos. Reconhece-se a não-igualdade real entre eles, o que determina a criação de normas jurídicas próprias para regular os microuniversos jurídicos no qual estão inseridos estes novos sujeitos. Entretanto, a criação destes microssistemas jurídicos se dá de forma assistemática, não havendo eixos de ligação ou mesmo um sistema central que empreste subsídios uniformes a toda a estrutura.

A manifestada assistematização que restou demonstrada propõe aos operadores do Direito grande inquietação. Qual a solução? Restaurar as ruínas do Código Civil, como um sistema fechado, absoluto em si mesmo, onde se pretenda encontrar todas as soluções para todos os problemas do hoje e do porvir? Ou, como sugere o Professor Haroldo Valladão, instituir um código próprio apenas para o Direito de Família e Sucessões, na pretensão de esgotar toda a possibilidade de hipóteses jurídicas?[15] Talvez, embora sem tanto ceticismo, seguirmos a **caminho dos microssistemas**, como enfatiza Orlando Gomes?[16] Mas que modelo de microssistemas será este e que relação estabelecerá com um virtual eixo central?

Desde já quero adiantar que as respostas para estas questões estão em construção e não serão encontradas neste trabalho. Pretendo apenas compartilhar as dúvidas e questionamentos.

Na primeira parte, examinaremos a estrutura do Direito de Família conforme disposto no Projeto de Código Civil;

Na segunda parte, tentaremos identificar alguns elementos viabilizadores de uma nova concepção de Direito de Família, organizado como um sistema orgânico e coeso, informado por valores comuns.

Parte I. Estrutura do Direito de Família no Projeto do Código Civil

Antes de iniciarmos o estudo da estrutura inovadora que o Projeto de Código Civil empresta ao Direito de Família, é interessante que examinemos as diretrizes perseguidas pela Comissão que o elaborou:

- a **primeira** é a diretriz **sistemática**: o Código precisa ter uma unidade sistemática.
- Em seguida, temos **a eticidade** – manifestada raramente no atual Código Civil de postura individualista, consistente em exigências de ordem moral a que o legislador atribui ao operador do Direito, no caso concreto, a sua concreção.
- Levou em conta também a incidência dos **valores sociais** sobre os jurídicos.
- E por fim, a **operabilidade** que visa à efetiva aplicação do Direito na vida as pessoas.[17]

A. Direito Pessoal e Patrimonial de Família

Dito isso, quero dizer que nem sempre o óbvio é tão óbvio. E há vezes nas quais afirmar o óbvio significa justamente rasgar concepções arraigadas, perenes, com *status* de verdades postas e inatingíveis.

Neste sentido, parece-nos bastante óbvio afirmar que a essência do direito é **relação.**[18] Aliás, é notório também que o Direito, enquanto fenômeno, somente acontece onde puder ocorrer relação entre pessoas, entre pessoas e bens, e assim por diante. É, portanto, nas **relações jurídicas** que o cientista jurídico depara-se com o objeto da sua ciência, e fixa o laboratório do seu conhecimento.

Apesar desta obviedade, tem sido prática comum do legislador normar o Di-

11. Tal perspectiva foi evidenciada no artigo "O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro", *Ajuris 40*, 1987, transcrição de conferências que o autor realizou na Europa.

12. Segundo Carlos Silveira Noronha (Separata da Revista Forense, volume 326) em *"Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica": O **pater familias**, que unificava sob sua **auctoritas** todos os membros da família, desfrutava em relação a eles de direitos de ordem pessoal e de ordem patrimonial, tais como a **patria potestas** ou o poder sobre os filhos e netos masculinos; a **manus** ou o poder sobre as mulheres casadas com o **pater** ou com seus descendentes; o **mancipium** ou o poder sobre as pessoas a ele vendidas como escravos (**in mancipi**); e, ainda, a **domica potestas**, que era o poder geral sobre os escravos. Sobre os seus descendentes ou **filii familias**, o poder tinha **o ius vendendi** e o **ius noxae dandi**, ou seja, respectivamente, os direitos de vida e de morte; de abandonar o filho infante, de vender as pessoas sob o seu poder; de livrar-se do filho que comete delito, abandonando-o em favor da parte lesada, através de **novae deditio**.*

13. Cláudio de Cicco, *Direito, tradição e modernidade, poder e autoridade na família e no Estado. Das origens romanas ao direito brasileiro moderno.* Coleção Elementos do Direito, Ícone Editora, Campinas, São Paulo, 1993, página 142.

14. Em artigo publicado na revista da Faculdade de Direito da USP, volume 88, 1993, e intitulado *Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos*, o Professor Silvio Rodrigues assevera que nas Ordenações (Liv. V, Tit. 326, parágrafo 1º) o regramento entendia não ser passível de censura aquele que castigasse criado, ou discípulo, ou sua mulher ou seu filho ou seu escravo.

15. Haroldo Valladão em O Direito Civil, o Código Civil Brasileiro e o Projeto de sua Reforma, *Revista de Informação Legislativa*, nº 48, ano XII, outubro/dezembro de 1975.

16. Orlando Gomes *in* "A caminho dos micros-sistemas" (*sic*), *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário*, Forense, Rio de Janeiro, 1984.

17. Miguel Reale, O *Projeto de Código Civil*, Editora Saraiva, 1986.

18. Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do Fato Jurídico*, Editora Saraiva, 1994.

reito de Família na forma de institutos jurídicos, não privilegiando com maior atenção as relações jurídicas que os compõem. Esta classificação os organiza de forma estanque, sem comunicação com os demais institutos e nem com as relações jurídicas que lhe são integrantes. Nesse teor, o casamento, a filiação e o parentesco, por exemplo, passam a ser vistos como fenômenos distintos e não relacionados entre si. As relações jurídicas que integram os institutos são percebidas de forma indireta, como por um espelho, sob foco nem sempre adequado. Afasta-se, nessa óptica, a possibilidade de analisar objetivamente os tipos de relações jurídicas, suas peculiaridades e as interpenetrações recíprocas que elas estabelecem.

Relevante, neste sentido, a contribuição de Clóvis do Couto e Silva ao segmentar o livro de Direito de Família no Projeto de Código Civil em duas grandes e inovadoras seções: **direito pessoal de família** e **direito patrimonial de família**. Esse critério leva em conta que nas relações de família existe em vínculo de natureza **moral**, jurisdicializado apenas parcialmente, e outro vínculo de **natureza patrimonial**, uma relação econômica, sem a qual seria impossível a manutenção do *status* de família.

Visualizam-se, assim, claramente, relações jurídicas de direito pessoal e relações jurídicas de direito patrimonial, anteriormente ofuscadas pela sombra que os enormes institutos faziam sobre as relações jurídicas. Esse corte epistemológico é vital, porque é da natureza da relação jurídica que iremos extrair os efeitos jurídicos, as condutas e os papéis que os figurantes das relações irão realizar.

É de se notar que talvez, em nenhum outro ramo do Direito, esse eclipse era tão expressivo.[19] Talvez, em nenhuma outra parte do Direito Positivo, os institutos carreguem no seu bojo tão grande carga de relações de natureza diversa.

Por exemplo, recuperemos os institutos do casamento, da filiação e do parentesco. Cada um desses institutos é depositário **concomitantemente** de relações distintas de natureza pessoal e de natureza patrimonial. No entanto, se fixarmo-nos apenas no instituto, aplicaremos às relações jurídicas lá embutidas uma leitura uniforme, ignorando e massificando as peculiaridades e – diria mais – as **potencialidades** das relações jurídicas que eles contêm.

Miguel Reale, com razão, defende que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja sempre preservada. Ora, a perspectiva reducionista de classificar o Direito de Família como uma unidade completa, diluída em institutos estanques, consegue o seu pior resultado ao não reconhecer que no mundo dos fatos a mesma pessoa assume vários papéis sociais. Ora, se é pai, ora se é filho, ora se é irmão, profissional, religioso, e assim por diante. Também ao Direito, e sobretudo ao Direito de Família, cabe

19. Utilizo esta expressão para mero efeito didático. Acerca da ausência da dicotomia entre direito público e privado, consultar Ludwig Raiser, "O futuro do direito privado", *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 9, nº 25, página 17, 1979.

reconhecer que ora se é pessoa – titular de direitos específicos oriundos da relação matrimonial e familiar, e ora se é proprietário ou administrador de bens próprios, da comunhão que se estabeleceu ou pertencentes a seus filhos.

No entanto, trata-se sempre da mesma pessoa, que simplesmente assume diversos papéis não havendo por que segmentar, de forma absoluta, o indivíduo enquanto membro do núcleo familiar ou enquanto proprietário de certos bens.[20] Ao contrário, os conceitos devem interagir, naquilo que o Professor Miguel Reale chama de **dialética da complementaridade**:

> as regras jurídicas se desenvolvem na **experiência histórica** também como resultado da complementaridade essencial e inseparável entre a experiência jurídica pré-categorial e a experiência jurídica cientificamente ordenada, numa contínua interpenetração de influências, sem a qual não se abrange o complexo mundo do Direito *(grifo nosso)*.[21]

O projeto adota, assim, uma visão realística e plena do fenômeno familiar. O ente familiar não é exclusivamente uma reunião de afetos ou de patrimônios, mas o resultado da interação dinâmica destes dois componentes, juridicamente regrados. Outra não poderia ser a opção legal para que se estabeleça um liame efetivo entre a norma, o fato e o valor:

> então o Direito não é um fato que plana na abstração, ou seja, solto no espaço e no tempo, porque também está imerso na vida humana, que é um complexo de sentimentos e estimativas. O Direito é uma dimensão da vida humana. O Direito acontece no seio da vida humana.[22]

A distinção proposta no Projeto tem, portanto, o mérito de reconhecer a existência de dois universos de relações jurídicas – pessoais e patrimoniais –, permitindo que se dispense a elas tratamento adequado.[23]

No direito pessoal de família – reside a maior especificidade. As relações circunscritas no núcleo familiar não se amoldam ao conceito clássico e hoje já desgastado de Direito subjetivo. Vejamos o exemplo dos deveres de fidelidade e coabitação – permeados de profunda pessoalidade e – acrescentaria – de profunda intimidade. Com razão Clóvis do Couto e Silva alerta que, na classificação das relações íntimas familiares, não haveria como enquadrá-las no conceito clássico de Direito subjetivo, ou ainda, ilusoriamente, tentar adequá-las a outros tipos de classificação que abstraíssem a titularidade destas relações.[24] Vale dizer: a mulher não possui um

20. Clóvis do Couto e Silva, "Temas atuais do Direito de Família no anteprojeto do Código Civil", cópia de palestra proferida no Instituto dos Advogados de São Paulo, em 07 de março de 1973. Biblioteca da Faculdade de Direito da UFRGS.

21. Miguel Reale, *Teoria Tridimensional do Direito*, Editora Saraiva, página 105, 1986. Consultar também o *Direito como experiência*, São Paulo, 2ª edição, Saraiva, 1992.

22. Miguel Reale, "Linha evolutiva da teoria tridimensional do Direito", *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, volume 88, 1993.

23. Deparei-me com duas diversas redações do Projeto de Código Civil: a redação final de 1975 e da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, datada de 1989, aparentemente mais atualizada. Para efeitos didáticos, não utilizarei a numeração que os artigos citados adotam no conjunto do Projeto ou no livro de Direito de Família.

24. Clóvis do Couto e Silva, "Direito patrimonial de família no projeto do Código Civil brasileiro e português", *Revista dos Tribunais*, volume 520, página 14, 1979.

"crédito" sobre a fidelidade e a amorosidade do marido e vice-versa. Não é pertinente, também, falar-se que as relações marido/esposa são *direitos vinculados, direitos-deveres ou direito-função.*

Sob a égide desta nova óptica, que valoriza a dialeticidade entre as relações, encontrariam-se classificadas dentro do **direito pessoal de família** o casamento, as relações de parentesco, a adoção e o pátrio poder. Neste primeiro título do livro estariam as normas que incidem de forma dialética sobre o fato e o valor **afeto**. Ultrapassado o momento histórico da elaboração do Código Civil brasileiro, no qual a família tinha mera função de reprodução, sustento e educação dos filhos, passa-se ao período atual, no qual, *um casal se une para buscar a felicidade através de relações de afeição e solidariedade que significam os pilares da família moderna.*[25] Após a aprovação da Lei do Divórcio, o projeto foi alterado para estabelecer o princípio da igualdade entre homens e mulheres, também no direito pessoal de família, não havendo mais a ligeira supremacia marital que o modelo original pretendia, e que apenas facultava à mulher, em se tratando de questões essenciais e não personalíssimas, a petição judicial para tentar fazer valer sua posição divergente do marido.

No que concerne ao **direito patrimonial de família**, resta dizer que a ele são destinados aqueles institutos que não sofrem de forma tão aguda a carga ética das relações pessoais. Sendo regulados sob a forma do direito das obrigações ou das coisas, não perdem, contudo, a informação dos princípios de Direito de Família. O Professor Clóvis explica que eles permanecem **matizados** com os princípios próprios do Direito de Família.[26]

Entre o rol de inovações advindos pelo projeto, resta comentar sobre a idéia de administração. Essa idéia – entendo – decorre de dois fatores principais: o primeiro é justamente a quebra do absolutismo marital no seio familiar. Já a primeira versão do então Anteprojeto de Código Civil instituía a igualdade plena dos cônjuges em questões patrimoniais. O projeto conservou, todavia, a permanência do usufruto dos bens dos filhos pelos pais, mas agora com a diretiva de que estes devem administrá-los no interesse dos filhos e não no seu próprio.[27] Outra não poderia ser atualmente a orientação, até mesmo em face dos princípios constitucionais vigentes e do microssistema estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.078/90). O segundo fator resulta da complexidade da vida moderna e do mundo econômico, tornando nem sempre viável ao mero mortal estar a par de todos os fluxos e refluxos negociais, o que lhe tornaria inapto para a administração dos bens. Faculta-se, assim, a contratação de um terceiro para o fazer.[28]

25. Maria Claudia Crespo Brauner, "Considerações sobre a filiação extramatrimonial em Direito de família francês e brasileiro", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 33, nº 129, março de 1996.

26. *Ibidem*, página 15.

27. Esta é inclusive a conotação de administração que permeia a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), uma administração realizada em proveito dos demais.

28. Na redação de 1989, o primeiro artigo do subtítulo II – Da administração dos bens de filhos menores – inserido no Capítulo VI do Título II – Direito patrimonial de família: *O pai e a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos menores que se achem em seu poder.*

Relacionados ao **direito patrimonial de família**, estariam o regime de bens, o usufruto, a administração dos bens dos filhos menores e o bem de família. Também estão aqui os alimentos, enquanto prestação devida, já que a classificação se dá tendo em conta a estrutura jurídica das relações e a prestação de alimentos apresenta-se como uma obrigação. Em título próprio estão a curatela e a tutela.[29]

B. A Cláusula Geral da *Comunhão Plena de Vida e Suas Repercussões*

A distinção entre direito pessoal e patrimonial de família, embora represente um grande avanço no sentido de pinçar as relações jurídicas que se escondiam por entre os institutos, de pouca valia teria, se o projeto não permitisse igualmente uma nova leitura destas relações. Uma leitura para além de todo o mofo que os códigos costumam acumular e de todo o envelhecimento que torna amarelado o papel e as idéias pelas quais foram escritos. Essa nova leitura das relações passa a ser feita pela inserção no projeto da cláusula geral da ***comunhão plena de vida***, a qual será o segundo grande enfoque **ainda** da **primeira parte** desta exposição.

O exemplo clássico de utilização de cláusula geral encontra-se na legislação alemã, nos parágrafos 242 e 826 do BGB, através dos quais insere-se o princípio da boa-fé e dos bons costumes.[30]

A cláusula geral da *comunhão plena de vida* implementada no Projeto do Código Civil é *conceito ético, operativo, com conteúdo não totalmente definido; estabeleceu-se uma "lacuna interna", a ser preenchida pelas normas resultantes de sua concreção. Essa "lacuna interna" deverá se constituir, para o Direito de Família, em disposição análoga à de outras "cláusulas gerais" de natureza ética, como a do § 242 do BGB, para o Direito das Obrigações.*[31] A redação da cláusula geral inserta no livro de Direito de Família tem o seguinte teor:

> ***Art. 1º. O casamento estabelece comunhão plena de vida com base na igualdade dos cônjuges e institui a família.***[32]

Engisch explica que as normas jurídicas são formadas por duas partes:[33]

Prótase – que contém os elementos do suporte fático a caracterizar a relação jurídica a ser abrangida pela norma;

e

29. Consiste o Título III do livro de Direito de Família, redação de 1989.

30. Liane Boll Kimmich, *As cláusulas gerais no sistema jurídico de direito privado*, Trabalho acadêmico inédito, Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, página 7, 1996, tradução do BGB: *§ 242. O devedor está obrigado a cumprir a prestação como exige a boa-fé, com consideração aos costumes do tráfego. (Prestação de acordo com a lealdade e crença/boa-fé.)*
§ 826. Aquele que, de modo repugnante, contra os costumes, causar prejuízo intencional a outrem, está obrigado a reparar o prejuízo. (Prejuízo intencional contrário aos costumes.)

31. Clóvis do Couto e Silva, "Direito patrimonial de família no projeto do Código Civil brasileiro e português", ob. cit., página 20.

32. Redação publicada em 1989, no texto divulgado no final de 1975, consta: *O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade dos cônjuges, e institui a família legítima.*

33. Engish, *Introdução*, ob. cit., página 55.

Apódose – que traz as conseqüências jurídicas.

Desfazendo-me da visão peculiar de Engisch, que vê na construção da cláusula geral vagueza apenas na hipótese (prótase), e não na atribuição da conseqüência (apódose), afirmo que o reenvio acontece – como explicam Judith Hofmeister Martins Costa, em sua tese de doutoramento na Universidade de São Paulo, e Liane Kimmich, em trabalho acadêmico – **nas duas partes da norma**, abrangendo ampla variedade de casos de regulação jurídica, possibilitando a reunião de grupos de casos através da criação jurisprudencial da norma abstrata a partir do caso concreto, impondo-se a cláusula geral como verdadeira técnica legislativa.[34]

Vale dizer: a cláusula geral da *comunhão plena de vida* é aberta, tanto na hipótese quanto na conseqüência jurídica. Afinal, neste exato instante, quem poderá determinar com exatidão o que é *comunhão plena de vida*?

Quem é capaz para estabelecer com precisão matemática os efeitos, desdobramentos e as repercussões deste conceito em todo o Direito de Família?

A permeabilidade oportunizada pela utilização desta cláusula geral, no sentido de relacionar o sistema jurídico, viabilizando a abertura da ordem jurídica a outros valores sociais ainda não apreendidos pelo Direito. O sistema jurídico não permanece, desta forma, alheio e indiferente às flutuações valorativas, que ocorrem no meio social no qual está inserido. Abre-se, igualmente, o Direito enquanto ciência a outros setores do conhecimento humano, como a filosofia, a antropologia e a sociologia, por exemplo.[35] A cláusula geral enseja igualmente uma salutar catalisação da mobilidade intra-sistêmica, facilitando as interações interpretativas entre os diversos diplomas legais que compõem o Direito de Família, como o Código Civil, a Constituição Federal e a Lei do Divórcio, entre outros.

A cláusula da *comunhão plena* remete a valores éticos – meta ou extrajurídicos – aos comportamentos sociais, aos costumes de hoje e do futuro, e do tempo presente para o aplicador do Direito.

Clóvis do Couto e Silva afirma ter a cláusula da *comunhão plena de vida* a mesma importância que a da boa-fé para o Direito em geral, sobretudo o das obrigações. Essa importância é justamente a de ressistematizar o Direito.[36]

O princípio da *comunhão plena de vida* solto no vácuo do ordenamento jurídico não possuiria o condão da fácil aplicação jurisprudencial. **Capturado** em uma cláusula geral, oportuniza a sua fácil aplicação pelo órgão julgador que

> *abstratiza através do reenvio aos tópicos e aos grupos de casos reunidos em função de possuírem semelhante* ***ratio decidendi*** *e decide, de modo que também a sua decisão possa enquadrar-se em grupos de casos existentes ou iniciar a formação de novos grupos ou tópicos.*[37]

Segue a autora sua linha de raciocínio:

> *Assim, a cláusula geral é aplicada através do pensamento problemático/tópico, permitindo a inserção de elementos exteriores ao sistema, funcionando como o canal de comunicação do sistema jurídico e os demais sistemas sociais. Há assim, através das cláusulas gerais, a possibilidade de solução para os mais variados problemas não regulados pelo legislador, de modo a atribuir ao sistema jurídico a característica da plenitude, sem ser fechado.*[38]

No dizer de Clóvis do Couto e Silva, a cláusula geral é um conceito ético, operativo, com conteúdo não totalmente definido, consistindo em lacuna interna a ser preenchida pelas normas resultantes da concreção.[39]

A cláusula geral da *comunhão plena de vida* promove verdadeira revolução na maneira de se vislumbrar os institutos e relações jurídicas de Direito de Família. Acredito que seria exaustivo e pouco criativo elencar um grande número de situações em que a cláusula da *comunhão plena de vida* possa repercutir no Direito de Família. Bastaria dizer que o grande papel da cláusula geral será o de **sintetizar** e **enriquecer** os deveres mútuos dos cônjuges.[40]

De qualquer forma, é claro na doutrina que o casamento gera direitos absolutos ou relativos. Não é comum, entretanto, como alerta Clóvis do Couto e Silva, perceber que o próprio **casamento** consiste num bem absoluto.[41]

Assim o 2º artigo do livro de Direito de Família prevê que:

> ***Art. 2º. A pessoa alguma, pública ou privada, é dado interferir na comunhão de vida, instituída pelo matrimônio.***[42]

Este seria o atributo principal da comunhão de vida: a não-interferência.

Estão protegidos o casamento – seja ele o que for ou vier a ser – e as instituições e relações jurídicas que dele se originem de qualquer maquinação humana que venha a interferir em tudo que esta união social possa representar.

Mais especificamente, no que tange ao direito patrimonial de família, qualquer manobra jurídica de um cônjuge no senti-

34. Liane Boll Kimmich, *As cláusulas gerais no sistema jurídico de Direito Privado*, ob. cit., página 9.

35. Não se está aqui afrontando a teoria pura do direito de Hans Kelsen, ao contrário, a proposta do reconhecido autor era de escoimar a ciência jurídica da interpenetração de outras ciências apenas para efeitos metodológicos. Jamais Kelsen imaginou um sistema que pretendesse tornar o direito intolerante aos fluxos e refluxos do meio social no qual está inserido.

36. Clóvis do Couto e Silva, "Princípios para a reforma do Direito de Família", *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, a. 32, nº 115, 1975.

37. Liane Boll Kimmich, *As cláusulas gerais no sistema jurídico de direito privado*, ob. cit., página 18.

38. *Ibidem*, página 28.

39. Clóvis do Couto e Silva, "Direito patrimonial de família no projeto de Código Civil brasileiro e no direito português", ob. cit., página 7.

40. Sintetizar e enriquecer. Sintetizar na medida que sua vagueza e concomitante amplitude dispensam a produção constante de novas normas assim que mudam os valores sociais; enriquecer, uma vez que somente a ocorrência dos casos concretos e a relação simultânea do pensamento sistemático e tópico permitem dimensionar toda a potencialidade de casos a serem resolvidos pela irradiação da cláusula geral da *comunhão plena de vida*.

41. Clóvis do Couto e Silva, "Princípios para a reforma do Direito de Família", ob. cit., página 10.

42. Redação divulgada em 1989. Na reforma original, de 1975, *verbis*: *É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida constituída pelo matrimônio.*

do de ludibriar ou prejudicar o outro, que ofenda à cláusula da *comunhão plena de vida*, é passível de anulação. Usando de mais um exemplo do autor do projeto de Direito de Família, podemos imaginar o caso de um marido que aliena aos bens do casal unilateralmente, ferindo a base econômica da família. Sendo possível tal disposição em face do regime de bens adotado, manter-se-ia a incolumidade do negócio perante terceiros em prejuízo da mulher. No entanto, a venda poderia ser anulada se ficasse evidenciada a vontade do marido de prejudicar a esposa, em face da *comunhão plena de vida* que estes estabeleceram. São de dimensões inimagináveis as repercussões advindas pela adoção da técnica da cláusula geral da *comunhão plena de vida*, uma vez que se permite enquadrar nesta concepção conceitos que venham ainda a ser formados pela sociedade, dispensando-se o aumento da tão desgastante inflação legislativa.

Vencida a primeira parte da exposição, resta-nos, no próximo momento, refletir sobre o novo modelo de família que se estabelece nos nossos dias.

Parte II. Cisão e Ressistematização do Direito de Família

Embora, enquanto operadores do Direito, tenhamos estudado o Direito de Família por muito tempo, desde os bancos dos cursos de graduação, foram poucas as vezes nas quais nos perguntamos sinceramente sobre qual conceito de família estamos trabalhando e com qual **modelo** de família temos manipulado? Qual o perfil da família no limiar do terceiro milênio? **Que modelo jurídico de família é adequado ao modelo real de família?**

No primeiro momento desta segunda parte, traremos rapidamente alguns componentes sociais que incidem sobre as relações de família e a resposta jurídica a estes fatos sociais. Em seguida, e por derradeiro, analisaremos a ligação do novo modelo jurídico proposto pelo projeto do Código Civil com os microssistemas de Direito de Família.

A. O Direito de Família Como um Modelo Aberto

Em interessante artigo intitulado *Desbiologização da Paternidade*, João Batista Villela faz menção a urna nova família, que deixa de ser *unidade de caráter econômico, social e religioso para se firmar como grupo de afetividade e companheirismo.*[43] Salienta ainda que a nova família é transportada de uma idade institucionalista para uma idade eudemonista.

A mera observação aos dados estatísticos dos órgãos estatais revela esse novo modelo familiar.[44] Uma família que se condiciona à mudança de uma economia iminentemente agrícola para uma economia industrial e que perde a sua composição ampla para uma mais restrita. Esta

43. João Batista Villela, "Desbiologização da Paternidade", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, nº 21, de maio de 1979. Também Guilherme de Oliveira, "Sobre a verdade e a ficção no Direito de Família" no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume LI, 1975.

44. Consultar informações no endereço eletrônico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: http://www.sidra.ibge.gov.br.

constatação também é feita pelos civilistas.[45] Abandona-se a concepção de uma família ***extensa*** – no dizer do Professor Salvatore Puleo, da Universidade de Palermo, – e passa-se a uma família mais restrita, nuclear, ou seja, a família conjugal. Entre nós, na maior parte das vezes, a família compõe-se exclusivamente da mulher e dos seus filhos, ausente o pai, ou marido, ou companheiro. Tamanha a relevância de tal situação que os imóveis adquiridos via programas estatais de habitação popular passaram recentemente a ser inscritos no nome da mulher e não no do marido. São as famílias ditas *monoparentais, onde a criança é mantida e educada por somente um dos genitores.*[46]

No mesmo artigo, já citado, do Professor Salvatore Puleo, o mestre italiano afirma que a família nasce *espontaneamente, por uma exigência natural e até espiritual, de modo que a família precedendo a organização estatal é pré-jurídica.* A esta visão de cunho naturalista contrapõe-se outra, pelo ângulo da psicanálise, que concebe a família como uma estrutura psíquica. Tal interpretação é exposta por Rodrigo da Cunha Ferreira em *Direito de Família e Psicanálise – Ensaio para uma proposta interdisciplinar.*[47] A família seria uma estrutura cultural; não se constituindo da mera união de macho, fêmea e filhos. Diz o autor: *A família é uma estruturação psíquica, onde cada membro tem um lugar definido; o lugar do pai, da mãe e com isto o lugar do filho, repita-se. Tanto é assim, uma questão de lugar, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pais, sem que seja o pai biológico.* O autor reafirma sua assertiva com o instituto da adoção, permitido e incentivado pelo Direito. Distingue a reunião de animais para a reunião de uma família, pois justamente faltar a passagem da natureza para a cultura.

Se a família – seja qual ela for – é um elemento cultural, não podemos esquecer que estamos em tempos de pós-modernidade. Assim o fez, entre nós, o Professor Erik Jaime, Doutor Doutor h. c. (*sic*) da Universidade de Heidelberg da Alemanha, enfatizando características que entende serem próprias da cultura pós-moderna no Direito, quais sejam: o pluralismo, a comunicação, a narração (o retorno aos sentimentos) e a valorização dos direitos humanos. Não é oportunidade para aprofundarmos estas características, mas bastaria repetir que a família e o modelo jurídico de família sofrem fluxos e refluxos decisivos da pós-modernidade, adquirindo dentro ou fora do sistema elementos sociais e ideológicos que passam a incluir a argumentação e as decisões jurídicas.[48]

45. Salvatore Puleo, "Família Natural", *Revista de Diritto Civil*, Parte Prima, 1979.

46. Maria Claudia Crespo Brauner, "Considerações sobre a filiação extramatrimonial em Direito de Família francês e brasileiro", ob. cit., página 300. No mesmo sentido, recente publicação do Professor Eduardo de Oliveira Leite, *Famílias monoparentais*, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

47. Rodrigo da Cunha Pereira, "Direito de família e psicanálise", *Revista de Direito Civil*, nº 64, abril/junho de 1993.

48. *Direito patrimonial de família na pós-modernidade*: ciclo de conferências promovido pelo Curso de Pós-Graduação – Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), setembro de 1996. Também Cláudia Lima Marques *in Contratos de Time-sharing e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos*, trabalho apresentado no Seminário sobre *Derecho y politica de consumo*, organizado pelo Ministerio de Sanidad y Consumo de España, em Cartagena das Índias, Colômbia, em 02 de abril de 1997.

O impasse inicial que precisamos enfrentar para adequar a *família fática* à *família jurídica* é o da relação entre fontes do Direito e dos modelos de Direito.

O labirinto normativo estabelecido no chamado *ancien régime*, situado historicamente entre os séculos XVII e XVIII, permitia que a cada núcleo habitacional e cultural da civilização ocidental fossem atribuídos foros de jurisdicidade aos usos e costumes locais. A tal situação juntava-se, ainda, o **particularismo**, ou seja, a possibilidade de existir regramentos jurídicos diversos e peculiares para determinados setores sociais, como o clero e os diversos níveis da nobreza. Neste quadro, as regras jurídicas variavam enormemente de cidade para cidade, e, em cada cidade, de uma "casta social" em relação às outras. Suponha-se, assim, o grau de incerteza e de insegurança jurídicas vivenciadas neste período. O Código Civil francês, proclamado em 1804, pretendeu justamente tornar-se o direito comum de todos os cidadãos, eliminando a multiplicidade normativa e os privilégios específicos de certos membros da comunidade. A era da codificação instaurada a partir de então representa o mundo da segurança: iguala a todos sob o pressuposto comum da liberdade individual, fundamento da igualdade e bandeira da Revolução Francesa. Os códigos passam a ser a única fonte normativa válida, exclusiva e excludente, de forma a forjar justamente uma sensação de certeza e segurança jurídica.[49]

Paolo Grossi, insigne professor italiano, conceitua este momento da história da evolução jurídica como *la más colosal operación de política del derecho en todo el arco de la historia jurídica occidental*, justamente porque representa a tomada de consciência da importância, pelo poder político, do que representa o controle jurídico da sociedade, e estabelece, a partir de então, sobre o último um forte monopólio.[50] A ascendente classe burguesa vê na segurança fornecida pelo código o atendimento de seus mais altos interesses liberais e individualistas. **O código era, portanto, a fonte de produção jurídica por excelência.**

Após 1918, inicia-se a constitucionalização das grandes demandas sociais e a construção do chamado Estado Social de Direito – o *Welfare State* – caracterizado pela intervenção estatal no planejamento da sociedade e do Direito privado. O individualismo e o liberalismo concebidos na *genesis* do processo codificante cedem espaço. *Ora, nessa nova conjuntura histórica, sentiu-se a necessidade de uma nova Dogmática Jurídica, revelando-se insuficiente uma solução redutível a meras regras hermenêuticas, ou à simples valorização desta ou daquela outra fonte tradicional: fortaleceu-se em suma, cada vez mais, a* ***exigência de repensamento e revisão das teorias das fontes do Direito*** (o grifo é nosso).[51]

49. Aprofundem-se tais assertivas consultando Judith Hofmeister Martins Costa, *Sistema e Cláusula Geral*, ob. cit. e Danilo Knijnik, *Codificação, descodificação e o papel dos códigos*, trabalho acadêmico inédito, Curso de Pós-Graduação –Mestrado em Direito UFRGS, Orientadora Judith Hofmeister Martins Costa, agosto de 1994.

50. Paolo Grossi, *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*, Bella Terra, Universitat Autônoma de Barcelona, Barcelona, 1991.

51. Miguel Reale, Da teoria das fontes à teoria dos modelos do Direito", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume LVIII, Portugal 1982.

Gostaria, entretanto, de convidá-los a voltarmo-nos para o futuro e preocuparmo-nos com os modelos jurídicos. Sabemos pelo Professor Miguel Reale que as fontes são retrospectivas – voltando-se para a origem da norma, enquanto os modelos são prospectivos *referindo-se a norma enquanto esta se atualiza, assumindo distintos valores semânticos, ainda que não ocorra qualquer mudança no seu enunciado verbal.*[52] Os modelos jurídicos consistem, portanto, *estrutura normativa que ordena fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas conseqüências.*[53] Representam a lógica ou logicidade inerente as ordenações da conduta humana, e em assim dizendo, podemos identificar vários modelos jurídicos. No dizer ainda de Reale, *cada modelo expressa, pois, uma ordenação lógica de meios afins, assim como o modelo arquitetônico é um projeto que antecipa e condiciona a construção de um edifício.*[54] Estruturam-se, justamente, a partir da integração dos fatos e valores segundo normas postas, em virtude de um ato concomitante de escolha e de prescrição, que poderá ser do legislador ou do juiz.[55]

Esclareça-se que um modelo jurídico pode ser construído por uma única regra de Direito, *ou* por um conjunto de regras interligadas. Não há que se confundir normas jurídicas e modelos jurídicos; ao modelo jurídico reputamos uma pluralidade de normas entre si articuladas compondo um todo irredutível às suas partes componentes. *A lei de Introdução ao Código Civil, por exemplo, pode, no seu todo, ser considerada um modelo jurídico, visto que é um complexo de regras diversas, correlacionadas entre si, em razão de um objetivo comum, que consiste em disciplinar diversas hipóteses de interpretação e aplicação da lei.*[56]

Prossegue o coordenador da comissão que elaborou o projeto: Ressalta-se no Direito *a idéia de planificação lógica e a representação simbólica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma seqüência ordenada de medidas ou prescrições.*[57]

Neste sentido, urge que tenhamos sensibilidade científica de perceber que os modelos jurídicos que servem ao Direito em geral, e ao Direito de Família de forma especial, devem ser recuperados numa feliz expressão do Professor Reale ***das formas de viver concreto dos homens.*** Acrescenta ainda o ilustre supervisor da elaboração do projeto do Código Civil que ***na sociedade se constituem formas de vida, modos de comportamento, que têm força de estruturas sociais obrigatórias: são fontes de direitos e seus modelos jurídicos, o Direito objetivo, em suma, que surge obedecendo à natureza das coisas, às linhas evolutivas imanentes ao fato social e histórico*** (o grifo é nosso).[58]

52. Miguel Reale, *ibidem*, página 795. Consultar também do mesmo autor *O Direito como experiência*, ob. cit.

53. Miguel Reale, *O direito como experiência*, ob. cit., página 162.

54. Miguel Reale, "Da teoria das fontes à teoria dos modelos do Direito", ob. cit., página 798.

55. Miguel Reale, *O direito como experiência*, ob. cit., página 163.

56. Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, Saraiva, 18ª edição, 1991.

57. Miguel Reale, "Da teoria das fontes à teoria dos modelos do Direito", ob. cit., página 798.

58. *Ibidem*, página 798.

No modelo de família contemporâneo, acima caracterizado, que em nada se assemelha ao do início do século, e que permanece em processo de mutação, seria um grave erro pretender restabelecer a criação de normas hermeticamente fechadas e dispostas a conterem em si todas as indagações e inquietações do hoje e do porvir. Neste diapasão segue o projeto de Código Civil ao estabelecer evidentemente um modelo jurídico aberto, ou seja, suscetível de *permeabilidade* com o meio social ao qual está inserido.[59] *Deve-se desde logo afastar a vaidade de pretender fazer um Código de Direito de Família que seja algo perfeito e ideal, porque semelhante código só poderia endereçar-se a uma sociedade com os mesmos predicamentos, ou seja, não teria nenhuma repercussão no mundo atual, e sobretudo na sociedade brasileira, em face de transição.*[60]

Assim, constatado que o modelo jurídico adequado para a família seja um modelo aberto, resta-nos visualizar esta **abertura** em face do projeto de Código Civil com sua cláusula geral e dos microssistemas que compõem o Direito de Família. Trata-se do último item desta parte.

B. Inter-relações Sistêmicas

No ponto no qual nos encontramos, podemos previamente constatar o sólido aparato teórico e instrumental fornecido pelo projeto de Código Civil ao Direito de Família. Tais concepções, como a de evidenciar – sem separar – as relações de direito pessoal e patrimonial, e a utilização da técnica das cláusulas gerais, arejam com ares permanentemente renovados a legislação brasileira. Da mesma forma, a compreensão do Direito como um sistema – e um sistema informado por valores sociais – e a conseqüente organização de modelos jurídicos garantem atualidade à norma jurídica.

Ora, de nada nos serviria toda esta estrutura se permanecêssemos míopes. Necessário é, portanto, a utilização de novos óculos para contemplar e interagir com esta nova realidade.

O conceito de sistema que já enfrentamos supõe duas acepções: o **sistema como uma unidade interna** e como **unidade externa.**

Ao **sistema interno** *corresponde a existência de* ***laços imanentes de conexão****, sendo estes laços passíveis de articulação via operações dedutivas entre as diversas ordens de grandeza que o compõem* (o grifo é nosso).[61] No projeto de Código Civil, o liame que restabelece a unidade intrínseca ao sistema é a cláusula geral da *comunhão plena de vida*, que ocupa o papel de *unidade valorativa e conceitual.*[62] A partir do conceito do que possa ser considerada a *comunhão plena de vida*, constrói-se a **logicidade** própria e inerente ao Direito de Família. A idéia de proteger e incentivar o estabelecimento da *comunhão plena de vida* no núcleo familiar permeia a todo sistema jurídico interno, tendo cada dispositivo legal sentido pleno a partir deste referencial.

No que concerne ao sistema enquanto **unidade externa**, ele consiste na exposição metodicamente ordenada da matéria jurídica. Significa, pois, a *ordem através da qual vem exposto o resultado.*[63]

Ao contrário do que se possa inicialmente pensar, a recodificação ou a elaboração de um novo código não pretende em momento algum anular as legislações que se criaram ao longo do código e com que ele mantêm relações. Recodificação quer significar, ao contrário, uma nova maneira de ver o código, não mais como um sistema fechado em si mesmo, completo, exclusivo e excludente, mas como um modelo aberto, suscetível de realizar trocas com o meio social.

A necessária conjugação e recíproca influência exercida pelos sistemas interno e externo são evidenciadas pelo novo enfoque jurídico advindo da codificação, na medida que

> ***forma*** *e* ***conteúdo*** *mantêm íntimas relações, ou no caso específico do fenômeno, numa clara comprovação que o sistema interno pode influenciar o externo e vice-versa; daí a relevância científico-dogmática do primeiro (os grifos são nossos).*[64]

A unidade interna do sistema projeta-se para fora, vinculando todo o sistema externo.

A partir do Código Civil como *eixo central* do sistema de direito privado, orbitam as periferias estabelecidas pelos microssistemas.[65] O Código não é um elemento solto e desvinculado das demais leis supervenientes, mas, ao contrário, é a estrutura fundante ou fundamentante das leis especiais, porque nele estariam as pressuposições jurídicas (as amplas categorias jurídicas) necessárias à implementação das leis especiais.[66] Nesta perspectiva é coerente a afirmação de Orlando Gomes de em *nada adiantaria transformar o Código Civil em uma sede emprestada de microssistemas centrífugos.*[67]

A Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei da União Estável, entre outras normas jurídicas, estão como que **costuradas** pelo **valor comum** fixado no Código Civil. O valor representado pela *comunhão plena de vida* é comum e inerente a toda estrutura, seja na Constituição, no Estatuto da Criança e do Adolescente ou em outro texto normativo. A indiferença com que se relacionavam estas

59. Esclareça-se, por oportuno, que a constituição de um modelo jurídico de família denominado aberto refere-se, exclusivamente, à permeabilidade do meio jurídico às mutações sociais, sem querer induzir em nada a um modelo específico de ser família. Ao contrário, o instrumental jurídico posto à disposição neste trabalho pretende valorizar a **comunhão plena de vida** como diretriz norteadora das relações familiares. A ciência ou a técnica estão longe de descobrir um *locus* mais adequado e vocacionado ao desenvolvimento da pessoa humana que não seja a família.

60. Clóvis do Couto e Silva, "Temas atuais do Direito de Família no anteprojeto do Código Civil", ob. cit., página 143. Penso que o autor faça menção a um código que pretenda estar pronto, ou seja, completo em suas próprias disposições, insuscetível de trocas com o meio, em face das mutações valorativas que ocorrem no tecido social.

61. Judith Hofmeister Martins Costa, *Sistema e cláusula geral*, ob. cit. página 41.

62. Clóvis do Couto e Silva, "O direito civil em perspectiva histórica e visão do futuro", ob. cit.

63. Judith Hofmeister Martins Costa, *Sistema e cláusula geral*, ob. cit., página 41.

64. Danilo Knijnik, *Codificação, descodificação e o papel dos códigos*, ob. cit., página 58.

65. A expressão *eixo central* é da autoria do Professor Clóvis do Couto e Silva. Conferir a obra já citada, "O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro".

66. Natalino Irti, "Leggi speciali – dal mono-sistema al poli-sistema", *Revista de Diritto Civile*, Parte Prima, 1979.

67. Orlando Gomes *in* "A caminho dos micros-sistemas" (*sic*), ob. cit., página 167.

normas, portadoras de *per se* de seus pressupostos particulares, é substituída por um critério comum, superando as divergências interpretativas, o surgimento de antinomias e a prolação de decisões judiciais diversas para o mesmo tipo de situação jurídica.

Apontamentos Conclusivos

Com razão afirmou Roberto Vieira que o **Direito não é, está sendo.**[68] Neste sentido seria inútil trair as pretensões desta exposição e pretender tecer conclusões cabais e terminativas. Não nos furtamos, entretanto, de partilhar algumas de nossas anotações acerca do tema enfrentado:

a) o Direito deve ser concebido como um sistema orgânico, coerente e uno, correspondente a um método de organização e ordenação;

b) este sistema, numa visão particular, consiste em um todo composto de valores culturais e sociais;

c) a perda do núcleo valorativo comum ao Direito de Família provocou a sua assistematização, deixando o Código Civil de ser o núcleo central do sistema de direito privado;

d) a alternativa ressistematizadora passa pela recuperação de unidade valorativa e conceitual que empreste harmonia ao sistema. Necessário dotar a estrutura de meios permanentes de renovação que permitam a permeabilidade do Direito aos valores externos;

e) a utilização das cláusulas gerais e o estabelecimento de modelos jurídicos abertos permitem a renovação do Direito, em meio à constante mutação dos valores sociais de nossos dias. Evitam-se igualmente o estímulo à crescente inflação legislativa e a conseqüente corrosão do valor da lei positivada. Prestigiam-se os valores da certeza e segurança jurídicas.

Bibliografia

Anteprojetos de Código Civil, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 1989.

Brauner, Maria Claudia Crespo. Considerações sobre a filiação extramatrimonial em direito de família francês e brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 33, nº 129, março de 1996.

Canaris, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.

Couto e Silva, Clóvis. *Direito patrimonial de família no projeto de Código Civil Brasileiro e no direito português*, 1979.

_____. *Exposição de motivos do livro relativo ao direito de família no anteprojeto de Código Civil*, 1975.

_____. Direito patrimonial de família. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 1971, nº 1.

_____ *Temas atuais do Direito de família no anteprojeto do Código Civil*. Cópia de palestra proferida no Instituto dos Advogados de São Paulo, em 07 de março de 1973. Biblioteca da Faculdade de Direito da UFRGS 347.6 S586t.

68. Roberto Átila Amaral Vieira, "O Direito não é, está sendo", *Revista de Informação Legislativa*, a. 7, nº 28, outubro/dezembro, página 168, 1970.

_____. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Ajuris* 40, julho de 1987.

De Cicco, Cláudio. *Direito, tradição e modernidade. Poder e autoridade na família e no estado. Das origens romanas ao direito brasileiro moderno*. Coleção Elementos do Direito, Ícone Editora, Campinas, São Paulo, 1993.

Eicheler, Hermann. "Codificação do direito civil e teoria dos sistemas de direito". *Revista de Direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, Revista dos Tribunais, nº 2, páginas, 43/57, outubro/dezembro de 1977.

Engisch, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução J. Baptista Machado, 6ª edição, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1983.

Ferreira, Roberto Schaan. "A influência de fatores metajurídicos no sistema de direito privado – modelo aberto externo". *Revista de Informação Legislativa*, a. 29, nº 114, abril/junho de 1992.

Gomes, Orlando. A caminho dos microssistemas, *in Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Caio Mário*, Forense, Rio de Janeiro, 1984.

1 **Grossi**, Paolo. *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*, Bella Terra, Universitat Autônoma de Barcelona, Barcelona, 1991.

Irti, Natalino. *Leggi speciali – dal mono-sistema al poli-sistema*. Revista de Diritto Civile, 1979, parte I.

Kimmich, Liane. *As cláusulas gerais no sistema jurídico de Direito Privado*. Trabalho acadêmico inédito, Mestrado em Direito UFRGS, Orientadora Judith Hofmeister Martins Costa, 1996.

Knijnik, Danilo. *Codificação, descodificação e o papel dos códigos*. Trabalho acadêmico inédito, Curso de Pós-Graduação – Mestrado em Direito UFRGS, Orientadora Judith Hofmeister Martins Costa, agosto de 1994.

Leite, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

Mello, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*, Editora Saraiva, 1994.

Martins Costa, Judith Hofmeister. "As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico". *Revista dos Tribunais*, volume 680, páginas 47/58, 1992.

_____. "Clóvis do Couto e Silva: 1930 – 1992". *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 3, setembro/dezembro de 1992.

_____. *Sistema e cláusula geral: A boa-fé objetiva no processo obrigacional*. Tese inédita. 1º e 2º volumes, 1996.

Magaburu, Raul. *Esquemas sobre la sistematica del derecho (schemi sulla sistematica del diritto)*, Univeristá di La Plata, s.d., mar. 1952, pp. 438 *apud Revista di Diritto Civile, 1956*.

Noronha, Carlos Silveira. *Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica*. Separata da Revista Forense, volume 326, 199-.

Oliveira, Guilherme de. "Sobre a verdade e a ficção no direito da família". *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, volume LI, 1975.

Pereira, Rodrigo da Cunha. "*Direito de família e psicanálise*". *Revista de Direito Civil*, abril/junho de 1993, nº 64.

Puleo, Salvatore. "Concetto di Famiglia e Rilevanza della Famiglia Naturale", *Revista di Diritto Civile*, 1979, Parte Prima.

A Influência do Bürgerliches Gesetzbuch[1] Alemão na Parte Geral do Novo Código Civil Português[2]

Erasmo Marcos Ramos
Bacharel pela Universidade de Heidelberg – Alemanha

Este estudo enfoca o tema da introdução de uma parte geral no novo Código Civil português de 1966 e respectivas influências.

A primeira parte descreve a situação jurídica alemã; a segunda, a portuguesa; e a terceira apresenta uma exposição sobre o prisma do direito comparado entre ambas ordenações e as respectivas partes gerais dos Códigos Civis. O âmago deste trabalho é a exposição das semelhanças e divergências entre a declaração negocial, negócio jurídico, anulabilidade, nulidade, eficácia jurídica e transferência de propriedade nos dois diplomas. Além disso, esta comparação também engloba a origem histórica de ambos os códigos civis como também o desenvolvimento, conteúdo e sistemática dessas codificações.

I. Origem Histórica do *Bürgerliches Gesetzbuch* e do Código Civil Português

A. O Surgimento do BGB

O BGB foi promulgado pelo *Reichstag* no ano de 1896 e intencionava a unificação do direito civil no império alemão.[3] Até então, o direito privado alemão caracterizava-se pela sua dispersão e desunião no império.[4] No dia 1º de janeiro de 1900, o BGB entra em vigor, seguindo claramente a divisão em cinco partes que fora proposta pelos pandectistas:[5] parte geral (*Allgemeiner Teil*), direito das obrigações (*Schuldrecht*), direito das coisas (*Sachenrecht*), direito de família (*Familienrecht*), direito das sucessões (*Erbrecht*). Os institutos jurídicos que se

1. Salvo disposição contrária, o Código Civil Alemão *(Bürgerliches Gesetzbuch)* passa a ter a abreviação convencionada de BGB
2. Seminário jurídico **"Die Übernahme eines allgemeinen Teils in das portugiesische Zivilgesetzbuch"** apresentado por Erasmo Marcos Ramos na Universidade de Heidelberg no primeiro semestre de 1996 em comemoração ao centenário do Código Civil alemão (1896 – 1996). Os ilustríssimos professores Dr. h. c. Adolf Laufs e Dr. h. c. Erik Jayme coordenaram o seminário e a professora Drª Claudia Marques foi a digníssima orientadora deste trabalho.
3. Köhler, Helmut, Allgemeiner Teil des BGB, München 1994, § 3.
4. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1: Allgemeiner Teil (§§ 1240), 2. Auflage, Müchen 1984, Einleitung Nr. 9
5. Larenz, Karl Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, München 1989, § 1 II, IIIb

encontram na parte geral não foram obras do legislativo alemão; esses foram simplesmente transcritos da escola pandectista do século XIX.[6] O ideal pandectista via sua tarefa pura – e simplesmente – na redação sistemática e dogmática do legado romano.[7] A estrutura do BGB lembra assim a forma romana *"personae, res, actiones"*.[8] Em virtude do seu estilo generalizante e abstrato, o BGB não se dirigia ao cidadão, porém aos juristas peritos e aos não-leigos; e abdicava conscientemente do escopo da compreensão geral e do efeito popular educativo típico de uma codificação moderna, e sendo assim substituía a clara e concreta casuísta por uma linguagem abstrata[9] e por uma complicada técnica de referência. Tentativas para abrandar este estilo de lei extremamente abstrato foram almejadas com a inclusão de normas e critérios de valoração que pediam uma interpretação, estes se traduziram em cláusulas gerais como a boa-fé *(Treu und Glauben §§ 157, 242)*, os bons costumes *(Gute Sitten §§ 138, 826)* e a eqüidade *(Billigkeit § 315 ff)*. Essas cláusulas, entretanto, não serviram – como a história veio a demonstrar[10] – necessariamente à segurança jurídica. Além disso, negligenciou-se o personalismo ético na forma de "direito subjetivo" que era o âmago da codificação.[11] Esse elemento essencial do liberalismo e individualismo da época foi simplesmente ignorado pelo texto do BGB em sua parte geral.[12]

A parte geral não contém – o que evidentemente teria sido sensato – nem regras gerais sobre o comportamento nas relações jurídicas, nem os princípios da interpretação, do direito costumeiro, da discricionariedade judiciária e da oneração da prova.[13] A parte geral intenciona mais a regulamentação genérica e sobretudo abstrata de certos institutos do direito das obrigações, coisas, família e sucessão. O BGB é a pura expressão da ordem econômica liberal então vigente e sendo assim é mais um produto do século que se findava do que propriamente uma inovação do século XX.[14]

B. O Surgimento do Novo Código Civil Português

1. O Antigo Código de Seabra (1876 – 1966)

Com o novo Código Civil[15], o antigo Código de Seabra foi derrogado.[16] Na sua essência, o Código de Seabra (1867 – 1966) utilizava em grande parte os institutos jurídicos franceses, mas refletia também – principalmente no direito de família e das sucessões – a tradição portuguesa. O Código de Seabra divergia no que se refere ao estilo e à sistemática consideravelmente da codificação francesa.[17] Este não foi elaborado por uma comissão, mas – como o nome mesmo diz – foi obra de somente um homem.

As soluções jurídicas do Código de Seabra mostraram-se – em virtude dos desenvolvimentos políticos e econômicos do século XIX – logo de início como incapazes de resolver a totalidade dos problemas jurídicos portugueses. Intervenções e modificações por parte dos poderes tornaram-se uma constante, a fim de amenizar as diferenças jurídicas e sociais, e esta tendência também foi seguida pelo poder judiciário em Portugal. Os direitos originários, a liberdade contratual, o conceito de propriedade e a proteção absoluta do indivíduo na realidade jurídica foram gradualmente restringidos pelo judiciário e por inúmeras leis complementares.[18] Este aperfeiçoamento e complementação realizado pelo judiciário não poderia, entretanto, ser aplicado desenfreadamente em todas as lacunas e imperfeições, e em decorrência disto surgiu a necessidade de alteração do Código de Seabra. A linguagem difícil e arcaica do Código também contribuiu como razão determinante para o surgimento de um novo Código.

2. O Novo Código Civil de 1966

Portugal decidiu-se oficialmente por uma revisão do Código através do Decreto-lei nº 33.908, de 4 de setembro de 1944. O projeto do novo Código Civil foi promulgado e outorgado no dia 25 de novembro de 1966 pelo Decreto-lei nº 47.344 e entrou em vigor no dia 1º de junho de 1967. O poder legislativo seguiu a sistematização dos Pandectistas[19] e almejava ao mesmo tempo a socialização da leis.[20] O Código Civil foi dividido também em cinco livros: parte geral, direito das obrigações, direito das coisas, direito de família e direito das sucessões. A parte geral, por conseguinte, está subdividida em dois títulos: "das leis, sua aplicação e interpretação" e "das relações jurídicas".

O primeiro título trata em três capítulos das fontes de direito, vigência, interpretação e aplicação das leis, direito dos estrangeiros e conflitos de leis. O segundo título (das relações jurídicas) subdivide-se em quatro subtítulos: das pessoas (singulares e coletivas)[21], das coisas, dos fatos jurídicos (negócio jurídico, declaração negocial, modalidades de declaração, forma, eficácia da declaração, interpretação e integração, falta e vícios de vontade, representação,

6. Zweigert, Konrad; Kötz, Hein Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, Band II: Institutionen, 2. Auflage, Tübingen 1984, pág. 172.
   Zweigert, Konrad; Kötz, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, Band I: Grundlagen, 2. Auflage, Tübingen 1984, pág. 170.
7. Zweigert/Kötz I, pág. 170.
8. Hörster, Heinrich Edwald, A parte geral do código civil português. Teoria geral do direito civil, Coimbra, 1992, pág. 135.
9. Larenz, § 1, IV; Zweigert/Kötz I, pág. 169.
10. Vide I, C..
11. Larenz, § 2, I.
12. Larenz, § 2, I.
13. Comparar com art. 1 do Código Civil italiano.
14. Zweigert/Kötz I, pág. 169.
15. Código Civil Português passa a ser abreviado como CC.
16. A Lei nº 2.030 de arrendamento urbano não foi revogada.
17. Zweigert/Kötz I, pág. 125
18. Oliveira, J. Lamartine Correa de. Notícia sobre a parte geral do novo Código Civil Português, em Revista dos Tribunais, volume 431, São Paulo, 1971, pág. 11 ff; Correa, pág. 14; BMJ 156, pág. 15.
19. Larenz AT, § 1 II, IV; Köhler, § 3.
20. Zweigert/Kötz I, S. 141; BMJ 156, pág. 15.
21. Termos correspondentes à pessoa física e jurídica no direito brasileiro.

condição e termo, prescrição, etc.) e do exercício e tutela de direito. O legislador apresentou termos jurídicos na parte geral que tencionam servir como configuração unificada de todo o direito privado. As cláusulas gerais (arts. 227º, 239º, 334º, 437º[22] CC) adotaram a função de "válvula de segurança" e protegem assim também o código e sua dicção rígida e precisa da pressão das transformações sociais.

C. Comparação

O Código Civil apresenta-se em sentido formal como um grande progresso em relação à codificação vetusta de 1867. Ele caracteriza-se por uma transposição clara e objetiva de ordenações estrangeiras, sobretudo da alemã, suíça e italiana.[23] O direito português distingue-se do direito civil de outros sistemas jurídicos – que tem por base o direito romano – principalmente através da apresentação de uma parte geral, onde as pessoas, as coisas e o comportamento juridicamente relevante são regulados sob o título das relações jurídicas.[24] Segundo parte da doutrina alemã – que admite e aceita somente a divisão do direito em família romana e germânica –, a influência por ordenações estrangeiras ocorreu de modo tão acentuado e intenso que pode-se questionar se é realmente correto nos tempos modernos o enquadramento do direito privado português na família das ordenações romanas.[25] Não obstante, o Código Civil representa – pelo menos materialmente em comparação com as correntes progressistas como o Código Civil italiano ou holandês – uma obra conservadora e direcionada por correntes doutrinárias não muito modernas. O divórcio, por exemplo, só era possível se o casamento fosse consumido na forma civil (o casamento canônico era reconhecido civilmente, mas não podia ser dissolvido), e desta forma ficava a critério do casal decidir sobre a divorciabilidade do casamento através da escolha da respectiva forma de consumação. Somente a partir da reforma do Código Civil em 1975 tornaram-se divorciáveis ambas as formas e também reduziu-se a maioridade civil de 21 para 18 anos.[26] O lado conservador do Código Civil pode ser visto no esquecimento do direito trabalhista e comercial[27], na restrição do legislador ao resíduo do direito civil clássico, e por outro lado na trascrição literal do esquema de divisão dos Pandectistas – para surpresa dos alemães que já teciam críticas à estruturação do BGB – e também preponderantemente no instrumentário das definições desta mesma escola.[28]

Apesar de o Código Civil também ser dividido em cinco livros, estes não congruem totalmente quanto ao conteúdo com os livros do BGB. A parte geral portuguesa contém alguns princípios gerais da utilização das regras jurídicas, da colisão de normas do direito privado internacional e intertemporal, e no subtítulo do exercício e da tutela de direitos (subjetivos) – seguindo a tradição romana – uma detalhada regulamentação do direito de prova.

Outras disposições interessantíssimas da parte geral também podem ser mencionadas. Isto é o caso do art. 2º CC[29], que autorizava os tribunais a fixarem a doutrina com efeito genérico e coativo através de "assentos" nos casos determinados por lei. Esta disposição é exatamente o contrário do que o art. 5º CC[30] do Código Civil francês determina.[31]

O direito internacional e as relações jurídicas são bem mais detalhadamente tratados na parte geral portuguesa do que na parte geral do BGB que trata deste tema separadamente na lei de introdução ao Código Civil (EGBGB[32]). Algumas normas divergem notoriamente das normas alemãs; porém, a parte geral continua a tratar na maior parte as mesmas matérias que o BGB: pessoas singulares (com uma proteção expressa do direito personalíssimo contra a violação da esfera privada), pessoas coletivas[33] (associações e fundações), o direito das coisas com base aos §§ 90 ff BGB e as relações jurídicas, onde apresenta-se sob a utilização dos termos do "negócio jurídico" e da "declaração negocial" regras sobre a simulação, falta e vícios de vontade, coação, forma, condições e sobre a usura criminosa.

A introdução ao projeto do Código Civil português refere-se expressa – e repetidamente – à doutrina alemã e ao BGB.[34] Devido à transcrição e à estupefante se-

22. *"Art. 227, 1 (Culpa na formação dos contratos) Quem negoceia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras de boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.*
Art. 229 (Integração) Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omisso, ou de acordo com os ditames de boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta.
Art. 334 (Abuso de direito) É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito."
"Art. 437, 1 (Condições de admissibilidade) Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo os juízos de eqüidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato."

23. Wengler, Wilhelm, Der Entwurf für ein neues portugiesisches Zivilgesetzbuch in AcP 167 (1967) AcP 167 (Archiv fuer civilistische Praxis), pág. 65.

24. Jayme, Erik, Deutsch-Lusitanische Rechtslage, Luis Cabral de Moncada (1888 – 1974) und seine Beziehung zu Deutschland, 1ª edição, Baden-Baden 1993, pág. 25.

25. Esta afirmação só é correta sob o prisma da divisão feita pela doutrina alemã entre família romana e germânica. A doutrina majoritária vê, entretanto, a corrente germânica meramente como um ramo derivado da família romana e não como ramo autônomo, e sendo assim, esta afirmação traduz somente o pensamento de uma corrente minoritária.

26. Decreto-lei nº 261/75, de 27 de maio de 1975.

27. Em códigos modernos como o italiano, o direito trabalhista (Del Lavoro art. 2060 a 2246 Codice Civile) está enraizado no código e o comercial também é tratado, se bem que forma não tão expressa.

28. Zweigert/Kötz I, pág. 126.

29. *"Art. 2º CC (Assentos) Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral."*

30. *"Art. 5. Code Civile Il est défendu aux jeges de prononcer par voie de disposition générale et réglamentaire sur les causes qui leur sont soumises."*

31. Wengler, AcP 167 pág. 65.

32. EGBGB: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

33. Vide nota de rodapé nº 20

34. Boletim do Ministério da Justiça (BMJ) 156, pág. 16.

melhança com o BGB, é correto afirmar que a dogmática alemã exerceu uma influência maior que todas as outras codificações estrangeiras no Código Civil.[35] A linguagem lógica e abstrata e as cláusulas gerais permitem soluções para questões jurídicas que em princípio não foram antevistas para estas cláusulas.[36]

Receios e críticas foram tecidos devido à sistemática e não propriamente ao conteúdo e à formulação precisa do código.[37] Essa divisão sistemática do BGB não dignava, na opinião de muitos críticos, o ser humano como "sujeito de direito".[38] Ela reduziria nas mesmas proporções pessoas, coisas e direitos a um denominador comum: *simplesmente elementos da relação jurídica*. Tanto o projeto do Código Civil como também o BGB chegaram, por conseguinte, a serem classificados como "cientificamente neutros".[39] O argumento para esta denominação é o fato de o BGB ter servido como Código Civil – ressalvando-se algumas modificações – a cinco sistemas constitucionais diferentes e mesmo antagônicos, ou seja, ao império *(Kaiserreich)*, à República de Weimar, ao Nazismo, à República Democrática da Alemanha *(DDR)* até 1975 e à República Federal da Alemanha *(BRD)*.[40]

As reflexões contra a liberação da civilística antropocêntrica francesa não encontraram ressonância em Portugal devido em grande parte também à ditadura militar (1926 – 1974), sobrando somente solo fértil para as idéias a favor da transcrição da dogmática alemã.[41] O conteúdo e a postura ideológica do sistema político então vigente em Portugal não têm como passarem despercebidos.[42] A influência ideológica do regime militar português não é redundante e concretiza-se em diversos artigos. O art. 8º, 2, CC[43] proíbe expressamente aos tribunais a decisão *contra legem* no caso de o conteúdo do preceito legislativo ser injusto ou imoral. Para o preenchimento das lacunas jurídicas simplesmente se repete a fórmula do art. 1º do código suíço.[44]

A crítica à sistemática do projeto do Código Civil foi contestada pelo então Ministro da Justiça. Este fundamenta sua defesa do Código Civil com o argumento de que a diretriz de toda ordem jurídica não se encontra na sistemática em si; porém nos valores e nos ideais do legislativo, e que da parte legislativa não entraria em questão sequer uma desumanização hipotética do direito civil.[45]

35. Wengler, AcP 167, pág. 65.
36. Coing, Helmut, Erfahrungen mit bügerlich-rechtlichen Kodifikation in Deutscheland, em ZVglRWiss 8 (1982), pág. 1ff; Hörster, pág. 135.
37. BMJ 156, pág. 16.
38. Hörster, pág. 136.
39. Hörster, pág. 136
40. Rüthers, Bernd, Die unbegrenzte Auslegung, 4. Auflage, Heidelberg 1991; RGZ 150, 1, 4 ??????
41. Jayme, pág. 25.
42. Wengler, AcP 167, pág. 64.
43. "Art. 8, 2 CC O dever de obdiência à lei não pode ser afastado sob o pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo."
44. AcP 167, pág. 65.
45. BMJ 156, pág. 19; Hörsters, pág. 138.

II. Delimitação Básica do Negócio Jurídico da Declaração de Vontade

O termo jurídico brasileiro para a definição de "*Willenserklärung*" é o da declaração de vontade, não obstante o legislador português optou pelo termo sinônimo da declaração negocial. O significado dos termos negócio jurídico *(Rechtsgeschäft)* e declaração negocial (declaração de vontade) são distintos; contudo, estes "*podem*" em certos casos congruir nas suas esferas e significados. Isto ocorre, todavia, somente quando o negócio jurídico é unilateral e não tem forma estabelecida por lei.[46] O negócio jurídico pode ao contrário da declaração negocial englobar outros requisitos como além da forma também a bilateralidade.[47] Para a execução do negócio jurídico requer-se pelo menos uma declaração negocial. Deste modo é correto afirmar que o negócio jurídico tem seu alicerce na declaração negocial.

A distinção entre negócios jurídicos unilaterais e bilaterais é a complementação da delimitação. Negócios jurídicos unilaterais (por exemplo: revogação, rescisão e testamento) são constituídos da declaração negocial de somente uma pessoa[48], porque o negócio jurídico unilateral baseia-se somente na legitimação do declarante de criar, modificar ou cancelar uma relação jurídica através de uma ato unilateral formativo.[49] Estes podem somente desencadear conseqüências jurídicas se isto for previsto por lei, ou se celebrado em contrato.[50] O negócio jurídico bilateral é o contrato, e esta forma negocial é sem dúvida a mais importante e comum de todas. Este requer pelo menos duas declarações negociais.

III. A Declaração de Vontade *(Willenserklärung)*

A. Situação na Alemanha

O termo da declaração negocial *(Willenserklärung)* – ou declaração de vontade como vem a ser conhecido no vocabulário jurídico brasileiro – não é definido no BGB. Nota-se a utilização deste termo na abordagem de certas normas (§§ 105 ff, 106 ff BGB) sem que seja feita uma menção mais detalhada ao termo. Ao contrário do BGB a Preußische Allgemeine Landrecht (PrALR) continha uma definição deste termo já no ano de 1794 no § 1 do primeiro livro, quarto título: "*A declaração negocial é uma exteriorização de vontade que indica o que deve acontecer ou não conforme a intenção do declarante*".[51] Do próprio termo declaração negocial pode-se derivar uma definição óbvia. Esta consiste da vontade declaracional e da expressão ou

46. Rüthers II, Bernd, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auflage, München 1993, Nota 278.
47. Larenz, § 18 I, pág. 314.
48. Comparar com os §§ 111,174, 182 do BGB.
49. Larenz, § 18 II.
50. Rüthers II, Nota 279.
51. *"§ 1 PrALR Die Willenserklärung ist eine Äußerung dessen, was nach der absicht des Erklärenden geschehen oder nicht geschehen soll."*

exteriorização desta vontade, ou seja, da declaração em si. O tipo legal (jurídico) da declaração negocial é estruturado em duas partes: a parte objetiva em forma da declaração (elemento exógeno) e a parte subjetiva em forma da vontade (elemento endógeno).[52] A parte subjetiva da declaração negocial exige para a concretização do seu tipo legal três elementos: a vontade de ação, a consciência de ação e a vontade negocial.[53]

1. Modalidade e Forma

O BGB reconhece a liberdade da forma contratual no § 125. Os partidos podem celebrar um contrato como bem entenderem (verbalmente ou de forma escrita), todavia a lei pede uma forma específica para alguns contratos nos conformes do § 126 ff BGB. Caso a lei estipule uma forma e esta não for respeitada pelas partes contratantes, então a declaração ou contrato passam a ser nulos.

Quanto às modalidades de declaração, existem três possibilidades: expressa, tácita ou através do silêncio nos poucos casos previstos por lei.

2. Interpretação

O BGB possui na parte geral somente dois parágrafos, que tratam da interpretação das declarações negociais: o § 133[54] para negócios unilaterais *(Einseitige Rechtsgeschäfte)* e o § 157[55] para contratos *(Verträge)*. A problemática da interpretação das declarações negociais não é tratada minuciosamente na parte geral do BGB, e assim deixa a desejar. De acordo com § 133 BGB, a vontade do declarante é somente determinante, se ela tiver sido expressada corretamente na hora da declaração; e consecutivamente tiver sido entendida pelo outro partido. A declaração é sempre atribuída ao declarante no caso em que este queira se expressar. Caso este se expresse com uma declaração que tenha um outro conteúdo além do verdadeiramente desejado (sem vontade negocial), a declaração torna-se eficaz (mesmo sendo ao mesmo tempo viciosa) e ao declarante é dada (§ 119 ff BGB) a possibilidade de revogação, e somente após a revogação a declaração passa a ser vista como nula desde o seu início *ex tunc* § 142 BGB.[56]

Este pensamento traduz-se na idéia da doutrina vigente de que importante é a proteção das relações jurídicas na sua globalidade e – em relação a esta – a vontade interior (erroneamente expressa) é irrelevante. A diretriz deste pensamento é o teor objetivo da declaração negocial a ser apreciado e julgado através de um "horizonte de recepção" objetivo.[57] Deste modo

52. Rüthers II, nota 190.

53. Opinião contrária é apresentada por Larenz § 19 II; e pelo BGHZ 91, 324, 329.

54. *"133 BGB (Interpretação da declaração de vontade) Na interpretação da declaração de vontade deve-se buscar a verdadeira vontade e preender-se naquilo que foi literalmente expresso."*

55. *"157 BGB (Interpretação de contratos) Contratos devem ser interpretados seguindo as regras de boa-fé e conforme os costumes jurídicos assim o requerer."*

56. BGHZ 91, 324, 330; Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 54. Aufl. 1995, introdução antes do § 116 Nota 17.

57. NJW 1988, 2278, 2279, Palandt, § 133 Nota 9.

não é a consciência subjetiva do declarante de como a sua declaração deve ser interpretada que determina a eficácia jurídica da declaração; e sim *como* esta declaração pode ter sido entendida de acordo com as regras da convivência jurídica.[58]

3. O Princípio da Abstração *(Abstraktionsprinzip)*

O BGB diferencia peculiarmente entre negócio causal (relações obrigacionais ou contratuais *"Verpflichtungsgeschäft"*) e abstrato (negócio jurídico dispositivo ou de eficácia real *"Verfügungsgeschäft"*).

Desta diferença entre negócio causal e abstrato surgem os princípios da abstração e da separação de negócios (*Abstraktions und Trennungsprinzip*) que caracterizam de forma singular o direito alemão.

A parte doutrinária deste princípio é muito abstrata e esta só pode ser corretamente entendida através de uma delimitação entre os princípios de transmissão de propriedade existentes.[59]

a. Princípios possíveis para a transmissão de propriedade

Para leigos e juristas estrangeiros, a idéia de que uma pessoa possa comprar algo e não obter a propriedade neste objeto parece ilógica. Mais estranho ainda pode parecer o fato que a transmissão de propriedade – ressalvando-se os bens imóveis – é perfeita mesmo que o contrato obrigacional seja vicioso ou inexistente. Para a compreensão dos diversos e possíveis princípios tangentes à transmissão de propriedade no direito das coisas em todas as ordens jurídicas existentes faz-se necessário questionar essencialmente três aspectos.

– Primeiramente, deve-se perguntar se a exteriorização da transmissão de propriedade é pedida pela doutrina jurídica em questão (princípio da tradição) ou não (princípio consensual).

– No caso do princípio da tradição, deve-se adicionalmente questionar se a propriedade é transmitida pura e simplesmente através de um contrato obrigacional (princípio da unidade), ou se é necessário um outro acordo não-obrigacional (dispositivo ou real) entre as partes (princípio da separação).

– E finalmente deve-se questionar – caso a ordem admita o princípio da separação e peça, portanto, um outro acordo dispositivo ou real entre as partes contratantes – se este acordo relaciona-se de forma "causal" com o negócio obrigacional (princípio da causalidade) ou se este tem a sua existência de forma independente do acordo contratual (princípio da abstração).

a.a O princípio consensual e o da tradição

Através do princípio consensual, a propriedade é transmitida através de um mero acordo entre as partes diretamente com a conclusão do negócio sem que um ato público seja necessário. Assim este

58. Staudinger, Julius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: 1. Auflage, Berlin 1994, nota introdutória aos §§ 116-144, notas 26, 80.

59. Aretz, Stephanie, Abstraktionsprinzip und Kausalprinzip – das Beispiel Spanien, pág. 1ff (estudo também apresentado na comemoração do centenário do BGB – vide nota de rodapé nº 1).

princípio apregoa obrigatoriamente a transmissão com a conclusão do acordo. A existência de dois negócios jurídicos (obrigacional e real ou dispositivo) na transmissão de propriedade é incabível para este princípio.

O princípio da tradição, ao contrário, pede um sinal exterior de que a propriedade foi transmitida (a transmissão em si ou um substituto desta). O princípio da tradição é reconhecido pelos sistemas jurídicos que praticam a separação entre negócio obrigacional e real (dispositivo) porque a separação precisa ser *necessariamente* manifestada.

Sendo assim, a separação entre o princípio consensual e da tradição é somente de relevância para as ordenações que prevejam o princípio da unidade (ver abaixo).

Exemplos do princípio consensual são os códigos civis francês, italiano, belga[60] (a propriedade é transmitida com a conclusão do contrato) e exemplo do princípio da tradição é o código da ex-República Democrática Alemã[61] (necessário era além do acordo um ato público que traduzia e incorporava a *tradição*). Todos estes pedem somente um acordo (obrigacional) e desta forma partem do princípio da unidade.

b.b O princípio da unidade e o da separação

O fato de uma ordenação se decidir pelo princípio da tradição não diz nada – como acima demonstrado – se a tradição ocorre em virtude do princípio da unidade ou da separação.

Caso haja somente um acordo – *que não distingue entre negócio obrigacional ou real* –, então a tradição baseia-se no princípio da unidade.[62]

O princípio da separação, ao contrário, exige para o negócio dois acordos distintos (obrigacional e real). Na maioria das vezes, entretanto, não se pode reconhecer claramente esses dois negócios, sendo que o negócio real pode ser realizado tacitamente.

c.c O princípio causal e o da abstração e os atos quase-negociais

Se a ordem jurídica distinguir entre negócio obrigacional e real, então o negócio obrigacional pode ser totalmente independente nos requisitos da sua existência do negócio real (princípio da abstração), ou então depender diretamente do negócio real para a sua eficácia (princípio causal).

O princípio da abstração engloba duas abstrações: a do conteúdo e da exteriorização dos negócios. O negócio real é *abstrato* quando ele não englobar nenhuma disposição acerca de seu propósito ou causa. A abstração externa admite a existência ou eficácia do negócio real sem se considerar o negócio obrigacional.

O princípio causal pede, ao contrário, que o negócio real nomeie e englobe

60. Caemmerer, Ernst, Rechtsvergleichung und Reform der Fährnisübergang, em RabelsZ 12 (1938/1939), 675 (679f).

61. Staudinger, Julius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Zweites Buch: Recht der Schuldeverhältnisse: Comentário aos §§ 433 ff, nota 4.

62. Jauernig, Othmar, Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip, em JuS (Juristische Schulung) 1994, pág. 722.

um propósito para a transmissão (causalidade do conteúdo) e também que o negócio obrigacional seja eficaz e válido (causalidade externa).[63] Através do negócio causal *(Verpflichtungsgeschäft)* estabelece-se geralmente uma obrigação que consiste numa ação (ou também omissão) que é juridicamente constituída a partir do negócio. Assim passa a existir uma "*causa*" obrigacional que deve ser cumprida. O negócio abstrato *(Verfügungsgeschäft)* é aquele através do qual um direito é alienado, terminado, modificado ou condicionado independentemente do negócio obrigacional. Ambos os negócios são independentes juridicamente, e são analisados e executados separadamente tanto no que diz respeito aos seus requisitos para o alcance do tipo legal perfeito, como também em relação às conseqüências jurídicas.

O direito alemão é – com exceção de poucas ordens jurídicas que se apóiam na ordenação alemã – o único que segue o princípio da abstração e esta é a característica mais importante.[64]

O direito alemão diferencia consecutivamente entre atos reais *(Realakte)*[65] e ações quase-negociais *(Geschäftsähnliche Handlungen)*. Sob ação quase-negocial entende-se um comportamento voluntário que visa sobretudo a uma conseqüência "real" e gera conseqüências jurídicas somente pela existência de lei (a advertência do § 284 BGB). O elemento que visa à conseqüência jurídica não é requisito; entretanto, a presença deste não afeta a existência de uma ação quase-negocial, sendo que, dependendo da situação, pode-se aplicar as regras do negócio jurídico de forma análoga.

Atos reais são simplesmente ações que pedem meramente uma confirmação real, como é o caso do indivíduo que encontra um objeto perdido (*Finder* § 965 BGB[66]). Observa-se que existem atos reais onde o elemento voluntativo é totalmente reprimido como na aquisição da posse (aquisição de posse do § 854 BGB[67]). Neste caso, diz-se que determinante não é o desejo de gerar uma conseqüência jurídica, mas sim a pura vontade real de agir. Esta diferença entre atos reais e quase-negociais pode ser melhor entendida na observação de que o ato real – fundamentado na vontade real de agir – pede além da ação, simplesmente, uma certa capacidade de discernimento, e não necessariamente a maioridade jurídica. Deste modo, o doente mental que não tem consciência de suas ações não pode adquirir a posse, sendo que uma criança ou menor de idade tem como obter posse jurídica.

B. A Declaração Negocial do Código Civil Português

1. Modalidades

O art. 217º CC[68] trata da declaração negocial *(Willenserklärung)* na forma clássi-

63. Jauernig, JuS 1994, 721 (722).

64. Staudinger, comentário aos §§ 929ff, nota 16; Zweigert/Koetz, pág. 71.

65. Vide Pontes de Miranda (ato e fato).

66. O § 965 BGB prevê que a pessoa que encontra um objeto sem posse deve imediatamente anunciar que encontrou o respectivo.

67. O § 854 BGB trata da aquisição da posse.

68. *"Art. 217 CC (Declaração expressa e declaração tácita)*

ca e correspondente ao sistema de Savigny[69], que através do uso do termo declaração de vontade salienta o elemento voluntativo. Estas declarações podem ser expressas (art. 217º I, 1. Alt CC), tácitas (art. 217º 1, 2. Alt. CC) ou – contanto que desejada pelas partes contratantes ou então regulamentada por lei (ex.: arts. 923º II, 1163º CC) – obtidas pelo silêncio (art. 218º CC[70]).[71]

2. Forma

A liberdade de forma é garantida pelo art. 219º CC[72] para todos os negócios cuja forma não esteja prevista por lei, sendo que de acordo com o art. 223º CC[73] uma forma específica de contratação também pode ser obrigacionalmente estabelecida.

O desrespeito à forma leva à nulidade, de acordo com o art. 220º CC.[74]

A nulidade não significa, entretanto, que o ato não deva ser apreciado pelo prisma jurídico. Da figura do fato jurídico de natureza não-negocial surgem, conforme o art. 246º CC, direitos subjetivos de caráter não-negocial quando um ato culposo for constatado.[75]

3. Interpretação, Recepção e Perfeição da Declaração

As regras de interpretação e perfeição do Código Civil são diversas e minuciosamente tratadas no art. 224º ff. De acordo com os arts. 218º ff, 224º ff, a declaração negocial pede, a fim de gerar conseqüências jurídicas – além da impreterível consideração de uma eventual forma especificada –, o atingimento da chamada perfeição (recepção da declaração) – ou eficácia jurídica no vocabulário jurídico brasileiro (*Zugang*). Duas formas declaracionais são relevantes.

Conforme o art. 224º I, 2. Alt. a perfeição[76] jurídica da declaração negocial não-receptiva (*Nichtempfangsbedürftige Willenserklärung*) é obtida através da expressão regular da vontade (teoria da exteriorização[77]).

O art. 224º I 1. Alt. regulamenta a perfeição das declarações negociais receptivas (*Empfangsbedürftige Willenserklärungen*). Neste caso, fala-se em perfeição por via de regra com a simples recepção ou entrada (*Zugang*) da declaração na esfera do receptor (teoria da recepção), sendo que a verdadeira tomada de conhecimento em si não desempenha papel algum.[78] A lei parte neste caso do princípio de que a entrada na esfera do receptor corresponde à tomada de conhecimento.

Espera-se que todo sujeito de direito (participante nas relações jurídicas) tome as medidas racionais e o cuidado necessário que a sua ação possa vir a requerer com o intuito de evitar exteriorizações ambíguas. Caso o sujeito de direito não aja de acordo com os ditames, então justifica-se vinculá-lo mesmo contra a sua vontade. Este comprometimento é possibilitado pelo art. 224º II, que pressupõe a perfeição (recepção) e pede prova contrária por parte do receptor. No caso concreto, isto ocorre quando o receptor impede a perfeição (recepção) regular por culpa ou oportunamente. No direito português "recepção" significa assim puramente a entrada (o acesso) da declaração na esfera do receptor.

Por outro lado, o art. 224º nega a perfeição de declarações das quais o receptor não pudesse se aperceber sem culpa. Isto faz com que o Código Civil faça também jus à possibilidade da tomada de conhecimento e esta é levada em consideração pela alínea III do art. 224º (nulidade da perfeição). Este lado condicionado pela moral e por critérios subjetivos orienta-se conforme a culpa do receptor; e desta forma uma declaração negocial escrita e direcionada a um analfabeto não atinge jamais a sua perfeição. Por conseguinte, pode-se observar dois princípios fáceis e gerais que estão baseados no direito natural, que, por sua vez, aqui encontra-se ancorado no direito positivo: *aquele que se engana culposamente não deve poder anular a sua declaração (der schuldig Irrende darf seine Erklärung nicht annullieren)* em contrapartida: *quem erra sem culpa merece proteção (wer ohne Schuld sich irrt, verdiente Schutz)*. O raio de alcance da culpa do art. 227º CC atinge também a negligência[79] e refere-se expressamente às conseqüências jurídicas do art. 498º CC. Apesar de o art. 227º CC[80] tratar de contratos obrigacionais, é possível aplicar as

1. A declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escritas ou qualquer outro meio directo de manifestação de vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam.
2. O carácter formal da declaração não impede que ela seja emitida tacitamente, desde que a forma tenha sido observada quanto aos factos de que a declaração se deduz."

69. Larenz, § 1 II, IV.

70. *"Art. 218 CC (O silêncio como meio declarativo) O silêncio vale como declaração negocial, quando esse valor lhe for atribuído por lei, uso ou convenção."*

71. Hörster, págs. 438-439; JZ (Juristische Zeitung) 1977, 602.

72. *"Art. 219 CC (Liberdade de forma) A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir."*

73. *"Art. 223º CC (Forma convencional)*
1. Podem as partes estipular uma forma especial para a declaração; presume-se, neste caso, que as partes se não querem vincular senão pela forma convencionada.
2. Se, porém, a forma só for convencionada depois de o negócio estar concluído ou no momento da sua conclusão, e houver fundamento para admitir que as partes se quiseram vincular desde logo, presume-se que a convenção teve em vista da consolidação do negócio, ou qualquer outro efeito, mas não a sua substituição."
"Art. 224º CC (Eficácia da declaração negocial)
1. A declaração negocial que tem um destinatário torna-se eficaz logo que chega ao seu poder ou é dele conhecida; as outras, logo que a vontade do declarante se manifesta na forma adequada.
2. É, também considerada eficaz a declaração que só por culpa do destinatário não foi por ele oportunamente recebida.
3. A declaração recebida pelo destinatário em condições de, sem culpa sua, poder ser conhecida é ineficaz."

74. *"Art. 220 CC (Inobservância da forma legal) A declaração negocial que careça da forma legalmente prescrita é nula, quando outra não seja a sanção especialmente prevista na lei."*

75. Hörster, notas 663-664.

76. Sob o termo perfeição entende-se a eficácia no direito brasileiro.

77. Também conhecida como teoria da expressão.

78. BMJ (Boletim do Ministério da Justiça) 352, pág. 317.

79. Neto, Aurora Silva. Código Civil e Legislação Conexa, 2. Auflage, Lisboa 1992, art. 227º, nota 2.

80. *"Art. 227º 1 (Culpa na formação dos contratos) Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele preceder segundo as regras de boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte."*

suas regras analogamente para as declarações negociais.

A perfeição também pode ser substituída. O "anúncio público da declaração" do art. 225 CC substitui a perfeição das declarações dirigidas a pessoas com o paradeiro desconhecido[81]. Esta substituição ocorre com a publicação de uma notificação em um periódico local.

A morte ou incapacidade civil posterior não exerce qualquer influência na perfeição das declarações, conforme o art. 226º CC.[82]

4. Revogação *(Widderuf)*

A revogação[83] de uma oferta (declaração negocial) pode ocorrer conforme o art. 230º II ao mesmo tempo que a perfeição. O art. 235º exige os mesmos requisitos do art. 230º II; mas trata não da oferta, mas sim exclusivamente da revogação do aceite, o que também é praticado no direito alemão.

5. Prazo de Duração da Proposta Contratual *(Annahmefrist)*

Determinante básico para a duração da proposta contratual é o combinado entre os partidos, conforme o art. 228º a. A aceitação pode acorrer de acordo com o art. 228º b até o momento no qual a aceitação da resposta é devida e pode ser esperada. Uma declaração por partes não-presentes ou uma declaração escrita entre partes presentes perde a validade com o decorrer de 5 dias, de acordo com o Art. 228º c.

6. Deveres do Receptor

O direito português prevê, conforme o Art. 229º I CC, um dever para o receptor quando uma oferta contratual entrar na esfera de recepção fora do prazo previsto. Neste caso, o receptor deve comunicar imediatamente ao declarante que a perfeição não foi atingida nos limites do prazo. Se esse não fizer isso, então responde pelos danos que possam vir a resultar de sua omissão para com o declarante. O § 149 BGB ficciona ao contrário da lei portuguesa pura e simplesmente a recepção, no caso da omissão da comunicação de um eventual atraso com a conseqüência de que o negócio jurídico não se concretiza.

7. Dissenso

O dissenso *(Dissens)* é a não-congruência (falta de acordo) das declarações desejadas sob o objetivo ponto de vista

81. Vide § 132 BGB.

82. Vide § 130 II BGB.

83. O instrumentário terminológico jurídico deste estudo envolvendo dois idiomas pode faltar com clareza para leigos. Três termos pedem assim uma breve explicação dos seus tipos legais no direito alemão para uma melhor compreensão geral. Estes são a anulação, a revogação e a rescisão. A anulação *(Anfechtung)* é na verdade a contestação da validade de um negócio jurídico através de um motivo previsto por lei, pedindo obrigatoriamente a existência do negócio jurídico vicioso. A sua conseqüência é a nulidade *ex tunc* do negócio e conseqüentemente também da declaração de vontade. A revogação *(Widerruf)* argúe não a eficácia da existência do negócio, mas sim da declaração, portanto não pede obrigatoriamente que o negócio jurídico já tenha sido celebrado. A rescisão *(Rücktritt)* prevê o término de um negócio, e pede sempre um motivo. Este pode ser estipulado em contrato ou ser então previsto por lei. Sem um motivo (contratual ou legal) não há meios de rescisão. Salienta-se que estes três termos têm significados distintos, mas ao mesmo tempo próximos e nem sempre são usados com precisão absoluta.

de um terceiro. Ele pode ser aberto (§ 154 BGB), quando a não-congruência é conhecida, ou fechado (§ 155 BGB), quando as partes desconhecem que as suas declarações divergem e em ambos os casos não há formação de um negócio.

Ambos os casos alemães de dissenso *(Versteckte und offene Dissens)* são englobados pelo Art. 232º CC, apesar de estes não serem morfologicamente definidos.[84] Também as normas dos artigos 233º, 234º CC (aceitação com modificação e dispensa da declaração de aceitação) são idênticas aos §§ 150, 151 BGB *(Verspätete und abändernde Annahme und Annahme ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden)*.

C. Comparação

O princípio da liberdade da forma contratual vigora em ambas as codificações. Em certos negócios jurídicos, a utilização de uma forma específica é prevista por lei, sendo que a forma especial pode ter origem no acordo entre os partidos. Declaração negocial art. 217º CC ff é o termo português para *"Willenserklärung"*[85]. Esta definição faz transparecer claramente a vontade negocial, o que não ocorre nem com o termo alemão, nem com o brasileiro (declaração de vontade). Os tipos legais exógenos e endógenos da declaração jurídica congruem nas duas ordenações.

A anulabilidade da declaração negocial requer em ambas as ordenações primeiramente a sua perfeição, sendo que a declaração pode ser revogada até a sua recepção (art. 235º, 230º II CC).

No direito alemão, a proteção é dada não à declaração, mas sim à verdadeira vontade do declarante.[86] Para a obtenção do teor declaracional, deve-se perguntar como um receptor normal (terceiro) teria regularmente entendido a declaração, considerando-se a boa-fé e as regras que regulamentam as relações jurídicas.[87]

Para o BGB, o declarante é normalmente responsável pelo seu comportamento e o risco declaracional é prioritariamente atribuído à sua pessoa.[88] Por outro lado, não se ignora que os interesses do declarante e do receptor são sinalagmáticos. A consideração básica a ser feita é se o partido deve aceitar a atribuição da declaração, e se este respeitou a aplicação regular de cuidados rotineiros na exteriorização da declaração em questão.[89]

O BGB diferencia diversas situações conflitantes possíveis e os interesses bilaterais passam por um juízo de valor recíproco.[90] O declarante deve, entretanto, em caso de conflito, poder provar que ele se enganou. Caso a prova seja possível, ele precisa, também, conforme o § 122 I BGB

84. Hörster, pág. 465.

85. Tradução literal aqui vem a ser de expressão de vontade (voluntativa).

86. Palandt § 133, nota 6.

87. BGHZ 47, 75, 78.

88. Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band: Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin 1979, § 23, 1; NJW 1990, 454; AcP 169, 232.

89. JuS (Juristische Schülung) 1986, 440; NJW (Neue Juristische Zeitschrift) 1984, 2279.

90. Rüthers nota 204, pág. 131

restituir as perdas que o receptor sofreu em virtude de ter confiado na perfeição da declaração negocial.

A interpretação da declaração negocial no direito português questiona hipoteticamente como os declarantes teriam agido se eles tivessem antevisto o ponto conflitante, ou então como o problema seria resolvido pelas regras jurídicas costumeiras. O art. 237º CC[91] vai mais adiante e estabelece peculiarmente dois parâmetros para a interpretação de declarações. Para os negócios gratuitos, consideram-se os interesses do declarante como *preponderantes* em relação aos interesses do receptor; e para os negócios não-gratuitos, parte-se do princípio que ambas partes mereçam uma proteção *igual* dos interesses alheios, e somente a partir daí é feita a interpretação (delimitação e valoração) da declaração. Isto faz com que o caso concreto determine a interpretação e não o contrário.

Apesar de o art. 246º I 1. Alt. CC negar a existência de um negócio jurídico quando há falta da consciência declaracional, existe a possibilidade (alínea I 2 Alt.) de se pedir uma restituição não-negocial de perdas para o receptor no caso de este merecer proteção.[92] O BGB parte de um outro princípio e reconhece a declaração – mesmo sem consciência declaracional ou vontade negocial – como sendo perfeita (eficaz); entretanto, esta declaração perfeita é ao mesmo tempo "maculada", podendo ser anulada nos termos do § 119 ff BGB.[93] Caso a anulação ocorra, esta concede automaticamente ao receptor da declaração um direito subjetivo de restituição das perdas em virtude da confiança na declaração *(Verstrauensschaden)* nos termos do § 122 I, contanto que este pudesse realmente ter confiado na declaração § 122 II. O direito português transcreve os pensamentos alemães quanto à proteção dos interesses; todavia, utiliza como acima demonstrado, soluções originais na resolução de certos casos e estas divergem do direito alemão.[94]

Princípio fundamental do BGB é que a perfeição do negócio abstrato (dispositivo) não depende da perfeição do negócio causal (nem sempre obrigacional).[95] Sem fazer menção ao princípio da separação, o art. 291º CC incorpora a solução portuguesa para a proteção de terceiros que adquirem um direito em boa-fé, e que devam poder ter confiado neste direito adquirido. O que um *direito adquirido* em boa-fé significa não vem a ser definido no CC. Para o Código Civil português, um negócio jurídico nulo não deve em princípio gerar conseqüências jurídicas, e um terceiro não poderia "adquirir" na forma legal, porque o próprio fundamento jurídico inexiste. Todavia, se o negócio for anulável ele gera conseqüências jurídicas mesmo que estas sejam temporárias. Assim fundamenta-se a aquisição temporária de um direito por parte de terceiros de boa-fé (arts. 453º, 454º CC[96]); porém, o direito vem a ser anulado e o terceiro perde necessariamente (Art. 289º 1) a sua posição jurídica, e a aquisição temporariamente perfeita passa a ser nula. O art. 291º CC visa a evitar resultados injustos e proíbe a anulação de *direitos adquiridos* transformando deste modo um direito temporariamente perfeito em direito não-anulável. A resposta à pergunta se o *direito adquirido* não corresponde ao negócio abstrato alemão não é respondida pela lei e deixa margens para especulação. Este princípio do direito português é denominado princípio da conservação do negócio jurídico *(Prinzip der Rechtsgeschäftsbeibehaltung)*.[97]

Obviamente, isto não vale para a aquisição de bens imóveis, pois o registro visa à segurança jurídica na sua totalidade e vem deste modo em primeiro plano.

O direito português parece reconhecer a idéia da separação entre negócio abstrato e causal em alguns poucos casos[98], mas o princípio da abstração *(Abstraktionsprinzip)* em seu teor não é reconhecido na transferência de bens imóveis.

91. *"Art. 237º CC (Casos duvidosos) Em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos negócios gratuitos, o menos gravoso para o disponente e, nos onerosos, o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações."*
92. JZ (Juristiche Zeitung) 1986, 875, 878.
93. Vide vícios de vontade III, A, 1.
94. Jayme, pág. 28.
95. Vide "Abstraktionsprinzip"

IV. O Negócio Jurídico *(Rechtsgeschäft)*

A. O negócio jurídico alemão

Da mesma forma que a declaração negocial, o termo negócio jurídico é usado na parte geral, mas não é definido em parte alguma do BGB.[99] O direito romano conhecia diversas ações jurídicas e apesar de termos como *actus* e *negotium* serem conhecidos, estes não eram aplicados num sentido técnico-jurídico.[100] Os termos *actus juridicus* e *declaratio voluntalis* foram desenvolvidos no século XVIII pelos Pandectistas[101], e somente então passaram a ter importância jurídica.[102] No protocolo de intenções do anteprojeto do BGB encontra-se uma definição:[103] *"Negócio jurídico é uma exteriorização da vontade privada que objetiva a realização de um efeito jurídico; e este por sua vez, em concordância com os ditames jurídicos, só existe porque é desejado"*. Nas relações cotidianas, os sujeitos de direito podem estabelecer compromissos jurídicos baseados em fundamento obrigacional através de declarações.

O termo negócio jurídico é também uma figura baseada numa abstração extrema[104]. A doutrina alemã reconhece a exis-

96. *"Art. 454º CC (Forma da ratificação)*
1. A ratificação deve constar de documento escrito.
2. Se, porém, o contrato tiver sido celebrado por meio de documento de maior força probatória, necessita a ratificação de revestir igual forma."
97. Hörster, pág. 595; Rüthers I, § 26.
98. Hörster, pág. 608, nota 1008.
99. Rüthers, nota. 276-277.
100. Zweigert/Kötz II, nota 2.
101. Larenz AT, § 1 II, IV; Köhler § 3.
102. Flume II, § 2 3; Hörster pág. 425.
103. Rüthers, nota 276 (Mot. I, 126; Mugdan I, 421).
104. Zweigert/Kötz II § 1 I.

tência do negócio jurídico não somente nos contratos obrigacionais como também nos acordos materiais *(Dingliche Einigung)*. O acordo que no direito alemão deve existir entre os partidos quando um direito material *(Dingliches Recht)* é transmitido ou inserido sobre um objeto de terceiros. A rescisão contratual, os contratos do direito de família (contrato de matrimônio), o testamento, e outros tantos, são englobados pelos negócios jurídicos. A conseqüência desta vasta abrangência é que as regras da parte geral – que tratam da revogação, da representação, das condições, etc. – valem para todos os tipos de negócio, independente do tipo.

1. Vícios da Vontade no Direito Alemão *(Willensmängel)*

Os vícios que abordam o tema do elemento voluntativo podem ser distinguidos em dois grupos. Os § 116, 118 que prevêem os casos nos quais o declarante expressa conscientemente uma declaração falha[105], e os §§ 119, 123 regulamentam os casos nos quais o erro ou vício do declarante é descoberto somente depois de ter sido expresso e no caso de coação (§ 123) quando a possibilidade de correção se torna real.[106] A lei ordena a nulidade *(Nichtigkeit)* desde o princípio para o primeiro grupo de declarações e para o segundo grupo a anulabilidade *(Anfechtbarkeit)*. A nulidade do negócio jurídico é – ressalvando-se alguns poucos casos previsto por lei de cura jurídica *(Heilungsmöglichkeiten)* – definitiva. Um negócio nulo não pode – apesar da infeliz forma do § 141 BGB – ser confirmado. A possibilidade de reiniciá-lo é obviamente lícita.

B. O Negócio Jurídico Português

1. Delimitação entre atos e negócios jurídicos

O Código Civil diferencia sob o título de "factos jurídicos" entre o negócio jurídico (art. 217º ff CC[107]) e os actos jurídicos (art. 295º CC[108]). De acordo com sua morfologia, o Art. 295º CC abrange os atos jurídicos, o negócio jurídico e todas as ações e declarações que possuam relevância jurídica para a ordem legal.[109]

2. Delimitação entre negócio real e consensual

O ato jurídico pode ser observado no fato de um negócio poder requerer além da perfeição declaracional outros atos reais e materiais.[110] Exemplos destes atos são os contratos de comodato (art. 1129º CC), de mútuo (art. 1142º CC) e o depósito (art. 1155º CC). O ato material destes contratos (consistente na maioria das vezes de uma entrega) pertence como a declaração negocial ao tipo legal do negócio jurídico em si.[111] Na verdade, diferencia-se entre dois tipos de contratos. De um lado, o negócio consensual, que requer a congruência de duas declarações negociais para a sua perfeição, e do outro lado, o negócio real.[112] Este último pede – além dos requisitos da eficácia do negócio consensual – um ato material sem que se faça propriamente uma distinção entre negócio causal e abstrato como é o caso do BGB. Este ato material faz parte do negócio em si e por conseqüência dispensa-se a distinção feita pelo direito alemão.[113]

3. Vigência do Direito *(Geltendmachung)*

Típica do direito português em matéria de vícios é a possibilidade de se fazer vigorar a nulidade (art. 286º I CC[114]) e a anulabilidade (art. 287º II CC) tanto por via de ação como por via de exceção. A possibilidade da anulabilidade via exceção é de fato prevista por lei, mas desempenha um papel irrisório para a problemática das declarações, pois esta requer o acordo entre os partidos sobre a nulidade da declaração, e isto não acontece quase nunca na prática jurídica. A regra da prática é que a anulabilidade (unilateral) é obtida por via de ação.[115]

4. Anulabilidade e Nulidade

O direito português contemporâneo (art. 247º CC[116]) permite a anulação da declaração negocial se o declarante conhecesse ou não pudesse ignorar a essencialidade do elemento que causou o erro. O erro deve necessariamente relacionar-se com o aspecto contratual essencial para o declarante. O Código Civil também distingue dois outros grupos de negócios jurídicos. No primeiro grupo, o negócio é (art. 287º CC) anulável (anulabilidade), ao passo que no segundo este é (art. 286º CC) nulo (nulidade). Peculiar no direito português é que o Código Civil prevê exceções, ao contrário do BGB, tanto para o caso da nulidade como para o da anulabilidade.

a. Casos de nulidade

O primeiro caso de nulidade é de acordo com o art. 240º CC[117] a simulação

105. Rüthers, nota 310.

106. Rüthers, nota 310.

107. Vide nota de rodapé nº 68

108. *"Art. 295º CC (Disposições reguladoras) Aos actos jurídicos que não sejam negócios jurídicos são aplicáveis, na medida em que a analogia das situações o justifique, as disposições do capítulo precedente."*

109. Pinto, Carlos Alberto da Motta. Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, 1983, pág. 353.

110. Hörster, nota. 667; BMJ 352, pág. 317.

111. BMJ 352, pág. 317; Hörster pág. 421, nota 666.

112. Hörster, pág. 430.

113. Vide II, A, 3, a.

114. *"Art. 286º CC (Nulidade) A nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal."*

115. Jayme, pág. 28.

116. *"Art. 247º CC (Erro na declaração) Quando, em virtude de erro, a vontade declarada não corresponde à vontade real do autor, a declaração negocial é anulável, desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro."*

117. *"Art. 240º CC*
1. Se, por acordo entre declarante e declaratário, e no intuito de enganar terceiros, houver divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante, o negócio diz-se simulado.
2. O negócio simulado é nulo."

(Täuschung). Este termo diferencia-se acentuadamente do termo de simulação do § 123 BGB. A simulação do art. 240º CC possui um tipo legal que pressupõe um acordo entre dois partidos que intencionam propositalmente uma divergência na declaração negocial com a vontade real de enganar terceiros. Assim, na simulação do art. 240º CC sempre existem pelo menos três pessoas envolvidas, ao contrário da disposição do § 123 BGB que requer um mínimo de dois partidos. A conseqüência do art. 240º CC é a nulidade do negócio. Uma simulação envolvendo duas pessoas também existe no direito português, mas é tratada no art. 253º CC define dolo como qualquer sugestão ou artifício que alguém emprega com a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração, bem como a dissimulação, pelo declaratário ou terceiro, do erro do declarante. A dissimulação tratada no art. 254º CC é devida à premeditação e tem somente a anulabilidade como conseqüência, em contrapartida ao art. 240º CC que prevê nulidade.

Outros casos de nulidade são os casos das declarações não sérias *(Scherzgeschäfte)* previstas pelo art. 245º I CC, e também os negócios que ocorrem na falta de consciência da declaração negocial ou sob coação física (art. 246º I CC). Apesar da conseqüência dos arts. 245º II, 246º II CC ser a nulidade – nos conformes do art. 286º CC –, esta cria um direito não-negocial de restituição no sentido de perdas devidas à confiança quando uma ação culposa por parte do declarante vem a ser constatada. A coação física (art. 246º CC) e moral (arts. 254º, 255º CC) são vícios revogáveis de acordo com o art. 287º CC.

Quando sob um negócio simulado exista um outro que as partes quiseram realizar, é aplicável a este o regime que lhe corresponderia se fosse concluído sem dissimulação (art. 241º I CC).

O art. 243º CC prevê uma outra exceção às regras da nulidade. O terceiro prejudicado pode exigir a execução do negócio nulo dos dois agentes causadores da dissimulação quando este estiver em boa-fé. De acordo com o art. 243º II CC, o terceiro é de boa-fé quando ele não tem conhecimento da simulação que é feita contra ele. À primeira vista a idéia do art. 243º CC parece ser pouco compreensível e sem respaldo dogmático. Considera-se nesta norma o fato de que promessas são feitas geralmente àquele que sofre a dissimulação e que este tem a possibilidade de fazê-las serem cumpridas somente através de um negócio que se traduz numa ficção jurídica (negócio fictício). Ele pode obrigar os agentes da dissimulação a cumprir o "*contrato inexistente*". A norma intenciona a proteção do terceiro e este pode escolher entre nulidade e perfeição do negócio nulo, se a execução contratual lhe parecer conveniente ou vantajosa.

Os negócios usuários são tratados pelo art. 280º ff CC e estes são determinados de acordo com o objeto negocial. Nulo é o negócio cujo objeto é física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminado (art. 280º I CC), ou quando o negócio for contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes (art. 282). Novamente existe uma exceção prevista por

lei. O art. 283 CC[118] concede à parte prejudicada a interessante possibilidade de pedir uma alteração contratual da parte contrária "segundo juízos de eqüidade" ao invés de optar pela nulidade. Já a alínea II do art. 283º CC prevê uma forma de defesa por objeção *(Einrede)* da parte contrária contra a declaração de nulidade quando esta mesma aceita a alteração segundo juízos de eqüidade.[119] Esta alteração ou adequação pode parecer primeiramente infundada porque ela dá ao causador da usura – que não deve merecer proteção alguma – a possibilidade da adequação contratual, mas isto não é a intenção teleológica do art. 283º CC. O art. 284º CC prevê conseqüências processuais-penais quando a nulidade é declarada. Com o intuito de evitar este resultado criminal indesejado para o causador da usura, criou-se esta possibilidade de adequação negocial. O negócio nulo pode, desta forma – com a adequação que pede o consentimento do lesado –, tornar-se eficaz e perfeito, evitando-se desta forma a perseguição penal.

b. Casos de anulabilidade

Casos que têm a anulabilidade do negócio como conseqüência são tratados pelo art. 247º ff CC.[120] O negócio jurídico que for maculado com um erro pode ser anulado, mas também aqui observa-se exceções a esta regra de anulabilidade. Uma norma especial neste caso é o art. 249º CC para erros de cálculo ou de escrita. Aquele que se equivoca tem somente direito à correção e não à anulação. A declaração viciosa deveria ser conforme a lógica terminológica do art. 249º I CC anulável, contudo a lei opta pela continuação do negócio jurídico. Neste artigo nota-se a influência do vetusto art. 665º CC[121] do Código de Seabra, que previa uma adequação a fim de proteger em primeiro plano a segurança geral das declarações escritas.

O Código Civil contém normas que tratam do erro na transmissão da declaração (art. 250º CC[122]), do erro sobre a transmissão ou sobre a pessoa ou objeto do negócio *(Eigenschaftsirrtum)*, e do erro sobre os motivos (art. 252º CC). Todos estes erros seguem em grande parte às correspondentes soluções apresentadas pelo BGB.

3. Comparação

A parte geral serviu para criar uma fonte de controvérsias sobre o campo de aplicação das regras gerais. A verdade é que

118. *Art. 283º (Modificação dos negócios usuários)*
1. Em lugar anulação, o lesado pode requerer a modificação do negócio segundo juízos de eqüidade.
2. Requerida a anulação, a parte contrária tem a faculdade de opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do negócio nos termos do número anterior.

119. Oliveira, pág. 25; Zweigert/Kötz, S. 173.

120. Vide nota de rodapé nº 116.

121. *"Art. 665º (Código de Seabra) O simples erro de cálculo arithmético, ou de escripta, só dá direito a sua rectificação."*

122. *Art. 250º (Erro na transmissão da declaração)*
1. A declaração negocial inexactamente transmitida por quem seja incumbido da transmissão pode ser anulada nos termos do art. 247º.
2. Quando, porém, a inexactidão for devida a dolo do intermediário, a declaração é sempre anulável.

também os elaboradores do BGB tinham na formulação do § 116 ff BGB somente o contrato obrigacional regular em mente[123]; e somente nestes contratos obrigacionais se pode aplicar as regras gerais diretamente, o que não impede a aplicação análoga destas regras em declarações, atos e relações jurídicas que não forem contratos.[124]

No direito alemão, a nulidade de um negócio jurídico é – ressalvando-se as raras hipóteses de reparação (cura jurídica) em casos previstos por lei (§§ 313 S. 2; 518 S. 2; 766. S. 2 BGB) – definitiva. O negócio nulo não pode ser confirmado, mas somente reiniciado[125] e vale somente a partir do momento do novo acordo. A necessidade de uma forma específica – quando a lei assim o determinar – é imprescindível para a validade.[126]

Este princípio não vigora necessariamente em Portugal devido às inúmeras exceções. De fato, a exceção confirma a regra, mas não se pode afirmar isto quando os casos excepcionais se igualam ou ultrapassam quantitativamente a regra. A codificação portuguesa apresenta todas as teorias e princípios vigentes das doutrinas modernas em relação à divergência entre vontade e expressão (exteriorização) da vontade. O direito português não segue teorias gerais como no caso das doutrinas alemãs, mas apresenta soluções concretas dependendo das conseqüências que podem ser tanto a nulidade como anulabilidade da declaração negocial.[127] O Código Civil prima pela solução – com base às resoluções do antigo código[128] – de vícios no momento do acordo através da observação e consideração do verdadeiro caso concreto. A valoração e a própria moral ficam em primeiro plano para efetuar-se um juízo dos interesses bilaterais e das implicações legais em questão.[129] O direito português oferece no art. 288º CC[130] a interessante possibilidade da confirmação *(Bestätigung)* de um negócio nulo, o que seria – apesar da confusa formulação do § 141 BGB – impensável no direito alemão. Também o art. 243º CC[131] apresenta a interessante possibilidade da execução material de um negócio jurídico nulo.

De fato, o instrumentário básico da codificação portuguesa parece violar de modo preocupante – sobretudo terminologicamente – os conceitos rígidos

123. Zweigert/Kötz, pág. 173.

124. Vide art. 7 ZGB, 1324 Codice Civile, § 876 ABGB.

125. Rüthers, nota 312.

126. Rüthers, nota 312.

127. Oliveira, pág. 29.

128. Jayme, pág. 28.

129. Jayme, pág. 28.

130. *Art. 288º (Anulabilidade).*

131. *Art. 243º (Inoponibilidade da simulação a terceiros de boa-fé)*
1. A nulidade proveniente da simulação não pode ser argüida pelo simulador contra terceiro de boa-fé.
2. A boa fé consiste na ignorância da simulação ao tempo em que foram constituídos os respectivos direitos.
3. Considera-se sempre de má-fé o terceiro que adquiriu o direito posteriormente ao registro da ação de simulação, quando a este haja lugar.

e absolutos de nulidade e anulabilidade que regem no BGB, quando um negócio nulo é confirmado, ou torna-se perfeito nos conformes dos arts. 288º, 243º CC. Estas preocupações não encontraram, entretanto, ressonância no judiciário português, que caracteriza-se pela avaliação menos teórica e mais prática do caso concreto, e assim não se justifica o porquê de aprofundar esta discussão terminológica na doutrina portuguesa, porque o lado histórico prevalece evidentemente ao dogmático.

Pergunta-se, por outro lado, se a doutrina alemã não permite uma segunda anulação de um negócio que já tenha sido anulado.[132] Esta segunda anulação de um negócio ocorre somente quando não se puder comprovar o(s) motivo(s) da anulação ou quando um outro motivo de anulação trouxer maiores vantagens consigo para a parte interessada.[133] Exemplifica-se este fenômeno através da possibilidade de se pedir reparação de danos (§§ 122, 307, 309 BGB) nos negócios anulados conforme o § 119 BGB ou simplesmente nulos conforme o § 306 BGB, ao passo que o mesmo não acontece com a anulação do § 123 BGB. A primeira anulação existente do negócio jurídico não deve, neste caso, afetar o interesse do partido que revoga, e este adquire a interessante possibilidade de iniciar uma segunda anulação quando esta trouxer consigo vantagens como a reparação de danos devidos à confiança. Em virtude disso, é duvidoso afirmar que o direito alemão conheça verdadeiramente uma exceção. A anulação posterior altera somente a inicial, sendo que a conseqüência (anulabilidade) permanece inalterada.

É notório que o direito alemão possui normas (§ 119 ff BGB) que visam sobretudo a proteger o declarante. Codificações mais modernas – como o Código Civil italiano de 1942 – partem do princípio que a proteção deve ser dada às relações jurídicas em si às regras que as regem e, portanto, restringem a possibilidade da anulação declaracional.[134] O fundamento do pensamento que serviu de base à regulamentação da anulação do art. 247º CC baseia-se na idéia de que o erro só gera um direito à anulação quando este tiver sido essencial para o declarante, e também pudesse ter sido reconhecido pelo receptor. A diferença da norma alemã (§ 119 II BGB) torna-se clara. Diretrizes do pensamento português não são os erros essenciais sobre a pessoa, objeto ou transmissão, mas sim aqueles erros que têm importância essencial para o declarante e que sejam claros para o receptor.[135] A solução negocial portuguesa corresponde à teoria de Flume.[136]

Como já mencionado, os negócios que não obedecem à forma estipulada por lei são nulos (§ 125 BGB), mas podem ser excepcionalmente sanados nos termos do § 313 S. 2 BGB. Esta cura jurídica efetua-se na verdade através de um negócio abs-

132. Rüthers, nota 323ª.

133. Flume § 36, 6.

134. Jayme, pág. 29.

135. Jayme, pág. 28.

136. Flume AT, págs. 477-478.

trato perfeito, que compensa o negócio causal que não tiver seguido a forma estipulada. O Código Civil chega a um resultado semelhante, mas percorre um caminho bem diferente na sua resolução do caso concreto, e não menciona, por exemplo, o princípio da separação de negócios (*Abstraktionsprinzip*). A transferência de direitos reais é efetuada através de contratos. A perfeição destes exige necessariamente o acordo entre as partes, e este por sua vez torna-se perfeito somente após a execução do ato material (na maioria das vezes a transmissão da propriedade). Desta forma, o direito português não diferencia entre negócio obrigacional e dispositivo.[137] Para a proteção de terceiros de boa-fé, examina-se o *direito adquirido* separadamente do primeiro negócio, entretanto, isto só ocorre em casos restritos e previstos por lei.[138] Este *direito adquirido* de terceiros que merecem proteção parece ser a alma gêmea do negócio abstrato, que é, contudo, desconhecido do diploma português.

137. Zweigert/Kötz, pág. 608.

138. Hörster, nota 1008.

New Trends in European Community Law

Gerhard Laule

Professor da Disciplina de Harmonização tributária no Direito Comunitário Europeu do Instituto Europa da Universidade do Saarland

Reviewing European Business Law: the Difficulty of Global Awareness and in Selection of the Most Relevant

To design business strategies under European Community law, one must constantly and keenly be aware of new developments. It is only one aspect to cope with the acribic and ever growing output of the European Community legislator - the legendary Brussels "papermill". What a businessperson also needs to know is: How do the European bureaucrats understand and instrumentalize legislative texts in a climate that is so heavily influenced by politics and lobbying as Brussels? That means that business persons need to be informed about what the European Commission is thinking and how the European courts in Luxembourg will possibly react. This will not only help them to solve problems, but also prevent problems from developing.

Community competition and international trade law is expanding at such a rate that more and more law is developing in increasingly less and less time. To illustrate, supplements to authoritative works on EC competition law - such as the infamous *Bellamy and Child* on European antitrust law - are now as long as the first editions of said books. The quantity of decisions and other important texts keeps multiplying, especially decisions by the European Court of First Instance. This poses the formidable problem of weeding the irrelevant out from the relevant, and the relevant from the very relevant. The material selected for this essay was chosen particularly with an eye to the potential needs of Japanese business exporters. With this in mind, I have done my best to include most important and up-to-date issues in European antitrust and international trade law.

I. Antitrust

A. Generalities

The European Community is one of limited powers; these powers fall short of those of a state (see Articles 3b (1) and 4

(1), second sentence of the EC Treaty and Article E of the Treaty on European Community). The limited powers principle must be respected in both the internal action and the international action of the Community.[1]

In the area of antitrust, the limited powers principle means that Community institutions must confine their measures to those which are necessary to achieve undistorted and fair competition in the internal market (see Article 3b (3) in conjunction with Article 3 lit. g and the Fourth Recital of the EC Treaty). Undistorted and fair competition in turn must inure to the benefit of the consumer alone - and not to the benefit of industry.

1. Approaches of the Community

Despite the limited powers principle, in practice, the ambition of Community action is to widen Community power with the aspiration to turn the Community into a Quasi-state, and to reduce Member State power accordingly.

One means to enlarge the Community powers, and especially those of the Commission, are the antitrust provisions set out in Articles 85 et seq. of the EC Treaty and most notably Article 85: Article 85 (1) contains a ban on competition-restricting practices. This ban is so broad that, based on its wording alone, it could catch even simple sales agreements - on the grounds that the seller is bound vis-à-vis the purchaser, and hence prevented from selling to a third party. Article 85 (3) in turn endows the Commission with the *exclusive* power to declare the ban on competition-restricting practices inapplicable if, in the Commission's opinion, the positive effects of the arrangement under consideration outweigh the negative ones (power to grant exemption). Neither the Community Courts nor the Member States can exercise this power; it is the Commission's monopoly. Also, the Commission has a wide discretion as to whether or not to grant exemptions; judicial review concerning exemption decisions is very limited.[2]

Within this legal framework, the Commission shows a tendency to quickly affirm a competition-restricting practice within the meaning of Article 85 (1). Affirming, with limited examination, a competition-restricting practice "brings the case home" to the Commission's almost unreviewable power to grant exemptions under Article 85 (3).[3] The Commission then has almost "*carte blanche*". It can ask the parties to the arrangement to restructure, modify, or abandon this arrangement as the Commission deems best. This paves the way from the protection of "undistorted and fair competition", to which the Commission is confined under the limited powers principle, to politically motivated shaping of the industry and its structures by the Commission.

Legal scholars, for example Valentine Korah[4], have over and over insisted that a competition-restricting practice in many cases cannot be affirmed simply on the basis of allegation, conjecture or remote possibilities.[5] Such an affirmation, in their opinion, requires most often market analysis. Also, some "rule of reason" should be acknowledged. Under such a rule, Article 85 (1) would be inapplicable where the arrangement can be justified whilst taking full account of "fair and undistorted competition". Where market analysis or the rule of reason shows that the arrangement has no appreciable effect on competition or trade between the Member States, the Commission cannot simply rush to Article 85 (3) to restructure industrial arrangements.

The leading case in which the ECJ insisted on market analysis is *Delimitis*.[6] However, this case does not seem to have essentially changed the Commission's power-oriented policy. To a considerable extent, what is allowed or forbidden continues to depend more on politics and skillful lobbying than on law. *Parties, especially from outside the European Community, should be aware of this when seeking antitrust approval by the Commission.* One example may be the establishment in the European Community of a selective distribution network. *In a combined legal and lobbying effort, the parties must give their project some European spin to win the Commission's political sympathy and, ultimately, approval.*[7]

The Commission's antitrust approach is indifferent from the one taken by the Community Courts. The next section will deal with the fact that the Community courts tend towards a more legalistic approach.

2. Approaches of the European Court

The Commission's strife for antitrust power in certain cases clashed with the approach of the Community courts to Article 85.

1. Opinion 2/94 of the ECJ of March 28, 1996 (Accession by the Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) [1996] ECR I-1759, point 24.
2. See, e.g., Case 7/93 *Langnese-Iglo v. Commission* [1995] ECR II-1533, point 178: "The Commission's exclusive power ... to grant an exemption under Article 85 (3) of the Treaty necessarily involves complex evaluations on economic matters. A judicial review of such evaluations must take account of their nature by confining itself to an examination of the relevance of the facts and of the legal inferences drawn by the Commission from them. The judicial review must therefore in the first place be carried out in respect of the reasons given for the decisions, which must set out the facts and considerations on which the said evaluations are based. ... It is in the light of those principles, as expounded in the case law, that it is necessary to verify whether the decision is based on a materially incorrect appreciation of the facts or is vitiated by errors of law or manifest errors of assessment ..."
3. See, generally, *van der Woude*, Decentralization, National Authorities and National Courts, speech given at the IBC Conference on European Antitrust, 1996, p. 14; Gerrit Schohe/Mark Hoenike, Die Rechtsprechung von EuGH und EuG zu staatlichen Beihilfen in den Jahren 1996 und 1997; EuZW Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1997, p. 742; see in particular for this trend in the commission's antitrust policy in the banking and insurance sector: Luc Gyselen, EU Antitrust Law in the Area of Financial Services - Capita Selecta for the Cautious Shaping of a Policy, in: International Antitrust Law and Policy 1996, Fordham Corp. L Just (Barry Hawck, ed. 1996), p. 337 et seq., 344, 356, 367 et seq., 385.
4. See e.g. Valentine Korah, Warwick A. Rothnie, Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules, Chapter 7.2.; see also e.g. Luc Gyselen, supra note 3, p. 392.
5. As authority for the contention that such relaxed tests are insufficient see Article 3.6 of the WTO Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994. Under this provision, a determination of material injury (in the sense of anti-dumping law) shall be based on facts and not merely on allegation, conjecture or remote possibility. This rule seems sound in all market-related assessments, and one should always rely on it to encourage the Community institutions and Courts to adopt a stricter standard of judicial review.
6. Case C-234/85 *Delimitis v. Henninger* [1991] ECR I-935, points 14 et seq.
7. See, generally, *Schohe*, European Lobbying and the Law: Disinterested Twins?, Public Affairs newsletter, July / August 1996, Vol. 2 No. 10, p. 6 et seq.

Traditionally, the Commission has analyzed agreements that may restrict competition in terms of whether the agreement limits the commercial freedom of any of the contracting parties and whether the agreement has negative effects on the position of competitors or consumers. This test is referred to as the *freedom of action theory*.[8] The Commission generally limits itself to an assessment of the status of the agreement in question in relation to Article 85(1). The Commission's approach is rather abstract and fails to look at the actual results of the restrictive behaviour in light of the market conditions. Since this brings the case to the Commission's almost unreviewable power to grant exemptions under Article 85 (3), as mentioned above, it can be assumed that the Commission is led by the consideration to retain as much power as possible

The approach of the Community courts to Article 85 contrasts with that of the Commission in that the investigation whether an agreement restricts competition takes place in two stages.[9] First, the Community courts examine whether the arrangement under consideration does not have as its *objective* the restriction of competition, i.e. whether it restricts competition *per se*. Such would be the case with "deadly sins" like price fixing[10]. Second, where there is no restriction of competition *per se*, the Courts assess the *effect* that the agreement may have on competition as the ECJ did in *Delimitis*.[11] This effect is to be determined on the basis of the general criterion of how competition would have developed in the absence of the arrangement.[12] The Community Courts have consistently supported the economic analysis of the impact of the arrangement on the market in question.[13] For example, the ECJ has held that compatibility with Article 85(1) of the non-competition

8. See for example Deacon "Vertical Restraints under EU Competition Law: New Directions" (1995) speech delivered at the Fordham Corporate Law Institute; Hawk "System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law" (1995) 32 CML Rev. at 973. Illustrative in this respect is the Commission's 23rd Report on Competition Policy 1993, point 212, in which the Commission states that, the exclusive nature of a contractual relationship between a producer and a distributor is viewed as restricting competition, since it limits the parties' freedom of action on the territory covered." This test primarily relates to the restriction of the freedom of the contracting parties. Its application has particularly been criticized by, for example, Van Houtte "A Standard of Reason in EEC Antitrust Law: Some Comments on the Application of Parts 1 and 3 of Article 85" (1982) *Northwestern Journal of International Law & Business* 497 and V. Korah *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Sweet & Maxwell, 5th edn, 1994, ch 14.2.2, who hold that the test is intrinsically wrong since any commercial transaction *ipso facto* restricts a party's freedom to enter into a similar transaction.

9. See, for example, Case 56/65 *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235 and Case C-234/89 *Delimitis v. Henniger Bräu* [1991] ECR I-935.

10. This test requires an investigation of the objectives of the agreement and purpose considered in the economic context in which it operates, see, for example, Cases 29-30/83, *Zinc Producers v. Commission* (1984) ECR 1679.

11. Supra footnote 5.

12. See, for example, *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm*, supra footnote 5 and Case T-61/89 *Dansk Pelsdyravler v. Commission* [1992] ECR II-1931. In order to fall under Articles 85 or 86 of the EC Treaty the agreement must also have an "appreciable effect" on competition and on interstate trade; for details, see below at D.

13. Fiona Murray and Jacquelyn MacLennan, "The Future for Selective Distribution Systems: The CFI Judgments on Luxury Perfume and the Commission Green Paper on Vertical Restraints", European Competition Law Review, Volume 18 Issue 4, June 1997 at 232.

clauses cannot be assessed in abstract terms,[14] but depends on the economic conditions in the relevant market.[15]

In addition to this, the case law of the Community courts shows an *implied* tendency to adopt the American antitrust concept of a "rule of reason". The supreme goal of the competition rules is undistorted competition *in the internal market* (Article 3 lit. g of the EC Treaty; for the concept of the internal market see Article 7a (2) of the EC Treaty), i.e. public trade barriers within the European Community which by and by have been abolished must be prevented from being replaced by arrangements between private parties. Thus, as an example, the "rule of reason" approach may exclude the application of Article 85 (1) where, based on market analysis, restrictions to competition do not directly impede trade between Member States or where, on balance, the arrangement can be seen as pro-competitive overall.[16] Three examples can be given:

> *Firstly, the ECJ ruled in* Delimitis *that Article 85(1) should not be applied to all contractual restrictions of competition; rather the impact of said restrictions should be evaluated under Article 85(1) and not Article 85(3).*[17]
>
> *Secondly, the ECJ has identified certain restrictions that fall outside of Article 85(1) because they are necessary for the performance of a particular type of transaction ("ancillary restrictions"). Thus, in Case C-250/92* Gottrup-Klim v Dansk Landbrugs Grovvareselskab Amba[18]*, the Court of Justice held that the rules of a Danish agricultural cooperative purchasing organisation that prevented members from joining competing co-operatives, may have an adverse effect on competition. However, the Court further said that this will not constitute a violation of Article 85 (1) if the prohibition goes no further than is necessary to ensure that the co-operative functions properly and maintains its purchasing power in relation to producers.*
>
> *Thirdly, the ECJ has in some vertical agreements cases held a rule of reason that in order to induce a licensee or distributor to enter the market, some encouragement in the form of territorial protection is needed and thus not prohibited under Article 85(1).*[19]

B. Procedural Rights; Access to the Commission's Files

Clearly, access to the Commission's file, i.e. sufficient knowledge about the subject matter of the Commission's administrative procedures, is necessary to enable the parties concerned (e.g. the addressees of a statement of objections under Article 2 (1) of Regulation 991 63 on the Hearings provided for in Article 19 (1) and 19 (2) of

14. See for example, infra. *Langnese v. Commission*, Doctrine of complex economic evaluation.

15. Case C-250/92 *Gottrup Klim*, judgment of 15 December 1994.

16. R. Whish, *Competition Law*, Butterworths, 3rd edn, 1993, at 205-10.

17. Supra footnote 5 *Delimitis*.

18. [1994] ECR I-5641 but see also the restrictive jurisprudence by Advocate General *Lenz* in Case C-415/93 *Bosman* [1995] ECR I-4921 at points 266 to 269 of his opinion.

19. See Case 56/65 *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm*; Case 258/78 *Nungesser v. Commission* (1982) ECR 2015; Case 2621/81 *Coditel v. Cine-Vog Films* (1982) ECR 3381/81.

Regulation 17[20]) to fully exercise their right to be heard and to defend themselves properly. In this respect, Community procedural law seems to be far away form reaching the point of development of national procedural law. However, there are positive developments in the jurisprudence. In the *Soda-ash* cases of *Solvay* and *ICI*,[21] the CFI ruled in essence that the principle of "equality of arms" required that the undertakings against whom a Commission investigation is directed must have knowledge of the file that is equal to that of the Commission. In consequence of these judgments, the Commission decided to simplify its procedures concerning access to the file. It adopted a Notice on the Internal Rules of Procedure for Processing Requests for Access to the File in Cases Pursuant to Article 85 and 86 of the EC Treaty, Articles 65 and 66 of the ECSC Treaty and Council Regulation No. 4064/89.[22]

The Notice deals primarily with the scope and limits of access to the file and the practical procedures for access. It should be noted, however, that the internal rules of procedure relate only to the rights of firms being investigated for a possible violation and *not to the rights of third parties* and complainants. The firms in question have access to essentially all documents except those containing business or professional secrets of other undertakings, internal Commission documents and other confidential information.[23] Ordinarily, the firms are requested to examine the accessible documents on Commission premises. If the file is not too large, the firm may have the option of receiving it via post. Access to ongoing files compiled prior to the adoption of the new rules will be decided on a case by case basis.

The above explanations about access to the Commission's file are only a brief summary of one of the most controversial and complex issues of European antitrust law. In practice, legal generalists often naively request "access to the Commission's file as a whole" because they are not aware of the very diversified jurisprudence on this issue. These generalists normally are badly surprised by getting meaningless summaries of papers in the Commissions files or nothing at all. In this thorny area more than in any other area of European antitrust law, companies should retain specialist advice to be successful.

1. Third Party Rights

Defending one's procedural rights in formal administrative proceedings before the Commission becomes even more difficult when one is a third party, i.e. not involved in an adversarial proceeding. Third parties with an interest in the Commission's procedure typically will be competitors to parties notifying a merger or another com-

20. OJ 1963, 2268.

21. Decided in parallel: Cases T-30/91 *Solvay v. Commission* [1995] ECR II-1775; Case T-36/91 *ICI v. Commission* [1995] ECR II-1847; Case T-37/91 *ICI v. Commission* [1995] ECR II-1901.

22. OJ C 23, 23 January 1997.

23. See Article 214 of the EC Treaty, Article 20 of Regulation 17 (basic code of procedure in European antitrust matters), OJ 1962, 131/204 and OJ 1959-62, 87; Case T-7/89 *Hercules Chemicals v. Commission* [1991] ECR II-1711.

petition-sensitive arrangement, or competitors of parties seeking approval of state aid by the Commission.[24] As a rule, third party rights to be heard are less developed than in most Member States.[25]

In European Community Law the right to be heard is in principle established in all proceedings initiated against a person which could result in a measure adversely affecting that person. This fundamental principle is guaranteed even in the absence of written law. [26] Carrying the right to be heard one step further, the ECJ in *the British American Tobacco-R.J. Reynolds*[27] and *Lisrestal* cases recognized the right of *interested third parties*, not just respondents, to be heard prior to the adoption of a decision capable of adversely affecting them.[28] This is tempered with the fact that third parties' procedural rights are not as far reaching as the right to a fair hearing of the companies which are the object of the Commission's investigation, and the limits of such rights are reached when third parties begin to interfere with those companies' rights to a fair hearing.

If a third party wishes to exercise its right to be heard, it must be directly concerned with the matter in question.[29]

Concerning state aid clearance under the preliminary procedure under Article 93 (3) of the EC Treaty, the CFI stated in a *dictum*: Where the Commission intends taking a measure adversely affecting a third party, but the Commission does not hear that third party in respect to information on which the measure is to be based, then the Commission is under an obligation to examine *ex officio* the objections which the third party would certainly have raised had it been heard.[30] It is submitted that this *dictum* may lend itself to general application in the whole of European competition law. Third parties should be advised that if they wish to exercise their right to be heard in an efficient way they should cooperate with the Commission, e.g. by voluntarily providing information requested by the Commission. For example, in *Pleuger Worthington*, another state aid case, the ECJ held that should the Commission by way of a decision request information and it is not

24. This latter category of cases cannot be further examined at this stage. But see *Schohe*, Rivals in a state, Airline Business August 1996, p. 42 et seq.

25. Infra. See generally Case 142/84 and 156/84 *British American Tobacco Company Ltd and R.J. Reynolds Industries, Inc. v. Commission* [1987] ECR 4487. Also see *Sinochem* case in Anti-Circumvention Rules section.

26. Case C-135/92, *Fiskano v. Commission*, [1994] ECR I-2885; Case C-32/95 P *Commission v Lisretal and others* [1996] ECR I-5373, point 21; Case C-301/87 *France v Commission* [1990] ECR I-307, point 29; Joined Cases C 48/90 and C 66/90, *Netherlands and others v. Commission*, [1992] ECR I-565, point 44.

27. Case 142/84 and 156/84 *British American Tobacco Company Ltd and R.J. Reynolds Industries, Inc. v. Commission* [1987] ECR 4487. Complainants must be given the opportunity to defend their legitimate interests during the administrative proceedings and the Commission must consider all the matters of fact and of law that they bring to its attention.

28. Case C-32/95P *Commission v. Lisrestal* [1996] ECR I 5373.

29. See, *Lisrestal*, id. at points 22 et seq.

30. Case T-95/94, *Sytraval v. Commission*: [1995] ECR II-2651 point 66; see for this case: Gerrit Schohe/Mark Hoenike, supra note 3, p. 742; Bernhard Schloh/Mark Hoenike, Die Anforderungsfrist bei der Konkurrentenklage im Beihilfenrecht nach Art. 173 EGV, EuzW Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1997, p. 398 et seq.

provided with it, the Commission is not obliged to seek it elsewhere, but may proceed upon the facts available.[31]

It is obvious that third parties must be sufficiently informed about the subject matter of the proceedings in advance so that they can exercise their right to be heard in an efficient way. This intersects with the aforementioned problem of access to the Commission's file. Unfortunately, this basic right seems to be at an "embryonic stage" in Community law. The strongest authority that we can find in support of advance information of third parties is the opinion of Advocate General *Warner* in Case 113/77 *NTN Toyo Bearing Company v. Council ("ballbearings")*. He said:[32]

> *"It is a fundamental principle of Community law that, before any individual measure is taken, of such nature as directly to affect the interests of a particular person, that person has a right to be heard by the responsible authority; and it is part and parcel of that principle that, in order to enable him effectively to exercise that right, the person concerned is entitled to be informed of the facts and considerations on the basis of which the authority is minded to act. That principle ... applies regardless of whether there is a specific legislative text requiring its application."*

Similarly, in *Al Jubail*, the ECJ declared an anti-dumping regulation to be void on the basis that the Community institutions had failed to provide the plaintiffs with the necessary information in order for them to exercise their procedural rights in an adequate manner.[33] There is no legal reason to treat third parties in antitrust cases differently from parties in anti-dumping cases like in *Al Jubail*.

Again, however, it should be noted that European Community law, on the one hand and European Community daily practice, on the other, may substantially differ. Despite legal arguments, in practice third parties are faced with the difficulty of obtaining a hearing and, as a prerequisite for such a hearing, sufficient information on the subject matter of the Commission procedure. Thus, for example, in *KSB / Goulds / Lowara / ITT* [34], third parties opposed an exemption under Article 85 (3) from the ban on competition-restricting practices. In that attempt, the Commission was requested to send them copies of the briefs submitted by the applicants for the exemption, with business secrets to be deleted. All they received were copies of a few selected briefs; in addition, the Commission had deleted so many parts of these briefs that no meaningful response was possible.

Another third party problem is posed by the informal hearings between the Commission and the parties to a competition-sensitive arrangement. Such information hearings, as a matter of practice, most often take place prior to formal proceedings before the Commission. During the informal stage, the Commission will bend over backwards to ensure that it gets as wide an input as possible from third parties. However, it adamantly refuses third parties, at this stage, access to any of the information collected from other sources. This is a very serious shortcoming if one considers that the Commission often forms a preliminary opinion on the case already on the basis of the informal talks.

In addition, two recent developments regarding access to information should be briefly noted:

> *Firstly, on the basis of Community legislation ("secondary Community Law"), the Community courts have begun developing a general right of information for everyone as regards internal documents of the Community institutions (for example preparatory papers for closed-door legislation by the Council). In a nutshell, under this recent jurisprudence, the institution concerned has to weigh, on a case-by-case basis, its interests in confidentiality against the private person's interest in obtaining the information sought.*[35]
>
> *Secondly, pursuant to the recent* Postbank *judgment*[36]*, national courts, based on the duty of sincere cooperation enshrined in Article 5 of the Treaty, may ask the Commission for information about competition cases pending before the latter. Parties may use this as a possibility of indirectly obtaining information from the Commission. Article 20 of Regulation 17 (the Basic Antitrust Procedural Code), which normally protects business secrets against disclosure, is not applicable in this instance. Subject to necessary precautions to be taken by the Commission, it is for the national courts to protect the rights of defence of the enterprises concerned and their business secrets and other confidential information.*[37]

In any case, third parties regularly should be advised to exercise their rights in the administrative procedure before the Commission to the fullest. First, such procedural engagement may help them to establish standing pursuant to Article 173 (5) of the Treaty, if they should wish to challenge the ensuing Commission decision before the Community courts. Second, informal talks with European judges have made it clear that judges do not consider their court procedure to be a repetition of the Commission procedure. Therefore, even if there is no rule to this effect, a party's influence before the Community courts appreciates substantially if the plaintiff has vigorously defended its interests before the Commission and exhausted each legal remedy available before that institution.[38]

31. Joined Cases C-324/90 and C-342/90 *Federal Republic of Germany and Pleuger Worthington GmbH v. Commission* [1994] ECR I-1173, points 27 and 28.
32. [1979] ECR 1185 at 1261.
33. Case 49/88 *Al Jubail Fertilizer v. Council* [1991] I-3187, point 18.
34. Commission Decision of December 12, 1990 relating to a proceeding under Article 85 of the Treaty in Case N□ IV. 32.363 - *KSB / Goulds / Lowara / ITT*, OJ L 19 / 25.
35. See Judgment of March 5, 1997, Case T-105/95, *WWF v. Commission*, not yet officially published; Case T-194/94, *Carvel and Guardian Newspapers Ltd. v. Council*, [1995] ECR II-2767; Case C-58/94 *Netherlands v. Commission* [1996] ECR I-2186, point 34.
36. Case T-353/94 *Postbank v. Commission* [1996] ECR, II-923; see further Joined Cases C-319/93, C-40/94 and C-224/94 *Dijkstra and others* [1995] ECR, I-4471, point 34 and Case C-234/89 *Delimitis* [1991] ECR I-935, point 53. See also Commission Notice between national courts and the Commission in applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty, OJ 1993 C 39/6.
37. See *Postbank, id.* at points 72 and 73 and 90.
38. See, for relatively recent example, Case T-161/94 *Sinochem Heilongjiang v. Council*, [1996] ECR I-695, points 47 to 49 (standing on account of active participation).

2. Giving Evidence Against Accomplices ("King's Evidence") and the Commission's New Leniency

On July 10, 1996, the European Commission adopted a Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases.[39] It applies to hard core infringements of the antitrust rules such as price-fixing, fixation of sales or production quotas, market sharing, ("*chacun chez soi*") or import or export bans. By reducing or waiving the fine which normally would have imposed, the Commission hopes to provide ample incentive to break down the barriers of secrecy surrounding cartels and encourage firms from engaging in anti-competitive practices to supply evidence. It should be recalled that antitrust fines can reach up to 10% of an undertakings yearly turnover.[40] While new, the notice conforms to the Commission's established practice of taking cooperation into account. The Case *Cartonboard*[41] illustrates that prompt and effective remedial action and co-operation with the Commission may result in substantial mitigation of the fine. A 66% reduction in fines was given to an undertaking, which handed over documents and to a leader in the cartel who provided details regarding various committees. A 33% reduction was granted to those firms who did not contest the factual allegations.

Most recently, in the infamous *Lysine* case, there was an instance of whistle blowing (cooperation between one of the designers of a price-fixing arrangement and US investigation services) in a situation involving alleged price fixing by a US subsidiary of a globally active Japanese firm that resulted in all but three defendants settling and in record breaking fines of $100 million. Attractive as the Commission's leniency policy may be, this policy is nevertheless a delicate one. Where an undertaking wishes to take advantage of the Notice, it should retain specialist advice rather than speak with Commission unpreparedly.

In addition to fixing, the *Lysine* case alerted also the other side of the Atlantic, i.e. the Commission. This raised the issue of extraterritorial application of European antitrust law which is dealt with in the next section.

39. OJ C 207, July 18, 1996. This notice is closely modeled on the „Corporate Leniency Policy" issued by the US Department of Justice in August 1993.

40. See Article 15 of Regulation 17.

41. Cases T-308/94 *Cascades SA and others v. Commission*, C-64/94R *Descow Scales v Council* [1994] - I-867 (a.k.a. the *Cartonboard* decisions) [1995] ECR II-265; see in particular the treatment of Stora in *Cartonboard*, [1994] 5 CMLR 547 ("very substantial reduction in the fine" for spontaneous admission and provision of detailed evidence that assisted the investigation: § 171); OJ 1994 L 243/1 [1994] 5 CMLR 547, on appeal Cases T-295/94, etc. see also, Case T-156/94R *Aristrain v. Commission* [1994] II ECR 717 (partial suspension of the fine) (pending); see generally, concerning agreements on selling prices and conditions: Joined Cases T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T- 148/94, T-151/94, T-156/94 and T-157/*94 NMH Stahlwerke GmbH and Others v. Commission* (a.k.a. *Steel beams* decisions) [1996] ECR II-0537; OJ 1994 L 116/1 [1994] 5 CMLR 353 on appeal Cases T-137/94, etc. (pending) and Joined Cases T-10/92, T-11/92, T-12/92 and T-15/92 *Cimenteries CBR SA and Others v. Commission* (a.k.a. the *Cement* decisions) [1992] ECR II-2667 OJ 1994 L 343/1 [1995] 4 VMLT 327, on appeal Cases T-25/95, etc. (pending).

C. Extraterritorial Application of EC-Competition Law: The *ECJ's territoriality principle* v. the Commission's *effects doctrine*

With the global opening of markets ("globalization") especially under the auspices of the World Trade Organization (WTO) anti-competitive actions in one market may now affect other markets in other regions of the world. More than any other development, globalization has raised the issue of whose market's antitrust authority should have jurisdiction over the case. Should there be concurring jurisdictions with the risk of diverging opinions? Or, in the alternative, should "positive comity" be given - so that one antitrust authority may defer to the opinion of another antitrust authority, for example on the grounds that the latter is better situated to investigate the case or that the impact of the case on the latter authority's market is greater? Where no "positive comity" is given, can trade wars or diplomatic conflicts over diverging antitrust opinions be avoided on the basis of bilateral or multilateral agreements or within the framework of such international dispute settlement bodies as provided for by the WTO? These issues are so important that the WTO during its 1996 Singapore conference established a working group on cooperation in competition matters with a report due out in 1998. The current European viewpoint on these issues is as follows:

In *Woodpulp II*[42] the ECJ decided that the place where the competition-restrictive agreement was to be implemented was decisive for the jurisdiction of the EU institutions. The Court also said that the Community could apply European Community competition rules to undertakings outside the European Community under the *principle of territoriality*, a universally recognized principle in public international law.[43]

On the other hand, the Commission relies on the *effects doctrine* when applying antitrust law to undertakings outside of the EU. In *Woodpulp*,[44] the Commission asserted that the Community had jurisdiction over undertakings which implement a concerted practice that directly, intentionally and appreciably affects competition within the Community and trade between its members. It was sufficient that the undertakings either imported into or used agents or sales offices within the EU.

The Commission reiterated this line of reasoning in *Gencor/Lonrho*.[45] Gencor Ltd. of South Africa and Lonrho plc of the United Kingdom intended to acquire joint control of Impala Platinum Holdings Limited, a South African platinum mining and refinery company. The Commission de-

42. Joined Cases 89, 104, 114, 116, 117 and 125 to 129/85 *Ahlström Osakeyhtiö and Others v. Commission* ECR (1988) 5223, 5246; the Commission decision in the matter is universally cited as "*Woodpulp*", while the judgment is known as "*Woodpulp II*".

43. See, e.g. Alfred Verdross and Bruno Simma, Universelles Völkerrecht – Theorie und Praxis, § 1166.

44. Commission decision of 19 December 1984 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty Case No. IV/29/.725 - *Woodpulp*, OJ L 85/1, March 26 1985.

45. Commission decision of 24 April 1996 declaring a concentration to be incompatible with the Common Market and the functioning of the EEA Agreement, Case No. IV/M.619 - *Gencor/Lonrho*, OJ L 11/30, 14.01.1997.

clared the transaction incompatible with the common market based on the determination that the operation would create a medium term dominant position in the platinum market reducing competition on the worldwide platinum market. The Commission did not deem it important that Impala Platinum Holdings Limited was situated outside the EU and that the Community market obtained most of its platinum from Russia. Rather, the Commission held that the platinum market was a world market with prices set at the world market level. Thus, anti-competitive effects of this operation such as higher prices on *all* platinum sold in the world would be felt inside the EU.[46]

Clearly, the *effects doctrine* of the Commission is much wider in scope than the territoriality principle used by the Court. In contrast to the territoriality principle, the effects doctrine is not a universally accepted principle of public international law. Consequently, with its effect doctrine as a base, the Commission could face problems under international law when applying European antirust law to enterprises or conduct outside of its accepted realm of jurisdiction. This difficulty has not deterred the Commission, as illustrated in by one of the most prominent cases of this year: the recent and dramatic intervention by the European Commission in the US *Boeing-McDonnell Douglas* merger.[47] It is astonishing that in its 33 page decision concerning the *Boeing McDonnelDouglas* merger[48], the Commission did not say a single word about its assumption of jurisdiction over the case. The question arises whether this blatant omission was due to oversight, lack of arguments, or simply political arrogance.

The merger between *Boeing* and *McDonnell Douglas* took the cooperation agreement between the EC and the US competition authorities[49] to its limits. The situation turned into a fierce conflict between the European Commission and the US resulting in middle of the night phone calls from US President Clinton to heads of state. For obvious reasons, the US did not appreciate the European Commission assuming jurisdiction in its affairs and still bears a grudge. In addition, as the merger was not a day to day matter, the college of all Commissioners and not Competition Commissioner *van Miert* had to decide. However, according to one of the French Commissioners in an interview, the Commissioners were given the necessary information so late that they could not study the files before the decision was taken. While the Commission will assert that it

46. *Ibid.* at paragraph 206.

47. On merger-preventing strategies see generally, Tefft W. Smith and Hillard M. Sterling, Challenging Competitors' Mergers: A Real Strategic Option, Antitrust Law Journal vol. 65 [1996]. The threat of litigation is addressed as a real and potentially powerful strategic option to disrupt a rival's proposed acquisition or merger regardless of the government's decision to mount a challenge or not.

48. This far, the Commission decision on the *Boeing / McDonnelDouglas* merger has not yet been published.

49. Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws. OJ Nr. L 95/45, 27.04.1995. See Commission Report to the Council and the European Parliament on the Application of the Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition law. KOM(96) 479.

decided without succumbing to political pressure, the market place perception is that it held out until the last moment for a concession from *Boeing* to save face. As one director in the Commission put it: "No agreement can deal with the situation where people come to different conclusions on the same facts. We are entitled to our view and they are entitled to theirs."[50] In light of statements such as these, one is included to wonder whether the European Commission, beyond the *Boeing* case, wanted to stake a power claim among the world's big trading blocks.[51]

It has also been reported that the European Commission was threatening KLM and its US partner Northwest with daily fines if they continued to refuse to provide further details concerning their alliance. One can only question whether or not the European Commission is entitled, under public international law, to fine Northwest.[52]

The *Boeing* case was not an isolated incident, but only reflects a problem that arises over and over in daily practice. Two examples of my current cases will underline this. One of them involves an exclusive purchasing agreement between a Japanese and US firm. The agreement explicitly states that it does not apply to the European Community. Nonetheless, the Commission is likely to use its *effects doctrine* claims jurisdiction as European sales will suffer as a consequence of the aforementioned agreement. Another of our recent cases involved the question of whether the Commission could impose fines on a related but separate firm here in Europe based on the findings of the investigation in the US concerning a US firm's alleged price fixing scheme. These are thought-provoking examples of the breadth of the *effects doctrine* and in contrast, the restrictiveness of the Court's *territoriality principle* which would not have lent legal support to the Commission's objective.

Under these circumstances bilateral agreements, like the US-EC agreement on competition matters, are becoming more and more important. The Agreement is aimed at preventing conflicts in the enforcement of the European and US competition laws.[53] [54] Terms have been laid out for detailed consultation on cases and issues of common interest. Each party agrees

50. Jonathan Faull, quoted in (1997) European Counsel, Vol. II Nº 8, p. 15.

51. For a US-American view expressing understanding of the Commission's assumption of concurrent jurisdiction in the *Boeing* case, see *Joel J. Klein*, in his address of October 16, 1997 to the Fordham Annual Conference on International Law and Policy (Anticipating the Millenium: International Antitrust Enforcement at the End of the Twentieth Century), at p. 10 et seq (not yet published).

52. Het Financieele Dagblad (Dutch Newspaper) of January 16, 1997.

53. It provides for:
firstly, notification of enforcement activities which may affect important interests of the other party; secondly, an exchange of information on general matters relating to the application of the parties' competition laws, thirdly, the duty to take account in enforcement activities of the other party's important interests, and, fourthly, a positive comity procedure under which either party may request the other party to initiate appropriate enforcement activities in respect of anti-competitive activities occurring within the latter's territory and affecting the former's important interests.

54. Jean-Yves Art and Dirk Van Liedekeerke, Developments in EC Competition Law in 1995: an Overview, CML Rev. Vol. 33, No. 4 August 1996 at 773-74.

to notify the other of matters that may implicate the other's antitrust laws. Provisions governing the transfer of confidential information are also included.[55] The main practical issue remains that unless the parties are willing to waive confidentiality provisions and to cooperate in a joint investigation, confidentiality laws limit the amount of information that can be exchanged. Communication of confidential information by the Commission seems to be a practical impossibility as Article 214 of the EC Treaty prevents the Commission from doing so.[56] Though judged a success, this Agreement is a rather toothless tiger.[57]

There now is a proposed EC-US Agreement on the application of positive comity principles in the enforcement of competition law. As of yet, there is no understanding on how to solve conflicts of jurisdiction between the US and the European Community in a competition matter. Likewise, there is no arrangement concerning which of the parties has the final say should there be a disagreement. Similarly, there is no reference made to which arbitrating body (i.e. the International Court in the Hague or the WTO), if any, is to settle disagreements. All of this may change, as the US authorities are threatening to take the *Boeing* case to the WTO.

It should be added that the US Department of Justice and the Federal Trade Commission issued updated "Antitrust Enforcement Guidelines for International Operation."[58] These explain that in appropriate cases, US agencies may take enforcement action against anti-competitive conduct that restrains US exports wherever it occurs.[59] This jurisdiction is based on unilateral action by the US agencies and a narrow definition of international comity. Just like the Commission's unilateral interference in the *Boeing-McDonnell Douglas* merger, the US guidelines are a tool for trade policy. They are highly controversial. The preceding comments concentrated on the US and Europe. However, as the *Lysine* case makes clear, the Japanese industry may easily become entangled in international antitrust conflicts. With that in mind, it seems alarming that between trading blocks as large as Japan and the Community, there is no bilateral legal framework for the resolution of potential jurisdictional conflicts in antitrust matters.

D. Appreciable effect

The doctrine of " appreciable effect" is an additional means to narrow the overly broad wording of Article 85 (1) of the EC Treaty. It is one of four means whereby an

55. Ronan Harty and Joel Cohen, From Notification to Approval: USA European Council October 1997 at 128.

56. Reported by John Ratliff, Major Events in EC Competition Law, IBC Conference November 1995. The obligations on confidentiality are found in Regulation 17/62.

57. Ivo Van Bael & Jean-Francois Bellis, commission's second report on the application of the EC-US Agreement shows it to be a qualified success, EC Competition Law Reporter, Issue 5, 1997.

58. John Ratliff, Major Events in EC Competition Law, IBC Conference November 1995.

59. Appropriate cases may consist of, firstly, conduct having a direct, substantial and reasonably foreseeable effect on exports of goods or services from the United States, or, secondly, the US courts obtaining jurisdiction over persons or corporations engaged in such conduct.

agreement can escape the ambit of Article 85 (1). The other means are:

> *Firstly, certain types of restrictions in common trading arrangements are either beneficial or at least not seriously anti-competitive. For such arrangements, the Commission has enacted a series of block exemptions under Article 85 (3) of the Treaty.*[60] *Unfortunately, many of these block exemptions are rigid and far from business reality.*[61]
>
> *Secondly, agreements may fall within Article 85 (1), but not within one of the block exemptions. Such agreements are unenforceable pursuant to Article 85 (2) rules specifically exempted by the Commission under Article 85 (3).*
>
> *Thirdly, as already explained earlier, the Commission courts have shown a tendancy towards a "rule of reason" to limit the scope of Article 85 (1). The fact and economic circumstances of each individual case must be assessed. The courts will tolerate less and less speculations by the Commission about the market; the market must be analyzed.*[62]

The basic rule of the doctrine of appreciable effect, though unwritten, is that the agreement which would otherwise fall within Article 85 (1) nonetheless falls outside the prohibition where it is unlikely to affect trade between Member States or to restrict competition *to any appreciable extent.* This follows from the limited power principle mentioned above in conjunction with the doctrine of proportionality (see Article 36 of the Treaty).

The doctrine of appreciable effect is applied as follows: First, one must examine if the object of the agreement is to restrict, distort or prevent competition. Second, if the object of the agreement is not sufficiently detrimental to competition, the question is whether it has an appreciable effect on competition? To assess appreciability in regards to an exclusive distribution contract, one should consider the following factors: The nature of the products, the quantity to be sold under the agreement, the market position of supplier and reseller, whether the agreement is "stand alone" or part of a network, the severity of the clauses and whether parallel trade is permitted.

These guidelines necessitate defining the market. It is not likely that non-price vertical restraints will have an anti-competitive object; thus, they will need to be assessed to establish their effect. Frequently, individual agreements will not have an appreciable effect on competition in and of themselves. These agreements therefore need to be assessed in the context of the network effect of similar agreements in the market.

In assessing "appreciability", account must also be taken of whether the arrangement under consideration belongs to a bun-

60. See e.g. Luc Gyselen, supra note 3, p. 367 et seq. for block exemptions in the field of insurance.

61. Marc van der Woude, *supra*. Note 3. Also, note that the Commission is trying to move towards a more market oriented approach with its Green Paper on Vertical Restraints, *infra*.

62. See *Delimitis* above; see also Case 5/69 *Völk v. Verwaecke* [1969] 295, 302; a similarly rigorous trend exists in the areas of state aid; see, in particular, the very stringent ECR decision in Joined Cases C-329/93, C-62/93, C-63/95 *Germany and others v. Commission (Bremer Vulkan)* [1996] ECR I-5151, points 23, 31 and 52.

dle of similar arrangements. In *Delimitis*[63], the ECJ held that, while an individual agreement may not on its own appear to appreciably restrict competition, it must be examined in the context of the market in question[64]. It is the ease or difficulty of entry into the market by competitors, and the effect of said agreement on such entry, which determines whether the agreement has an appreciable effect.[65]

This theme has also been taken up in the Commission's Green Paper on Vertical Restraints.[66]

The Commission's Notice on Agreements of Minor Importance which do not fall within Article 85[67] attempts to quantify the appreciability threshold, thus giving the term "appreciability" certainty.[68] Certainty is to be achieved by introducing clear definitions: the relevant market,[69] the market shares and the turnovers of the enterprises concerned. The undertakings can use this themselves as a guidance to determine whether or not their agreements fall within the scope of Article 85(1) by virtue of their minor importance.[70]

On October 8, 1997, the Commission adopted new provisions clarifying and broadening the definition of agreements of "minor importance". The turnover threshold which restricted the minor importance exemption to small and medium-sized undertakings (SMEs)[71] has been abolished,

63. Case C-234/89 *Delimitis* (1991) I ECR 935 (1992) 5 CMLR 210.

64. For example, is the market concentrated, competitive or declining?

65. The Court's two-pronged test was:
Firstly, "if an examination of all similar contracts entered into on the relevant market and the other factors relevant to the economic and legal context in which the contract must be examined shows that those agreements do not have the cumulative effect of denying access to that market to new national and foreign competitors, the individual agreements comprising the bundle of agreements cannot be held to restrict competition within the meaning of Article 85(1). They do not, therefore, fall under the prohibition laid down in that provision.
Secondly, if, on the other hand, such examination reveals that it is difficult to gain access to the relevant market, it is necessary to assess the extent to which the agreements entered into by the brewery in question contribute to the cumulative effect produced in that respect by the totality of the similar contracts found on that market. Under the Community rules on competition, responsibility for such an effect of closing off the market must be attributed to the breweries that make an appreciable contribution thereto. Beer supply agreements entered into by breweries whose contribution to the cumulative effect is insignificant do not therefore fall under the prohibition under Article 85(1)."
It is established that the *Delimitis* decision extends to all exclusive purchasing agreements. See Case C-393/92 *Almelo* (1994) I ECR 1477. Also see, *Yves Saint Laurent Parfums*, OJ 1992 L12/24, 31 (1993) 4 CMLR 120.

66. This analysis, titled "Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy" (hereinafter "Green Paper"), was published January 22, 1997 and is available on the DGIV website.

67. OJ 1986 C 231/2, amended in OJ 1994 C 368/20 and, lastly in OJ 1997 C 29/3. The Notice is for guidance only and is not binding on Community courts.

68. The Notice is based on the well-established Community principle of "appreciability" in the application of Article 85. This principle was set out most clearly in the case of *Beguelin* where it was stated: "in order to come within the prohibition imposed by Article 85 the agreement must affect trade between member States and the free play of the competition to an appreciable extent." See case 22/71 *Beguelin Import and others v. SAGL Import Export and others* [1971] ECR 949.

69. *Infra.* Market Definition section.

70. *Ibid.* paragraph 3.

71. To foster a consistent enterprise policy for SMEs a framework has been established to facilitate cooperation between small and medium sized undertakings. 1986 Notice, recital 1. The Commission acknowledges that SMEs are not generally caught by Article 5 but that the Notice does not properly address their special position in competition terms. SMEs are not completely taken outside the scope of Article 85. The Notice can be seen to introduce a two-level test of appreciability: a cut-off for SMEs according to objective criteria and an economic assessment according to factors which vary with each case.

and it is now possible for agreements between large companies to be considered non "appreciable" as regards interstate trade and competition.[72] There was no persuasive legal or economic reason for excluding larger firms holding modest market shares from the scope of the *de minimis* rule. This means a move away from the significance of the size of a business and towards a concentration of the economic impact of the agreement in question on competition.

The new notice will also distinguish between horizontal and vertical agreements. The market share threshold in the case of horizontal agreements will remain at the 5% level. Vertical agreements, which are ordinarily less harmful to competition, have had their threshold increased to 10%[73], thus making market penetration easier. Not to be forgotten is that one needs market definition to determine the threshold.

In cases that represent serious restrictions of competition, Article 85(1) still applies and one cannot invoke the principle of appreciable effect. This "black list" includes price fixing, production or sales quotas, and the sharing of markets or supply sources as they artificially re-erect internal borders; this would be in conflict with the internal market concept (Article 7 a of the Treaty). The Commission will in any case take action to the extent required by Community interest, particularly in cases where the proper functions of the single market are affected.

It has been shown that the Commission cannot make *per se* decisions concerning restriction of competition. It carries the burden of initially seeking information and analyzing the market in respect of "appreciable effect".

However, two cautionary points should be emphasized:

> *Firstly, often the Commission goes beyond the market as it actually is* ("Status quo") *and tries to forecast future market developments, sometimes based on pure speculation. While recognizing that as of the time being there is no appreciable effect, the Commission may nevertheless assume a potential effect.*
>
> *Secondly, unlike in German law (and perhaps other national legal orders), the Commission Notice may not even be binding on the Commission itself, but is only providing general guidance.*[74]

72. Agence Europe No. 7075, 9 October 1997 at 6.

73. *Ibid.*

74. See, e.g. Case T-7/89 *Hercules Chemicals / Kommission* [1991] ECR II-1711, point 55; see also Advocate General *Reischl* in Case 31/80 L'Oréal v De Nieuwe Amck *[1980] ECR 3775 at 3803;* Advocat General *Tesauro,* Case C-381/87 *Hoogovens Groep v. Commission* [1989] ECR 3833 at 3839; question of self-binding effect of Commission communications left unresolved in Case T-353/94 *Postbank NV v. Kommission id.* at points 57 and 76: for an in-depth analysis see Christian Crines "Selbstbindungen der Verwaltungen im Europäischen Gemeinschaftsrecht - Eine Analyse der Rechtsprechung von EuGH und EuG zur ermessensbeschränkenden Wirkung von Gleichheitssatz und Vertrauensschutzprinzip auf Gemeinschaftebene vor rechtsvergleichendem Hintergrund", 1st. ed. Baden-Baden (Nomos) 1997.

E. Vertical restraints

In 1997, the Commission issued a Green Paper on Vertical Restraints in EU Competition Policy calling for comments and suggestions on improving the regulatory framework for "vertical restraints". The term "vertical agreements" describes agreements between firms that operate at different levels[75] in the supply chains that bring goods and services to the market, i.e. franchise and other distribution systems in the EU.[76] The Green Paper was prompted mainly by the facts that the single market legislation is now in place, and the expiration of the block exemptions for exclusive distribution, exclusive purchasing and franchising is now impending.[77] The Commission also noted that a fundamental rethinking of policy was necessary in light of the importance of changed market structure.

The Green Paper must be read in the context of the EU's fundamental political objective: to integrate the countries of the EU through interpenetration of the national markets. In the pursuit of this objective, the relationship between producers and distributors, as well as other vertical relationships, have been of particular to crossborder market penetration within the Community.

In the recent landmark decisions in *Metro-Cartier* and *Händlerbeirat*, the ECJ recognized that vertical restraints could have a positive impact on market penetration.[78] In *Metro Cartier*, the ECJ held that the lawfulness of a selective distribution system pursuant to Article 85 (1) did not (and could not) depend on the "imperviousness" of the system, i.e. a requirement developed under German law whereby the supplier can contractually prevent authorized dealers from doing business with grey market outsiders. The underlying rationale of this holding was that parallel imports were essential for market integration within the Community and therefore, as a requirement of Community law, must be hindered. The Court said that:

> *"... to make the validity of a selective distribution system under Article 85 (1) of the Treaty conditional on its "imperviousness" would lead to the paradoxical result that the most inflexible and most tightly sealed distribution systems would be treated more favourably under Article 85 (1) of the Treaty than distribution systems that are more flexible and more open to parallel transactions."*[79]

The Commission has also recognized that vertical restraints can promote efficiency, assist in penetrating a market and foster inter-brand competition,[80] Nonetheless, the Commission's current policies reflect an overriding concern that vertical restraints may facilitate the partitioning of

75. I.e. operating either "upstream" or "downstream" of each other.
76. The *European Commission's Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy* was published on January 22, 1997.
77. Regulations (EEC) No. 1983/83, 1984/84, and 4260/88.
78. Case C-376/92 *Metro-SB Märkte GmbH & Co KG v. Cartier SA* [1994] ECR I-15; Case C-41/96 *VAG Händlerbeirat v. SYD Consult* [1997]
79. *Id.* at point 26.
80. I.e. Competition between different brands.

the Community market on a national basis or to exclude new entrants who would add to the competition and bring about downward pressure on prices.[81] In summary, vertical restraints have received greater legal scrutiny in the Community than perhaps in any other part of the world.

The Commission has identified four types of distribution systems for analytical purposes: franchising, exclusive selling, exclusive buying and selective distribution. There are specific block exemption regulations for the first three types of distribution, and a series of Commission decisions and guidelines as well as Community court decisions for selective distribution systems. The Commission has developed specific policies to help further the positive consequences of vertical agreements; this is the underlying rationale of the block exemptions.[82] The Green Paper recognizes that the current block exemption approach may not be satisfactory and sets out four alternative proposals for future Community policy on vertical restraints: no change from the current system, wider block exemptions, permitting greater flexibility,[83] more focused exemptions that would apply only to firms with market share below a certain threshold and a reduction in the scope of Article 85(1), which would give rise to a rebuttable presumption of compatibility with Article 85(1) for firms with low market shares.

F. In Particular: The Emergence of a Market Foreclosure Test

The concept of market foreclosure encapsulates the Delimitis tests.[84] It describes the portion of a market that is closed to competition from competitors or new entrants, on account of exclusive tying arrangements with downstream operators. Therefore, it is necessary to distinguish vertical arrangements which are essentially harmless in effect from those that must be examined under a market foreclosure.[85]

81. Agreements often contain restraints which restrict the way in which the parties can buy, sell or resell goods, an example of this being exclusive purchasing provisions.
82. Please note that technology transfer block exemptions, Commission Regulation NO. 240/96, are for this reason more lenient than most other exemptions. See in general, Valentine Korah, Technology Transfer Agreements and the EC Competition Rules, passim.
83. With the exception of agreements for motor vehicle distribution, the exemption put forward would apply to the agreements between two or more undertakings that relate to the supply of goods and/or services for resale, incorporation (raw materials or ingredients) into a final "product", or consumption; and impose restrictions on the commercial freedom of one or more of the parties to the agreement. See European Competition Lawyers' Forum - Vertical Restraints Report to DGIV, September 15, 1997.
84. Supra footnote 66.
85. A market foreclosure test can be expressed by a numeric or weighted method. A numeric test consists of calculating the number of "tied" outlets as a percentage of the total number of retail outlets in the relevant market. An alternative is the "weighting"of the volume or value of the products sold through the tied outlets and expressing them as a percenatge of the total volume or value of sales in the relevant market ("weighting test"). The tests are used in the following analytical framework: The initial step is to consider whether the agreement has an appreciable effect on competition in its own right; if it does not, but it is part of a network of similar agreements, a numeric or weighted test must be applied to establish whether Article 85(1) may apply to the agreement, given the market foreclosing effect of all other similar agreements in the market (the first *Delimitis* test); even if the market foreclosure test is not satisfied, the agreement in question has to be reconsidered to establish whether it, either alone or in combination with other similar agreements, makes a significant contribution to the identified market foreclosing effect (the second *Delimitis* test): if so, the agreement is caught by Article 85(1).

Economic analysis is essential in assessing the effects of agreements, which in turn is crucial in deciding when Article 85(1) will apply to particular vertical *agreements*.[86]

The most interesting cases in the aftermath of Delimitis were *Langnese* and *Schöller*[87] which dealt with networks of exclusive purchasing agreements for impulse ice-cream in Germany. The CFI held that Article 85 (1) may be inapplicable even where the market share ceiling set out in the Commission's Notice[88] was exceeded. The CFI believed that it was necessary to examine the cumulative effect of the agreements and other similar agreements in their economic and legal context, as set out in *Delimitis*,[89] in order to determine whether or not competition was affected to a significant extent. In this particular case, each individual agreement might not have had a considerable anti-competitive effect but the network of agreements was found to have a substantial effect and thus all of the agreements were caught by Article 85(1).

The CFI looked at the numeric and volume weighted foreclosure effect of Schöller's and Langnese-Iglo's agreements. It stated that both the numeric and the volume weighted foreclosure effect of the two companies' agreements considered together exceeded 30%.[90] With respect to market factors, the CFI concluded that Langnese-Iglo's and Schöller's individual networks each made a significant contribution to the foreclosure effect on the market and that Article 85(3) could not apply as the agreements did not lead to an improvement in inter-brand competition. According to the CFI, the agreements were a major barrier to access to the market and restricted competition within the meaning of Article 85 (1).

The conclusions that can be drawn from this jurisprudence are many. The ECJ, CFI and Commission have all recognized the importance of market foreclosure tests in differentiating between situations where vertical restraints are acceptable and those where they have a harmful affect on competition. Use of the market foreclose test is evolving gradually. Additionally, it has once again been shown that in all but the clearest violations of antitrust law, it is necessary to conduct a market analysis.

G. Market Definition

There is no subject in antitrust more confusing than market definition.[91] In an attempt to clear up some of the confusion, the Commission has recently prepared a Draft Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of EC Competition Law.[92] The Notice is meant to apply equally to analysis conducted under Articles 85 and 86, and to the Merger Regulation.[93] One unquestionably needs a market definition to determine if there is an "appreciable effect" within the meaning of Article 85(1) or a "dominant position" within the meaning of Article 86[94] and, if so, to determine the market share,[95] to see if a merger creates or strengthens a market dominant position within the meaning of Article 2 (3) of the Merger Control Regulation, or to verify market share thresholds in block exemption regulations.

Hoping to increase transparency in the area of competition law policy and decision making, the Commission makes public the procedures it follows when defining markets and the substantive criteria and evidence on which it relies when making a decision.[96]

The standard method of proving market power in antitrust cases requires first the defining of a relevant market in which to calculate the relevant market share.[97] The relevant market within which to assess a given competition issue is established by the combination of the product/service and geographic markets, which are established simultaneously. Arguably, market definition is an objective, economic concept relying on various quantifiable factors. The approach to market definition should be the same whether used under the Merger Regulation to assess market position under Article 85 to determine appreciable effect[98], under Article 86 again to assess market dominance, or under block exemptions regulations to determine market share thresholds,[99] with the concession that the Community courts or the Commission may assign different weight to the factors in determining market share. Up until now some Article 86 cases give the impression that markets have been defined very narrowly, to "fit" the alleged abuse.[100]

The most noticeable difference between the Community courts' and the Commission's manner of assessment is that the Court relies on a legal approach[101], whereas the Commission prefers quantitative econometric tests. The courts have a two-pronged test to define the relevant market: The basic test is that of interchangeability of the product or service concerned from the perspective of the consumer (demand substitutability). Where there is no such demand substitut-

86. John Pheasant and Daniel Weston, Vertical Restraints, Foreclosure and Article 85 Developing an Analytical Framework.
87. Cases T-7/93 *Langnese v. Commission* [1995] ECR II-1530 and Case T-9/93 *Schöller v. Commission* [1995] II- 1611.
88. The Commission's Notice on Agreements of Minor Importance.
89. Cited above in footnote 3
90. See points 105 of Case T-7/93 *Langnese*.
91. *US Healthcare Inc. v. Healthsource Inc.* (986 F.2d 589).
92. Actual Notice expected to be available on October 28, 1997; an early draft version was published in [1997] European Counsel, Vol. 2, issue 3, p. 45 et seq.; see further Agence Europe No. 7075 of October 9, 1997, p. 6.
93. Council Regulation of December 21, 1989 on the control of concentrations between undertakings, [1990] OJ L 257/14.
94. Here the need is less apparent as the element of appreciable effect is unwritten.
95. See *Langnese*.
96. Regarding the indispensability of economic analysis for market definition see Derek Ridyard "*Using economies in merger control cases*", [1997] European Counsel, Vol. 2, issue 3, p. 45 et seq.
97. W. M. Landes and R. A. Posner, "Market Power in Antitrust Cases", (1981) 94 *Harvard Law Review* 937 at 938.
98. *Langnese, supra.*
99. See specialization and technology transfer block exemptions.
100. James S. Venit, Market Definition: The Relevance for Article 86 of the commission's Practice under the merger Regulation, in a speech given at the 1996 IBC EC Competition Law Conference; see the *Soda Ash* cases (*ICI* and paragraph 42 of *Solvay* in specific *infra* quoting Case 22/78 *Hugin v. Commission* [1997] ECR 1869.
101. See Case 247/86, *Alsatel v. Novasam*, [1988] ECR 5987 and *Tetra Pak International v. Commission*, [1996] ECR I-5987.

ability, the courts apply an alternative text: They then determine whether, from the viewpoint of the suppliers, these can readily switch their resources so as to produce and supply demand substitutable products (supply substitutability).[102] There is a presumption that there is a sufficient degree of interchangeability between all the products forming part of the same market in so far as a specific use of such products is concerned.[103] In contrast to the courts' approach, the Commission Notice takes an openly economic approach to defining the relevant market.

It should be noted that market definition may also be of importance for the legal appreciation of competitive conduct in neighbouring markets. Thus, in *Tetra Pak* it was found that if an undertaking has a dominant position in one market and abuses this position in a closely related market, under the Court's broad interpretation of Article 86, this is an abuse of a dominant position even in the absence of a dominant position in the neighbouring market. *Tetra Pak* resulted in a record 75 million ECU fine.

In defining the relevant market, one must establish the relevant market and calculate the appropriate market share. Market share tests by their very nature introduce definitional problems. Inherent in these tests is the possibility of differing interpretations between the Commission and the parties about the relevant market in which the market shares are to be measured. The Notice on Market Definition sets out a list of factors that should be taken into account in defining the relevant market, but this still leaves many issues open. It is not simply the definition of the market itself but also the calculation of the shares which is problematic. Measurement of market share creates particular problems in case of vertical agreements. For example, how should the market share of a supply agreement for components which are subsequently incorporated into other products that are offered for resale be calculated? What if the components, but not the end product, are subject to a block exemption? Is the relevant market that of the components, the finished products or both? The problem is particularly pointed for new technology.

To avoid as many problems as possible when conducting transactions relevant to Article 85 and 86 or the Merger Regulation, business persons should be advised in all the more complex antitrust matters, to have an independent market analysis done by a well-known and highly respected international market research institute.

II. Anti-Dumping Policy

Recently both legislation and implementation of Community anti-dumping policy have undergone important changes.[104] Firstly, the CFI assumed competence for applications for the annulment of regulations and decisions in the field of anti-dumping.[105] Secondly, the "New Anti-Dumping Regulation"[106] was adopted. A third development, which has brought about important changes, is the GATT Panel Report focusing on a dispute settlement procedure brought by Japan against a definitive anti-dumping duty imposed by the European Council on Japanese origin audiocassettes.[107]

A. Overview of CFI's Jurisprudence since being awarded Jurisdiction over Anti-dumping Matters

NTN Corporation and Koyo Seiko Co. Ltd. v. Council[108] was the first anti-dumping case to be decided under the CFI's new jurisdiction over anti-dumping matters. It concerned an appeal by two Japanese firms against a European regulation imposing definitive anti-dumping duties on ball bearings larger than 30 mm from Japan.[109] To the satisfaction of all but the European institutions, it heralded a new era in European jurisprudence in the field of anti-dumping.

The approach of the CFI is that of an independent judiciary with a meticulous factual approach.[110] This was seen as a refreshing change to the Commission's and Council's habit of permitting external political considerations to prevail over the legal and economic issues.

The ECJ traditionally had limited itself to a superficial examination of whether or not the Commission could have reasonably come to the challenged decision. The traditional grounds for annulment, if any, of a Community measure in the field of anti-dumping had been *procedural*. Annulments on *substantive* grounds were hardly conceivable as the ECJ systematically refrains from reviewing "complex economic evaluations" by the Community institutions.

The CFI so far has gone much further. It concentrates on the facts and relies on the GATT Anti-dumping Code.[111] Thus, for example, in *NTN*, the CFI relied a WTO provision on anti-dumping evi-

102. Ibid. *Tetra Pak*.

103. Case 85/76, *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211.

104. See for the term and the historical development of anti-dumping: Gerhard Laule, Das Europäische Anti-Dumping-Zollrecht, Entwicklung und ausgewählte Probleme, in: Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft auf dem Weg zum einheitlichen Binnenmarkt und zur Steuergemeinschaft im Jahr 1992, Universität des Saarlandes, Europa Institut/Vortäge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut/Nr. 146 (Georg Ress, Michael R. Will, ed. 1988), p. 47 et seq.

105. As of March 15, 1994, the CFI assumed competence for applications for the annulment of regulations and decisions in the field of anti-dumping, pursuant to Council Decision No. 94/149/ECSC, EC of 7 of March 1994 amending Decision 93/350/Euratom, ECSC, EEC amending Decision 88/591/ECSC, EEC, Euratom establishing a Court of First Instance of the European Communities, OJ 1994, L 66/29.

106. Council Regulation No. 3283/94 of 22 December 1994, OJ 1994 L 349/1; as subsequently amended in Council Regulation No. 355/95 of 20 February 1995, OJ 1995 L 41/2, and in Council Regulation No. 1251/95 of 29 May 1995, OJ 1995 L 122/1.

107. Council Regulation No. 1251/91 of 13 May 1991, OJ 1991 L 119/35, C-177/87 *Sanyo Electric v Council* [1992] I - 1535; C-69/89 *Nahojima All Precisions v Council*, [1995] II-1381.

108. Joined Cases T-163 and 165/94, *NTN Corporation and Koyo Seiko Co. Ltd. v. Council*, [1995] ECR II-1381.

109. Council Regulation (EEC) No 2849/92 of September 1992 modifying the definitive anti-dumping duty on ball bearings with a greatest external diameter of 30 mm originating in Japan imposed by Regulation (EEC) No 1735/85, OJ L 286/1.

110. This approach is precisely in line with the CFI's paper on aspects of the Maastricht Treaty in which it supports an independent judiciary. See Rapport de la Cour de Justice sur Certains Aspects de l'Application du Traité sur l'Union Européenne, Luxembourg, May 1995.

111. Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement of Tariffs and Trade 1994 in Annex 1 A to the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization.

dence requirements and, on that basis, emphasized that a threat of injury *must* be based on facts and not merely on possibilities, conjecture or allegations.[112] The CFI meticulously conducted a fully-fledged substantive review of the facts and mercilessly branded the Commission's superficial analysis thereof by quashing the Commission's decision.

Such a painstaking factual review of an institution's findings in the field of anti-dumping had been notably absent from the ECJ's rulings.[113] Its introduction into Community jurisprudence means greater legal guarantees in anti-dumping proceedings. At the same time, the intensification of judicial review has a deterring effect on the Commission and on the Council. Since *NTN*, business persons involved in anti-dumping matters should be encouraged more than before to produce as much economic evidence on point as possible and to refine their methods of presentation to the Commission of such evidence.

A further change was the CFI's application of the GATT Anti-Dumping Code. This could mean an increased reliance by the CFI on GATT law.

The CFI also sent a time-related warning to the institutions: An anti-dumping investigation must not extend beyond a reasonable period, to be determined in the light of the circumstances of the case; the one-year period mentioned in Article 7 (9) (a) of the basic anti-dumping regulation was only a guideline and not mandatory.[114]

The above explanations show that in the past it had been far too simple for the Council to decide in favour of protection of inefficient Community industries. The substantive and fair approach of the CFI compels the institutions to be more exact in their fact-finding, fairer in their procedure and more aware of the GATT 1994 in their legal appreciation.

In addition, it has to be mentioned that in contrast to *NTN* there is the *NMB* case where the CFI took a step back in the depth of their factual analysis.[115] Their analysis was reminiscent of the ECJ's main *Banana* judgment.[116] Essentially the CFI based its decision on whether the anti-dumping measures taken were "manifestly inappropriate" having regard to the objective which the competent institution was

112. GATT Anti-dumping Code Article 3(7).

113. The ECJ has tended away from such an approach, favouring to make decisions on clear-cut procedural and other legal issues. See for example Case C-104/90 *Matsushita Electric Industrial v. Council* [1993] ECR I-4981, and Case C-216/91 *Rima Electrometalurgia v. Council* [1991] ECR I-6303.

114. *Id.* at points 119 to 125. The Council had argued that in Case C-121/86 *Kai Naftiliakon v. Council* [1989] ECR I-3919, and the Court had not objected to a delay of four years. The CFI stated that the one-year time limit for completing an investigation in an anti-dumping procedure is only a guideline. The investigation must not extend beyond a reasonable period, which is to be determined in light of individual circumstances. In the *NTN & Seiko* cases the market was one the Community institutions knew well and the last review of it had been completed in ten months. See Article 7 (9) (a) of Regulation No. 2423/88 (the basic anti-dumping regulation).

115. Case 162/94 *NMB France and others v. Commission* [1996] ECR II-427; C-156/87 *Gestetner Holding v Council and Commission* [1990] I-781; C-133/87, C-150/87 *Nashua v Commission* [1990] I-719.

116. Case 280/93 *Germany v Council* [1994] ECR I-4973, point 94.

required to pursue[117].[118] It must be emphasized, however, that the applicants have failed to describe the effects the decision in question would have had on their economic and financial situation. The applicants submitted the question of the legality of the measure taken rule for review without contesting the various calculation methods and figures arrived at by the Commission. The CFI found that it was therefore not in the position to assess, as part of the judicial review, the real economic impact of the contested measure. Thus the Court's review was limited to considering only a question of law which the applicants had themselves separated from the economic context of the case.

Therefore, in spite of the *NMB* case it is certain that, since the CFI has had jurisdiction over anti-dumping matters, the standard of review has been stricter. It is the complainant's duty to make certain that the CFI receives the opportunity to conduct its rigorous analysis.

B. The "New" Anti-Dumping Regulation

The "new" anti-dumping regulation is nothing revolutionary and addresses recurrent problems. Three of these problems having arisen in recent jurisprudence are of strong relevance to international business: individual treatment in case of exports from non-market economics, anti-circumvention measures, and references to third countries in case of non-market economics.

1. International Treatment

Granting individual treatment to exporters from non-market economies (NMEs) means that the dumping margin is sought to be determined on a case-by-case basis and that, where appropriate and possible, the anti-dumping duty is fixed for each exporter individually. This topic of individual treatment is again of widespread interest in light of the imposition anti-dumping duties on exports from the People's Republic of China[119] and the great extent of foreign manufacturing investment into China and Vietnam. The Commission usually imposes a uniform anti-dumping duty on all exports originating in NMEs on a country-by-country basis. Regarding State-trading countries, the Commission generally determines one global weighted average anti-dumping duty for all exporters without regard to their individual circumstances and uses a third country market economy as the basis to calculate the "normal value", i.e., in non-legal terms, the domestic price of the product concerned. The underlying policy is based on the assumption that exporters in State-trading countries are not independent from state

117. *Id.* at points 69 and 70.

118. .The basic anti-dumping regulation was adopted by the Council as part of the common commercial policy which was characterized by a wide discretion in its implementation which necessarily extended to the adoption and implementation of the basis regulation. This latitude enjoyed by the legislature corresponds to that which the institutions had when adopting specific anti-dumping measures pursuant to the basic regulation. *Ibid.*

119. See, e.g. *Footwear from China and Indonesia*, Regulation 165/97 (1997) OJ L 29/3; *Handbags from China*, Regulation 209/97 (1997) OJ L 33/11; *Ring Binder Mechanisms from China*, Regulation 119/97 (1997) OJ L 22/1.

influence. The objective is to avoid circumventing anti-dumping on exports from non-market economies duties by routing exports through an exporter within that economy who was granted a lower anti-dumping duty.[120]

There had been cases in the early 1990s where company-specific anti-dumping duties were imposed under the "individual treatment" policy. Recently, in the foundation laying cases of *Small Screen TVs*[121] and *Bicycles*,[122] the exporters from State-trading countries in vain tried to satisfy the Commission that state influence was minimal and that the companies' export policy was exercised autonomously.

Individual treatment is a legitimate policy.[123] It should be granted in order to avoid unjustifiable interference with the rights of companies who in their business activities are independent from the State-trading country.[124] A working paper rethinking the approach to individual treatment has been circulated to the Member States. It proposes a more flexible and fairer approach and is endorsed by *Sir Leon Brittan*, Vice President of the Commission, who wants to rationalize anti-dumping procedures so that they take account of the commercial interests of the EC.[125]

The WTO rules (Article VI of GATT 1994 and the Anti-Dumping Code) allow importing countries wide discretion in applying anti-dumping duties to NMEs. Legally, the Community's methods seem difficult to challenge. It should be noted, however, that Community law and practice are more stringent than the law and practice of other countries. For example, it appears that several countries are now treating China as a market economy.

2. Anti-circumvention Measures

A recurrent problem in anti-dumping anti-circumvention and standing of private companies pursuant to Article 173 (5) of the EC Treaty to challenge anti-circumvention measures before the Community courts.

This is illustrated in the *Sinochem* case.[126] As soon as the Community institutions realize that exporters may have such standing, this enhances the influence of the exporters before the institutions, for example in regard to access to the Commission's

120. See Case T-161/94 *Sinochem Heilongjiang v. Council* [1996] ECR II-695.

121. Small Screen Televisions, Regulation 2093/91 OJ 1991 L 195/1 (Definitive Duties).

122. Regulation 2474/93 OJ L 228/1, upheld in a Judgment of the CFI of September 25, 1997, Case T-170/94 *Sahnghai Bicycle Corporation (Group) v. Counci*, not yet officially published.

123. See Council Regulation No. 384/96 on the protection against dumped imports from countries not member of the European Community: OJ 1996 No. L 56, p. 1; amended by Council Regulation No. 2331/96 of December 2, 1996, OJ 1996 No. L 317, p. 1.

124. See Michael Sánchez Rydelski, Individual Treatment in EC Anti-dumping Cases Concerning State-trading Countries, (1997) EuZW Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 138. The criteria defining a company as independent from a State-trading country as set out in recent decisions is as follows. The company must show that it is: Owned in the majority by a foreign investor, a profit oriented entity, freely able to transfer profits outside of the State-trading country, independent in running its business and able to set its export prices autonomously.

125. See Sánchez Rydelsky *id.* at preceding footnote quoting the Financial Times of 1 October 1996, page 5.

126. Case T-161/94, *Sinochem Heilongjiang v. Council* (1996); C-171/87 *Canon v Council* [1996] ECR II-695.

file. In *Sinochem*, the CFI recognized the standing of the Chinese producers and exporters. The Commission had argued in vain that applications for annulment of anti-dumping regulations lodged by individual companies operating in China, a NME, are inadmissible because the applicants are not individually concerned. The institutions had further argued that only the Chinese State or a state organization in charge of the vast majority of exports of the relevant products has standing to request the annulment of an anti-dumping regulation imposing duties. The CFI relied on the Sinochem's participation in the administrative investigation and particularly on the fact that the Commission treated the applicants as any other participant in the investigation.

Another case, the Japanese *Brother* typewriter case,[127] best illustrates the importance of the rules of origin, to the extent that the origin of a product is not solely determined by the place from where it is exported. Brother assembled typewriters in Taiwan and exported them to the Community stating that they were of Taiwanese origin. The Commission found them to be of Japanese origin and subjected them to the duty imposed on Japanese typewriters. Goods have the origin of the country where the "last, substantial, economically justified processing or working" was carried out.[128]

The Court held in *Brother* that even mere assembly of parts from third countries could confer the origin of the country in which assembly takes place "provided that from a technical point of view such assembly represents the decisive production stage during which the use to which the component parts are to be put becomes definite and the goods in question are given their specific qualities." Provided that the technical test is inconclusive, one can look at value added to see if "the assembly operations in question result in an appreciable increase in the commercial, ex-factory value of the finished product." No concrete level of value added determining origin was given, but the Court did indicate that 10% was inadequate.

The Community's "new" anti-circumvention rules allow the Community to impose anti-dumping duties on products or parts used to make products imported into the Community whenever these products are found to be circumventing anti-dumping duties which the EU had previously imposed on like products. The most significant change in the Community's basic anti-dumping regulation[129] deals with the extension of these anti-circumvention powers to cover assembly operations in third countries. This is of particular interest to Japanese companies with plants in South-East Asia, due to the value of the yen and

127. Case C-26/88, *Brother International GmbH v. Hauptzollamt Giessen* [1989] ECR 4253. See also: Gerhard Laule, supra footnote 105, p. 58 et seq.

128. Article 24 of the Community's Customs Code; see also Council Regulation No. 2913/92 of 12 October 1992 which states: "Goods whose production involved more than one country shall be deemed to originate in the country where they underwent their last, substantial, economically justified processing or working in an undertaking equiped for that purpose and resulting in the manufacture of a new product or representing an important stage of manufacture."

129. See Article 13 (2) of that regulation.

because of anti-dumping duties against direct exports to the Community of certain products of Japanese origin.[130]

In light of this modification, assembly plants in third countries, South-East Asia for instance, could find themselves subject to as many as three types of investigation: a new anti-dumping case against products of that third country origin, an origin investigation to see if those products are really of Japanese origin, and/or an anti-circumvention investigation under the Anti-dumping Regulation.

Judicious advice for companies with third-country assembly plants is to make certain that the products manufactured in such facilities definitely have the origin of the country in which they are being assembled so that the conditions for the application of the anti-dumping circumvention rules are not satisfied. While countries such as China and Vietnam have such low labor costs, the test for origin would/should be the technical one. Thus, local origin could be obtained due to the complexity of the local manufacturing process without the local value added amounting to a substantial percentage of the manufacturing cost.

3. Third Country References

The extremely recent decision in *Rotexchemie* discusses the issue of reference countries, which are necessary when dealing with determining normal value or injury in conjunction with a NME. It is noted that the Community institutions have wide discretion in choosing a reference country, but that the Court is to verify whether the relevant procedural rules were complied with, whether the facts on which the choice was based were accurately stated and whether there was a manifest error of appraisal or a misuse of powers.[131] The Council and Commission are not required to consider every country proposed by the parties during an anti-dumping proceeding, but they are required to examine in greater depth the proposals submitted to them if they ought to have doubts concerning their choice of countries.

C. Japanese Origin Audiocassettes

In 1995, a GATT Panel, established at the request of Japan, ruled that the definitive anti-dumping duty imposed by the Council on Japanese origin audio cassettes was in violation of the 1979 Anti-dumping Code. The controversy involved the determination by the Commission of the domestic sales value at an extremely low level in the distribution chain when sales are made through related parties, while export prices were established at higher levels. Japan claimed that adjustments should have been made to render the comparison between the domestic sales price and the export price fair.[132]

130. Please note that these provisions are not relevant if there are no anti-dumping duties in the first place. They are relevant where anti-dumping duties are imposed against countries other than Japan. For example, however, a Japanese company could have a subsidiary in Taiwan whose exports to the Community were subject to an anti-dumping duty and the anti-circumvention rules could be applied to another plant in, for instance, China.

131. Judgment of the ECJ of May 29, 1997 Case C-26/96 *Rotexchemie International Handels GmbH & Co.*, not yet officially published.

132. See, the *GATT Panel Report on Audio Cassettes*.

The Panel found that indirect costs could affect prices and held it unfair of the EC to deduct certain costs and profit in constructing the export price, but leaving similar expenses and profit in the normal value.[133] The Panel examined whether the price in one market was based on a price charged by a seller who performed additional functions entailing additional investments and costs. The Panel decided that the comparability of the prices could be affected, and that it might be necessary to make allowance in the form of an amount for profits related to the additional functions performed. The Panel concluded that Article 2(9) and 2(10) of the Commissions former Basic Regulation were inconsistent with Article 2:6 of GATT as they precluded the making of justified allowances for differences in indirect selling expenses and with respect to profits related to a difference in the function performed by the seller in the domestic and export markets, a difference that could affect price comparability.[134] As the Commission normally took the sale of the first independent customer as the starting point, the Panel found it necessary to make a distinction between related and unrelated steps in the distribution channel.[135]

The GATT report[136] partially agreed with Japan and recommended that the EC be required to reconsider its determination in this investigation and to bring its legislation into conformity with GATT. On the basis of the pre-WTO dispute settlement rules, the Community did not adopt the GATT report.[137]

III. Conclusion

It has been shown that there are several elements of uncertainty for foreign business strategies in the fields of antitrust and anti-dumping under European Community Law. These elements of uncertainty are rooted in the strained relationship between a more factual and a more abstract, i.e. more political, approach. Although there are positive signs for a more factual approach, foreign business persons always have to be aware of this strainend relationship when dealing with antitrust oder anti-dumping matters.

133. *GATT Panel Report on Audio Cassettes* paragraphs 370.372. Also see, *Electronic weighing scales from Japan*, OJ L 104/7 (1993) and B. Hindley, *Dumping and the Far East Trade of the European Community*, 11 World Economy, 1988, 445; E. Vermulst, *The Anti-Dumping Systems of Australia, Canada, the EEC and the USA - Have Anti-Dumping Laws become a Problem in International Trade?* In J.H. Jackson and E.A. Vermulst (eds.), *Anti-Dumping Law and Practice- A Comparative Study*, University of Michigan Press, Ann Arbor, Michigan, 1989, at 451; P. Waer, *Constructed Normal Values in EC Dumping Margin Calculations – Fiction, or a Realistic Approach?* 27 J.W.T. 4 August 1993, 47, at 53.

134. *Ibid.* at 113 – 114.

135. *Ibid.* at 114. A Typical distribution channel is as follows: producer ® distributor ® wholesaler ® dealer ® end-user.

136. *EC Anti-dumping duties on audio tapes in cassettes originating in Japan*, ADP 136, unadopted, 28 April 1995.

137. Edwin Vermulst and Bart Driessen, Commercial Defense Actions and Other International Trade Developments XII: 1 July 1996 – 31 December 1996, European Journal of International Law 1997 at 363.

O Direito Privado como um "Sistema em Construção"

(As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro)

Judith Martins-Costa

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

> ***"Siamo stati troppo abituati alle virtù taumaturgiche del legislatori; siamo stati troppo affidargli il monopolio della produzione giuridica; siamo stati tropp abituati all'ossequio della legge in quanto legge, cioè in quanto autorità e forma". (Paolo Grossi, Prefazione ao vol. 50 de "Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Florença, 1996, p. VI).***

SUMÁRIO

Introdução.

I) As cláusulas gerais e o modelo de Código na contemporaneidade:

a) características da cláusula geral;

b) sua estrutura;

c) e as suas funções.

II) As cláusulas gerais do Projeto de Código Civil Brasileiro:

a) a função social do contrato;

b) a boa-fé objetiva.

Ao encerrar, no Senado Federal, a votação do Projeto do Código Civil, apresentou o seu relator, Senador Josaphat Marinho, substancioso estudo no qual ressaltou a circunstância de mover-se, o legislador, no espaço que entremeia a *prudência e a flexibilidade*"[1], espaço e caminho adequados para solver a questão: é hora de (re) codificar-se o Direito Civil?

A esta indagação subjaz outra, mais fértil e inquietante, qual seja a de saber se é possível afirmar-se a existência de um **sistema de direito privado,** vale dizer, de um conjunto normativo **sistematicamente compreensível** e passível de apreensão em um *corpus* codificado. Respondendo afirmativamente à questão — àquela expressa, e a que nela vem implícita —, assinalou o Relator que a mesma prudência recomendatória do prosseguimento do trabalho legislativo indicava dever proceder-se "*com espírito isento de dogmatismo, antes aberto a imprimir* ***clareza, segurança e flexibilidade ao sistema em construção****, e por-*

1. Item 26 do Parecer Final do Relator ao Projeto do Código Civil, *in* Internet, www.senado.gov.br/.

tanto adequado a ***recolher e regular mudanças e criações supervenientes***".[2]

Já aí fixou Josaphat Marinho determinadas concepções — "*segurança e flexibilidade*", ou "*sistema em construção*", ou ainda, a idéia da possibilidade de o sistema recolher e regular "*mudanças e criações supervenientes*" — que parecem não estar sendo bem enfocadas por parte da comunidade jurídica na crítica promovida ao projeto do novo Código Civil. É talvez , por isto, oportuno retornar aqui ao tema das cláusulas gerais[3], sob a perspectiva da **construção e reconstrução** do Direito Privado na contemporaneidade, tendo em vista, notadamente, as necessárias interrelações entre o Código Civil, a Constituição Federal e as leis que, regulando matéria especial, compõem o que se convencionou chamar de microssistemas legislativos.

Desde logo, assento uma premissa que vale, paradoxalmente, como conclusão: a razão de visualizar o novo texto legislativo à luz das suas cláusulas gerais responde à questão de saber se sistema de direito privado tem aptidão para recolher os casos que a experiência social contínua e inovadoramente propõe à uma adequada regulação, de modo a ensejar a formação de **modelos jurídicos**[4] inovadores, abertos e flexíveis. Em outras palavras, é preciso saber se no campo da regulação jurídica privada é necessário, para ocorrer o progresso do Direito, recorrer-se, sempre à punctual intervenção legislativa ou se o próprio sistema legislado poderia, por si, proporcionar os meios de se alcançar a inovação, conferindo aos novos problemas soluções *a priori* assistemáticas, mas promovendo, paulatinamente, a sua sistematização.

A questão ora posta como premissa vale como conclusão porque, desde logo, afirmo que o Projeto do Código Civil possui uma tal aptidão, como procurarei demonstrar, já que a sua técnica legislativa privilegia as cláusulas gerais[5]. Mas é este o ponto que, justamente, vem suscitando as maiores críticas ao Código, ora tido como perigosamente "*falho*" e "*indefinido*" ao aludir, por exemplo, à função social do contrato[6], ora como "*omisso*", por não ter detalhado temas polêmicos como a filiação advinda das técnicas de fertilização humana assistida ou por nada ter regrado em matéria de direito do consumidor"[7], outras vezes como "*ultrapassado*" e, inclusive, "*ignorante*" da técnica de legislar mediante cláusulas gerais[8] como se a codificação, hoje, ou já não tivesse sentido, ou devesse ser feita ao molde daquela oitocentista, dominada pela pretensão de plenitude lógica e completude legislativa. Uma tal alternativa, contudo, enseja somente falsas questões, e falsas questões costumam suscitar falsas respostas.

No universo *craquelé* da Pós-Modernidade não tem sentido, nem função, o **código total**, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura. Mas se falta sentido hoje a esse modelo de Código, isto não significa que **nenhum modelo de código** possa regular as relações jurídicas da vida privada. A questão adequada, portanto, é: porque delineiam as cláusulas gerais o modelo de Código apto aos nossos dias (I)? Tão logo respondida, devo comprovar a asserção de que o Projeto realiza este modelo, identificando as cláusulas gerais contidas em seu texto (II).

I. O Modelo de Código na Contemporaneidade[9]

O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos[10]. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos — mesmo os extra-jurídicos — e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.

As cláusulas gerais, mais do que um "caso" da teoria do direito — pois revolucionam a tradicional teoria das fontes[11] — constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de

2. Idem, ibidem, grifei.
3. Tratei deste tema, em uma primeira abordagem, no ano de 1991, ao apresentar em congresso realizado em Valencia, Espanha, o estudo "As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico", publicado *in* Revista de Informação Legislativa, vol. 112, pp. 13 a 32, (1991), Brasília e na Revista dos Tribunais, vol. 680, pp. 47 a 58, (1992), São Paulo. Posteriormente, voltei o tema na tese de doutorado, Sistema e Cláusula Geral, USP, 1996, no prelo sob o título " A Boa-Fé Objetiva: sistema e tópica no processo obrigacional".
4. Utilizo a expressão "modelos jurídicos" no sentido que lhe é atribuído por Miguel Reale, *in* **Para uma Teoria dos Modelos Jurídicos,** comunicação apresentada ao Congresso Internacional de Filosofia realizado em Viena, 1968 (publicada em **"Estudos de Filosofia e Ciência do Direito,** Ed. Saraiva, São Paulo, 1978, ensaio III, e, mais recentemente, em **Fontes e Modelos do Direito – para um novo paradigma hermenêutico,** Ed. Saraiva, São Paulo, 1994. Ver, adiante, a explicitação do conceito.
5. Em sentido contrário, Gustavo Tepedino, *in* Del Rey- Revista Jurídica, dez. 1997, ano 1, nº 1, pág.17, segundo o qual o Projeto "desconhece" as cláusulas gerais de que é dotada a técnica jurídica contemporânea.
6. Assim, Antonio Junqueira de Azevedo, *in* **Gazeta Mercantil** de 7.1.1998.
7. Neste sentido, Gustavo Tepedino, op. Cit., pág.17.
8. Idem, ibidem.
9. As observações a seguir expostas constituem uma síntese do que escrevi em **"Sistema e Cláusula Geral"**, já citado.
10. O exemplo, paradigmático, vem da Constituição norte-americana. Mesmo a Constituição brasileira vigente possui, no entanto, variada tipologia de modelos jurídicos abertos, seja pela afirmação de sua principiologia, seja pela inserção de cláusulas gerais de reenvio a outros textos normativos, como a do parágrafo segundo do art. 5º.
11. É indiscutível a constatação, hoje, da existência de uma crise na teoria das fontes que se reflete na metodologia da ciência do direito. Esta crise resulta, segundo Clóvis do Couto e Silva, justamente "*da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da Ciência do Direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo*" (*in* **A Obrigação como Processo**", José Bushatsky Editor, São Paulo, 1976, p. 74).

standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, **viabilizando a sua sistematização e permanente ressistematização no ordenamento positivo.**

A viabilidade das cláusulas gerais para permitir essa sistematização/ressistematização nasce dos seus traços característicos, base de seu conceito (a), da sua estrutura (b) e funções (c).

a. Características das cláusulas gerais.

As cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa[12] característica da segunda metade desde século[13], época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado — que queria a lei "*clara, uniforme e precisa*", como na célebre dicção voltaireana —- foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. Tem-se hoje não mais a lei como *kanon* abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiana[14].

Por esta razão, nossa época viu irromper na linguagem legislativa indicações de programas e de resultados desejáveis para o bem comum e a utilidade social (o que tem sido chamado de diretivas ou "normas-objetivo"[15]), permeando-a também terminologias científicas, econômicas e sociais que, estranhas ao modo tradicional de legislar, são, contudo, adequadas ao tratamento dos problemas da idade contemporânea[16]. Mais ainda, os códigos civis mais recentes e certas leis especiais[17], têm privilegiado a inserção de certos tipos de normas que fogem ao padrão tradicional, não mais enucleando-se na definição, o mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação punctual e pormenorizada de suas conseqüências.

Pelo contrário, estes novos tipos de normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados **intencionalmente vagos e abertos**, os chamados "conceitos jurídicos indeterminados". Por vezes — e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas — o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de **concreção** destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.

Já por estas indicações percebe-se o quão multifacetário é o perfil das cláusulas gerais, razão pela qual, na busca do seu conceito, a doutrina nada mais obtém do que arrolar a diversidade de suas características. Por isto, desde logo rejeitada a pretensão de indicar um conceito perfeito e acabado, entendo pertinente, ao revés, assinalar os traços que lhe vêm sido relacionados no que diz com o seu papel enquanto técnica legislativa, pois é aí, na contraposição à **técnica da casuística**, que o seu perfil poderá ser traçado.

A contraposição entre ambas as técnicas legislativas foi divulgada na muito conhecida obra de Karl Engish, traduzida em português como "*Introdução ao Pensamento Jurídico*"[18]. Este afirma[19] que a casuística constitui "*a configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria*"[20]. Esta noção é completada em outra obra na qual assenta: "*A casuística não significa outra coisa senão a determinação por meio de uma* **concreção especificativa**, *isto é, regulação de uma matéria mediante a delimitação e determinação jurídica em seu caráter específico de um número amplo de casos bem descritos, evitando generalizações amplas como as que significam as cláusulas gerais*"[21].

A casuística, também dita "*técnica da regulamentação por fattispecie*" é, portanto, a técnica utilizada nos textos normativos marcados pela especificação ou determinação dos elementos que compõem a

12. Como esclareci em **Sistema e Cláusula Geral,** através do sintagma "cláusula geral", costuma-se designar tanto determinada **técnica legislativa** em si mesma não-homogênea, quanto certas **normas jurídicas**, devendo, nessa segunda acepção, ser entendidas pela expressão "cláusula geral" as **normas que contêm uma cláusula geral**. É ainda possível aludir, mediante o mesmo sintagma, às **normas produzidas por uma cláusula geral**.

13. Embora a mais célebre cláusula geral, a da boa-fé objetiva, posta no parágrafo 242 do Código Civil Alemão seja datada no século passado, esta técnica difundiu-se na codificação que vem sendo levada a efeito, nos vários países da *civil law*, a partir do final dos anos 40. Esgotado o modelo oitocentista da plenitude ou totalidade da previsão legislativa, em face da complexidade da tessitura das relações sociais, com todas as inovações de ordem técnica e científicas que vêm mudando a face do mundo desde o após-guerra iniciou-se, em alguns países da Europa, a" época das reformas nos Códigos Civis", Exemplificativamente a Itália, em 1942, Portugal, em 1966, a Espanha, em 1976 e, mais recentemente, a Grécia.

14. Nesse sentido Natalino Irti, **"L'età della decodificazione"**, Ed. Giuffré, Milão, 1989, p. 16.

15. Para um conceito de "diretivas", vide Eros Roberto Grau, **Contribuição para a Interpretação e a Crítica da Ordem Econômica na Constituição de 1988,** tese, São Paulo, 1990, p. 182 e ss.

16. Irti, L´età..., cit., p. 16.

17. Podem ser lembrados o art. 1.337 do Código Civil Italiano (norma de restrição à autonomia privada, impondo a correção da conduta dos particulares no período pré-contratual), o art. 239 do Código Civil Português (norma de integração dos negócios jurídicos, através da relativa restrição à autonomia negocial), o art. 483 do mesmo Código (norma geral de previsão da responsabilidade civil por culpa), e, entre nós, o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor (norma de extensão da tutela assegurada ao consumidor).

18. **"Einführung in das Juristische Denken"**, Stuttgart, 1964.

19. "*Se o conceito multissignificativo de cláusula geral, que não raramente vemos confundidos com um dos conceitos acima aludidos* (isto é, com os conceitos indeterminados, conceitos determinados, conceitos normativos, conceitos descritivos) *há de ter uma significação própria, então faremos bem em olhá-lo como conceito que se contrapõe a uma elaboração "casuística" das hipóteses legais* (**"Introdução ao Pensamento Jurídico"**, cit, pp. 188 e 189).

20. Engish, **"Introdução ao Pensamento Jurídico"**, cit, p. 188. No mesmo sentido Luigi Mengoni, **"Diritto Vivente"**, Rev. Jus, 1989, pp. 14 a 26

21. **"La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Juridica Actuales"**, trad. esp.p. de Juan Jose Gil Cremades, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, p. 180, traduzi e grifei,

fattispecie. Em outras palavras, nas normas formuladas casuisticamente percebe-se que o legislador fixou, do modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normados.

Ora, esta técnica legislativa provoca um efeito imediato no momento da aplicação/interpretação do texto legislativo. É que em face da **tipificação de condutas** que promove, pouca hesitação haverá do intérprete para determinar o seu sentido e alcance, podendo aplicar a norma mediante o processo mental conhecido como "subsunção". Há uma espécie de pré-figuração, pelo legislador, do comportamento marcante ou típico, pré-figuração a ser levada em conta pelo intérprete, uma vez que o elaborador da lei optou por descrever a factualidade[22].

Este caráter de **determinação ou tipicidade** que caracteriza a casuística vem sendo apontado como um dos principais, senão o principal fator de rigidez — e por conseqüência, de envelhecimento — dos Códigos civis. A razão está, conforme Natalino Irti, em que *"o legislador cria um repertório de figuras e disciplinas típicas (...) a qual o juiz pouco ou nada pode aduzir para o disciplinamento do fato concreto*[23]". Por conduzirem o intérprete a uma subsunção quase automática do fato sob o paradigma abstrato[24] as disposições definitórias, tais como as da casuística, têm um caráter de **rigidez ou imutabilidade**, o qual acompanha a pretensão de completude, isto é, a ambição de dar resposta legislativa a todos os problemas da realidade[25].

Em contrapartida, às cláusulas gerais é assinalada a vantagem da **mobilidade**, proporcionada pela intencional imprecisão[26] dos termos da *fattispecie* que contém, pelo que é afastado o risco do imobilismo porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade[27].

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que **essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência.** Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como **metanormas**, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. Em razão destas características esta técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal.

22. Nesse sentido, Menezes Cordeiro, **"Da Boa-Fé no Direito Civil,** Ed. Almendina, Coimbra, 1989, pp. 1186 e 1187.
23. L'età..., cit., p. 8, traduzi.
24. Federico Rosseli, **"Clausole Generale: l'uso giudiziario"**, *in* Politica del Diritto, 4, p. 670.
25. **"L'età della decodificazione"**, cit., p. 8.
26. No sentido de vagueza semântica.
27. A tipicidade, pode ser compreendida como *"a qualidade de uma pessoa, coisa ou conceito pela qual suas características resultam conformes as de um tipo predeterminado"*, entendendo-se por "tipo" *"o modelo ideal que reúne as características essenciais de todos os entes de igual natureza"* (conforme Noemi Nidia Nicolau, **"La autonomia de la voluntad como factor de resistencia a la tipicidad en el sistema de derecho privado argentino"**, Porto Alegre, nov. 1994, datilog.)

Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente "aberta", "fluida" ou "vaga", caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, **crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema;** estes elementos, contudo, **fundamentarão a decisão**, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da *ratio decidendi*, a **ressistematização** destes elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico[28].

Conquanto tenha a cláusula geral a vantagem de criar aberturas do direito legislado à dinamicidade da vida social tem, em contrapartida, a desvantagem de provocar — até que consolidada a jurisprudência — certa incerteza acerca da efetiva dimensão dos seus contornos. O problema da cláusula geral situa-se sempre no estabelecimento dos seus limites[29]. É por isto evidente que nenhum código pode ser formulado apenas e tão somente com base em cláusulas gerais, por que, assim, o grau de certeza jurídica seria mínimo. Verifica-se, pois, com freqüência, a **combinação** entre os métodos de regulamentação casuística e por cláusulas gerais, técnicas cuja distinção

28. A comparação, em certo setor, da técnica de legislar mediante cláusulas gerais e através da casuística pode auxiliar a esclarecer esse característica. Clóvis do Couto e Silva exemplifica com a diferença entre um sistema que consagra uma cláusula geral de reparação de todos os atos danosos (indicando o art. 1.382 do Code Napoléon, segundo o qual, em tradução: *"Todo e qualquer fato do homem que cause a outrem um dano, obriga este pela culpa de quem ela ocorreu, a repará-lo"*) e um sistema no qual todas as *fattispecies* delituais devem estar previstas na norma (aludindo aos parágrafos 823, I e II e 825 do Código Civil alemão, os quais têm, respectivamente, em tradução, o seguinte teor: § 823:" *Aquele que, intencionalmente ou por negligência, atentou contra a integridade corporal, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito de outrem, é obrigado, em relação à pessoa lesada, à reparação do prejuízo causado. A mesma obrigação incumbe a quem contravém a uma lei que tem por fim a proteção de outrem. Se, conforme o teor dessa lei, se pode contravir, mesmo que para isto não haja necessidade de culpa, a responsabilidade civil não existe se um culpa não se produza.* § 825: *"Aquele que seduziu uma mulher por astúcia, ameaça ou abuso da situação da qual ela dependia, deve reparar o dano assim causado*). Com base no art. 1.383 a jurisprudência francesa veio progressivamente estabelecendo deveres de conduta, tais como o *devoir de renseignement* em matéria précontratual, os deveres de cuidado, de diligência, de atenção, etc, cuja não observância pode conduzir à indenizabilidade do dano, ou estabelecendo novas hipóteses, como a responsabilidade pela *perte d'une chance*, alargando, assim, o campo dos prejuízos indenizáveis. Já pela falta de uma cláusula geral não há, no sistema alemão, *"um desenvolvimento livre dos deveres de conduta, de forma que na sua violação possa ser considerada como delitual"*, marcando-se *"o desenvolvimento das hipóteses delituais (...) nos limites prefixados pela lei"* (Clóvis do Couto e Silva, **"Principes Fontamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé - Cours fait à la Faculté de Droit de St. Maur, Paris XII"**, Paris, 1988, datilografado, p.62, traduz). O mesmo exemplo é assinalado por H. Nipperdey, em estudo intitulado **"Die Generalklausel im künftingen Recht der unerlaubten Handlungen"**, segundo relata Engish: *" Na medida em que se trate de responsabilidade por culpa própria, no domínio dos delitos civis são possíveis dois sistemas de regulamentação legal: ou são enumeradas uma ao lado das outras as diferentes hipóteses de actos delituais que devem desencadear a conseqüência indenizatória (como nos §§ 823-825 do BGB) ou se cria uma hipótese legal unitária de acto ilícito (Código Civil Francês, art.1382). Em lugar da formulação casuística surge, portanto, a cláusula geral que visa a ofensa ilícita e culposa a interesse de outrem"*.(**"Introdução ao Pensamento Jurídico"**, cit., p. 189).
29. Nesse sentido a observação de Sérgio José Porto *in* **A Responsabilidade Civil por Difamação no Direito Inglês**, Ed. Sergio Fabris, Porto Alegre, 1995, p. 15.

por vezes inclusive resta extremamente relativizada, podendo ocorrerem, numa mesma disposição, "graus" de casuísmo e de vagueza[30].

Assim acontece, por exemplo, no vigente Código Civil Português: como bem lembra José Carlos Moreira Alves, este encontra-se fixado numa posição "*em que predomina o caráter científico, com o seu conceitualismo e o emprego de cláusulas gerais, sem abdicar, contudo, do casuísmo nas matérias que constituem o núcleo básico do direito civil, pela vantagem da certeza do direito*"[31]. Com efeito, em matéria de direito das obrigações — considerando que aí reside o núcleo não só do direito civil, mas da inteira disciplina jurídica — não se poderia colocar a alternativa "cláusulas gerais ou não", devendo-se pensar na concomitância entre estas e a casuística pela mesma razão apontada.

A flexibilidade proporcionada pelas cláusulas gerais decorre de sua peculiar estrutura. A esta devem-se as funções que podem desenvolver no ordenamento codificado. Cabe, pois, examiná-las.

b. A estrutura da cláusula geral

Multifacetárias e multifuncionais, as cláusulas gerais podem ser basicamente de três tipos, a saber: a) disposições de **tipo restritivo,** configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico. É o caso, paradigmático, da restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual; b) de **tipo regulativo**, configurando cláusulas que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre com a regulação da responsabilidade civil por culpa; e, por fim, de **tipo extensivo**, caso em que servem para ampliar uma determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos. É exemplo o art. 7º do Código do Consumidor e o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, que reenviam o aplicador da lei a outros conjuntos normativos, tais como acordos e tratados internacionais e diversa legislação ordinária[32].

Seja qual for o tipo da cláusula geral, o que fundamentalmente a caracteriza é a sua peculiar estrutura normativa, isto é, o modo que conjuga a previsão ou hipótese normativa com as conseqüências jurídicas (efeitos, estatuição) que lhe são correlatas.

É bem verdade que o exame da estrutura das cláusulas gerais importa numa tomada de posição. Há os que, como Engish, entendem que as cláusulas gerais não possuem "*qualquer estrutura própria*" do ponto de vista metodológico[33], de maneira tal que estas não "existem" em sentido próprio,

30. O alerta é de Engish, segundo o qual, conforme o teor da regra formulada mediante a casuística e a regra formulada em cláusula geral, haverá esta relativização (*in* **"Introdução ao Pensamento Jurídico"**, cit., p. 190).

31. *In* **"A Parte Geral do Projeto Código Civil Brasileiro"**, Ed.Saraiva,1986, p. 24.

32. A tipologia é aludida por Menezes Cordeiro, *in* **"Da Boa Fé no Direito Civil", Tomo II, cit., p. 1184.**

33. **"Introdução ao Pensamento Jurídico"**, cit., p. 193.

nada mais constituindo do que normas ou preceitos jurídicos cujos termos são dotados de elevado grau de "generalidade". E há os que, como Cláudio Luzzati, afirmam que as cláusulas gerais constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas através da referência às regras extrajurídicas.

Consoante a primeira perspectiva de análise, as normas contidas em cláusulas gerais não exigiriam processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários[34]. Podem, nessa medida, ser tidas como normas jurídicas completas, constituídas por uma previsão normativa e uma estatuição, com a particularidade de a previsão normativa, *Tatbestand* ou *fattispecie*, não descrever apenas um único caso, ou um único grupo de casos, mas possibilitar a tutela de uma vasta gama ("generalidade") de casos definidos mediante determinada categoria ,indicada através da referência a um padrão de conduta (*v.g*, "*conforme aos usos do tráfego jurídico*"), ou a um valor juridicamente aceito (*v.g, boa-fé, bons costumes, função social do contrato)*.

Já o segundo vetor indica que as cláusulas gerais, do ponto de vista estrutural, constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas[35], de modo que a sua concretização exige que o juiz seja **reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração[36]. È**, portanto, o aplicador da lei, **direcionado** pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculadas à concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como **arquétipo exemplar da experiência social concreta.**

Este direcionamento ocorre porque, diferentemente das normas formadas através da técnica da casuística — cujo critério de valoração já vem indicado com relativa nitidez , sendo desenvolvido por via dos vários métodos de interpretação — a cláusula geral introduz no âmbito normativo no qual se insere um **critério ulterior de relevância jurídica,** à vista do qual o juiz seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com um determinado parâmetro e buscar, neste confronto, certas conseqüências jurídicas[37] que não estão predeterminadas. Daí uma distinção fundamental: as normas cujo grau de vagueza é mínimo, implicam que ao juiz seja dado tão somente o poder de **estabelecer o significado do enunciado normativo**; já no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual criando direito, **ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as conseqüências (estatuição) que entenda**

34. Idem, ibidem.

35. Claudio Luzzati, **"La Vaghezza.delle Norme,- un`analise del linguaggio giuridico"** Ed. Giuffrè, Milão, 1990, p. 314.

36. Nesse sentido Luigi Mengoni, **"Diritto Vivente"**, cit., p. 9.

37. Idem, p. 11.

correlatas à hipótese normativa indicada na cláusula geral [38].

Desta constatação deriva uma importante conclusão, a saber: a *incompletude* das normas insertas em cláusulas gerais significa que, não possuindo uma *fattispecie* autônoma, carecem ser progressivamente formadas pela jurisprudência, sob pena de restarem emudecidas e inúteis. Significa, também que **o juiz tem o dever, e a responsabilidade**, de formular, a cada caso, a estatuição, para o que deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos os elementos que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral[39].

Os elementos que preenchem o significado da cláusula geral não são, necessariamente, elementos jurídicos, pois advirão diretamente da esfera social, econômica ou moral. O seu recebimento pela cláusula geral torna-se compreensível se tivermos presente que esta constitui um **modelo jurídico complexo**[40] **e de significação variável.** É complexo porque, emoldurado em

38. É evidente que, em toda a interpretação, existe uma margem, mais ou menos relevante, de integração valorativa. Contudo, o grau de integração valorativa implicado na concreção da cláusula geral conduz a um poder criativo do juiz que inexiste, em medida similar, nas normas postas casuisticamente.

39. Um exemplo poderá clarear este ponto. Suponhamos que em determinado ordenamento não haja regra legislada similar à do art.51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, que apela à boa-fé para nulificar cláusulas contratuais abusivas. Suponhamos que haja, neste ordenamento, uma cláusula geral de correção e boa-fé vazada nos seguintes termos: *"Na conclusão e na execução do contrato as partes devem-se ater aos deveres da correção e boa-fé"*. Suponhamos que num contrato de compra e venda de unidade habitacional o vendedor, valendo-se de seu maior peso econômico, bem como da situação de necessidade vital que representa para o comprador a aquisição de casa própria, imponha àquele prestação objetiva e manifestamente desproporcional ou sem relação com o sinalagma contratual. Suponhamos, por fim que, inconformada, a parte compradora pretenda a nulidade da cláusula que impõe a prestação desproporcional e recorra ao tribunal X.À vista da mencionada cláusula geral, este tribunal dirá, por exemplo, que em matéria de compra e venda, contrato sinalagmático por excelência, serão nulas as cláusulas que estabeleçam vantagens que não guardem relação com o sinalagma, por atentarem contra a boa-fé objetiva que se impõe no tráfego negocial. Conforme as circunstâncias do caso, vinculará a espécie seja ao instituto da lesão enorme (*laesio enormis*), se ocorreu desproporção entre as prestações, manifestada contemporaneamente à conclusão contratual, ou à tese da base objetiva do negócio, se a desproporção ocorreu supervenientemente à conclusão, já na fase de execução contratual, à vista de circunstâncias externas, ou ainda, à teoria da imprevisão, ou a da excessiva onerosidade, conforme ditarem os elementos fáticos. O juiz será reenviado ao padrão do comportamento conforme à boa-fé. Deverá averiguar qual é a concepção efetivamente vigente, através de pesquisa jurisprudencial e doutrinária, pois não se trata de determinar, por óbvio, qual é a sua própria valoração — esta é apenas *"um elo na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele a tem de confrontar e segundo as quais, sendo caso disso, a deverá corrigir"* como afirma Engish (Introdução..., cit., p. 198). Poderá, então, sempre à vista das circunstâncias do caso concretamente considerado, e jamais *in abstracto*, determinar se o caso é de nulificação da disposição contratual, ou de sua revisão, ou ainda condenar a parte que agiu contrariamente à boa-fé ao pagamento de perdas e danos, se ocorreu dano ou, se em razão de circunstância superveniente a prestação for considerada impossível, por manifesta inutilidade, inclusive declarar o direito formativo extintivo de resolução contratual. Pouco a pouco a jurisprudência formará espécies de "catálogos de casos" em que foi similar a *ratio decidendi*, podendo estes se expressarem inclusive através de súmulas. Estes casos serão reconduzidos à cláusula geral que veda o comportamento contrário à boa-fé, adquirindo, assim, as normas decorrentes da dicção judicial o caráter de norma aplicável a outros casos em que se verificam circunstâncias idênticas ou similares ("norma geral"). Ter-se-á, pois, progressivamente, a regulação geral (no sentido oposto ao de particular) dos casos, sem que seja necessário traçar, na lei, todas as hipóteses e suas conseqüências, ocorrendo, por igual, a possibilidade da constante incorporação de novos casos.

40. Segundo a já mencionada concepção de Miguel Reale. Veja-se, entre outros trabalhos do mestre paulista, **O Direito como Experiência,** Ed. Saraiva, 1992. ensaio VIII, **Nova Fase do Direito Moderno,** Ed. Saraiva,1990, ensaio IX, e **Estudos de Filosofia e Ciência do Direito,** Ed. Saraiva, 1978, ensaio III, e a monografia **Fontes e Modelos,** já citada. Em apertadíssima síntese, os modelos jurídicos, que derivam das quatro fontes (a legal, a jurisprudencial, a consuetudinária e a negocial)

determinada fonte legislativa, tem a sua *fattispecie* completada por meio da concreção de elementos cuja origem **imediata** estará situada na fonte jurisprudencial, possuindo significação variável posto alterar-se, esta, *"em virtude de alterações factuais ou axiológicas conaturais às relações regradas*[41]*"*.

Um valor moral ou um determinado padrão de comportamento assim reconhecido como vinculante no mundo extra-jurídico e retirado da prática da sociedade civil, se considerado por si só, não é, por evidente, norma juridicamente aplicável. Contudo, mediado pela fonte jurisprudencial, constituirá o conteúdo — e, portanto, o critério de aplicabilidade — dos modelos previstos nas cláusulas gerais (fonte legislativa). É que a experiência jurídica, entendida em sua globalidade, da prática cotidiana à legislação, à sentença e às elaborações científicas, traduz estes temas para a específica instância do jurídico, de modo a torná-los efetivos na ordem prática. E são justamente as cláusulas gerais, em razão de sua peculiar estrutura, a **categoria formal** que permite a sua constante e flexível tradução.

c. As funções das cláusulas gerais

A função que é, em primeiro lugar, atribuída às cláusulas gerais, é a de permitir, num sistema jurídico de direito escrito e fundado na separação das funções estatais, a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz. O alcance para além do caso concreto ocorre porque, pela reiteração dos casos e pela reafirmação, no tempo, da *ratio decidendi* dos julgados, se especificará não só sentido da cláusula geral mas a exata dimensão da sua normatividade. Nesta perspectiva o juiz é, efetivamente, a *boca da lei* — não porque reproduza, como um ventríloquo, a fala do legislador, como gostaria a Escola da Exegese — mas porque atribui a sua voz à dicção legislativa tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance.

A voz do juiz não é, todavia, arbitrária, mas **vinculada.** Como já se viu, as cláusulas gerais promovem o reenvio do intérprete/aplicador do direito a certas pautas de valoração do caso concreto. Estas estão, ou já indicadas em outras disposições normativas integrantes do sistema (caso tradicional de reenvio[42]), ou são obje-

constituem espécies — *"especificações ou tipificações"*— das normas, podendo um modelo coincidir, por vezes, com uma única norma de direito, ou, em outras, ser compostos por várias normas. Contudo, não se pense que os modelos são protótipos ou "modelos ideais", abstratamente considerados. Longe disto, na concepção de Reale, este se apresentam dinâmicos, ligados à concretude da *"experiência normada"*, **constituindo a própria experiência social quando esta se torna estrutura normativa.** Por isto é que para que as normas — enquanto expressam modelos, ou quando a eles se reportam — possam ser captadas em sua plenitude é preciso que o intérprete atenda ***"à dinamicidade que lhes é inerente e à totalidade dos fatores que atuam em sua aplicação e eficácia ao longo de todo o tempo de sua vigência.*** (Para estas referências, vide **Fontes e Modelos,** cit., pp. 29 a 38).

41. Idem, p. 28

42. Discorda deste entendimento Michele Taruffo, segundo o qual a norma contida na cláusula geral não reenvia a uma outra norma ou princípio do ordenamento jurídico, mas para fora do ordenamento, ou seja, a outros critérios não fixados no sistema de normas jurídicas. A norma em questão deve ser, pois, heterointegrada, ou seja, preenchida com base em critérios metajurídicos que. *" segundo o lugar comum tradicional, existem na sociedade" (in* **"La giustificazione delle decisione fondade su standards"**, Materiali per una Storia della Cultura Giuridica, vol. XIX, nº 1, 1989, p. pág. 152). Esta é, contudo, uma concepção estreita de reenvio. A expressão abarca, como se viu, tanto a condução do juiz para fora do sistema quanto para dentro do sistema. Assim, exemplificativamente, o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor.

tivamente vigentes no ambiente social em que o juiz opera (caso de direcionamento). A distinção deriva da circunstância de, em paralelo ao primeiro e tradicional papel, estar sendo hoje em dia sublinhado o fato de as cláusulas gerais também configurarem **normas de diretiva**, assim concebidas aquelas que não se exaurem na indicação de um fim a perseguir, indicando certa medida de comportamento que o juiz deve concretizar em forma **generalizante** , isto é, com a função de uma **tipologia social**[43]. Aí está posta, pois, a segunda grande função das cláusulas gerais, que é a de permitir a mobilidade externa do sistema.

Conquanto tenham estas cláusulas função primeiramente individualizadora — conduzindo ao direito do caso — têm , secundariamente, função generalizadora, permitindo a formação de **instituições** *"para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito"*[44]. Assim, exemplificativamente, da cláusula geral da boa-fé são gerados os institutos da *supressio*, da *surrectio*, e a própria doutrina da responsabilidade pré-negocial, em seu perfil atual[45].

Atuam, ainda — e esta é relevantíssima função, nem sempre bem percebida — como **elemento de conexão** ou **"lei de referência"** para oportunizar, ao juiz, a fundamentação da sua decisão de forma relacionada com os **casos precedentes**. Figure-se por exemplo, num sistema no qual inexista cláusula geral em matéria de direito dos contratos, o julgamento de uma variedade de casos em que os magistrados decidam ter havido inadimplemento contratual por parte de um ou de ambos contratantes, partes no litígio, pela infringência de certos deveres de conduta, positivos ou negativos, não previstos nem na lei nem no contrato. Uma tal decisão pode vir fundada, pelo juiz "A" numa referência à equidade; pelo juiz "B" , ao princípio que veda o abuso do direito; pode outro juiz aludir, genericamente, aos princípios gerais do direito, e ainda outro pode buscar, para fundar o *decisum*, mesmo um princípio pré-positivo, ainda inexpresso legislativamente. Um último, por fim, imporá os mesmos deveres com base numa interpretação integradora da vontade contratual.

Em todas estas situações a sentença poderá estar adequadamente fundamentada. Contudo, ninguém discutirá que a dispersão dos fundamentos utilizados dificultará sobremaneira a pesquisa dos precedentes, pois será quase impossível visualizar a identidade da *ratio decidendi* existente em todos os exemplos acima figurados, *"a menos que seja facultado* (ao juiz do caso atual) *consultar toda a matéria de que se serviu o juiz* (dos casos precedentes) *na sua integralidade*[46], o que se afigura, na prática, fantasioso. Mas é preciso convir que a diversidade dos fundamentos elencados não só problematiza a pesquisa

43. Mengoni, **"Diritto Vivente"**, cit, p. 13.

44. Clóvis do Couto e Silva, **O Princípio da Boa-Fé no Direito Civil Brasileiro e Português**, Ed. RT, São Paulo, 1986, pág. 53.

45. Para este exame, consulte-se Menezes Cordeiro, **Da Boa-Fé...**, cit., pág. 797 a 836 e 586 a 602.

46. Clóvis do Couto e Silva, **O Princípio da Boa-Fé...**, cit., p.62.

jurisprudencial, como, por igual, o progresso do Direito — pela dificuldade na reiteração da hipótese nova —, impedindo a sistematização da solução inovadora. Por isto à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como o **ponto de referência entre os diversos casos** levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes.

Tem ainda as cláusulas gerais a função de permitir à doutrina operar **a integração intra-sistemática** entre as disposições contidas nas várias partes do Código Civil — a "mobilidade interna", a qual consiste, nas palavras de Couto e Silva, *"na aplicação de outras disposições legais para a solução de certos casos, percorrendo às vezes a jurisprudência um caminho que vai da aplicação de um dispositivo legal para outro tendo em vista um mesmo fato"*[47]. Por fim, viabilizam a **integração inter-sistemática,** facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição[48] e as leis especiais. É que, em razão da potencial variabilidade do seu significado, estas permitem o permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre esses corpos normativos, evitando não só a danosa construção de paredes internas no sistema, considerado em sua globalidade, quanto a necessidade de a eficácia da Constituição no Direito Privado depender da decisão do legislador do dia[49]. Com efeito, em alargado campo de matérias — notadamente os ligados à tutela dos direitos da personalidade e à funcionalização de certos direitos subjetivos —, a concreção das cláusulas gerais insertas no Código Civil com base na jurisprudência constitucional acerca dos direitos fundamentais evita os malefícios da inflação legislativa, de modo que, ao surgimento de cada problema novo, não deva, necessariamente, corresponder nova emissão legislativa.

Tenho ser esta, hoje, a mais relevante função das cláusulas gerais, pois viabilizará a compreensão do conceito contemporâneo de **sistema,** o que se apresenta relativamente **aberto** (viabilizando a introdução de novas hipóteses, sem contudo, dispersar-se na cacofonia assistemática), **móvel** (marcado pelo dinamismo entre as hipóteses que contempla nas suas várias partes) **e estruturado em graus escalonados de privatismo e publicismo**[50]. Como assegura Clóvis do Couto e Silva, o Direito exige o assentamento de um núcleo valorativo e de uma técnica relativamente unitária ou comum[51] entre os vários con-

47. Idem, p. 50, nota 13.

48. Tratou excelentemente desta relação Teresa Paiva de Abreu Trigo de Negreiros, **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, dissertação de Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da PUC-RJ, 1997, inédita.

49. Acerca das relações entre Constituição e Direito Privado, e a efetividade, na legislação ordinária, dos princípios fundamentais, veja-se Konrad Hesse, **Derecho Constitucional y Derecho Privado,** trad., de Ignácio Gutierrez Gutierrez, Ed. Civitas, Madri, 1995 e Dieter Grimm, **La Constitución como Fuente del Derecho,** *in* **Las Fuentes del Derecho,** Anuario de la Faculdad de Derecho Estudi General de Leida, 1983, p.13 e ss.

50. Veja-se Ludwig Raiser, **Il Futuro del Diritto Privato,** *in* **Il Compito del Diritto Privato,** trad. Italiana de Cosimo M. Mazzoni e Vincenzo Varano, Ed., Giuffrè, Milão, 1990.

juntos normativos que o compõem, pena de incompreensibilidade absoluta e, inclusive, inaplicabilidade, no Direito Privado, dos valores e diretivas constitucionais. As cláusulas gerais permitem facilitar esta migração, viabilizando a inflexão ponderada, no ordenamento privado, dos princípios da Constituição, sabendo-se hoje que as esferas do Direito público e do Direito privado não estão seccionadas por intransponível muro divisório, antes consistindo, como percebeu Miguel Reale, *"duas perspectivas ordenadoras da experiência jurídica (...) distintos, mas substancialmente complementares e até mesmo dinamicamente reversíveis*[52], por forma a ensejar a **dialética da complementaridade**[53], e não mais a **dialética da polaridade**[54].

Nesta perspectiva, se a crítica hoje operada à codificação reside na inadequação dos códigos, por sua rigidez, para apreender as velocíssimas e surpreendentes mudanças da tipologia social, nada mais adequado que o Código Civil, na contemporaneidade, contemple este modo de legislar. Assim o faz o Projeto do Código Civil ora em tramitação na Câmara dos Deputados.

II. As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil

A missão de apreender e disciplinar as tipologias sociais relevantes na vida civil, permitindo a captura, incessante e progressiva, das novas realidades foi o escopo da metodologia seguida pelos autores do Projeto do Código Civil. Assim expressa o Relator do Projeto no Senado Federal, Senador Josaphat Marinho, já nas primeiras linhas do Parecer pela aprovação: *(...) o Projeto de Código Civil em elaboração no ocaso de um para o nascer de outro século, deve traduzir-se em* ***fórmulas genéricas e flexíveis****, em condições de resistir ao embate de novas idéias"*[55] *(...)*, seguindo pensamento manifestado pelo presidente da Comissão Elaboradora do Projeto, Miguel Reale, já em 1975, na Exposição de Motivos apresentada ao Ministro da Justiça.

Afirmava desde então o insigne Professor a necessidade de a codificação do direito privado, nos dias atuais, apresentar-se não mais modulada, metodologicamente, em modelo rígido, revelando-se, antes, através de uma **modelos abertos,** expressos mediante uma *"estrutura normativa concreta (...), destituída de qualquer apego a meros valores formais abstratos"*, o que seria alcançado se plasmadas, no Código, *"soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com freqüente apelos a* ***conceitos integradores da compreensão ética,*** *tal como os de boa-fé, eqüidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações, etc.,"*[56].

Por igual, outros integrantes da aludida Comissão, nomeadamente, José Carlos Moreira Alves e Clóvis do Couto e Silva, verberaram, em trabalhos acerca da proposta da nova lei civil, o caráter estruturalmente inovador de certas normas. Assim, Couto e Silva expressamente manifestou:

> *"O pensamento que norteou a Comissão que elaborou o projeto do Código Civil brasileiro foi o de realizar um Código central, no sentido que lhe deu Arthur Steinwenter, sem a pretensão de nele incluir a totalidade das leis em vigor no País (...). O Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É* ***que a linguagem é outra, e nela se contém "cláusulas gerais", um convite para uma atividade judicial mais criadora,*** *destinada a complementar o corpus juris vigente com novos princípios e normas".*[57]

José Carlos Moreira Alves, por sua vez, há mais de uma década, alertava para o fato de a inserção das cláusulas gerais promover a mudança da concepção filosófica do novo Código por meio de alterações formalmente diminutas, exemplificando com a concepção de propriedade, de tal maneira que, *"com dois artigos apenas passou-se da propriedade individualista para a propriedade com função social"*[58].

Sendo este o pensamento dos autores do Anteprojeto, bem como o do Relator do Projeto no Senado, nada mais natural que o texto venha à público pleno de cláusulas gerais. É preciso, agora, que a doutrina e a jurisprudência as reconheçam e apontem as suas potencialidades, não as tomando como fórmulas vazias, preceitos destituídos de valor vinculante ou meros conselhos ao intérprete, como poderiam parecer a um pensamento exegético.

As cláusulas gerais não estão uniformemente dispersas no Projeto, e nem poderiam estar, pois é da natureza do Direito Civil conter campos que requerem maior ou menor ductilidade. A Parte Geral, destinando-se a *"fixar os parâmetros de todo o sistema"* — como afirmou José Carlos Moreira Alves — vem marcada pelo propósito *"de máximo rigor conceitual"*[59]. Abriga, mesmo assim, ponderável número de normas abertas ou semanticamente vagas, inclusive fazendo remissão a princípios ou

51. *In* **O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro,** Revista Ajuris no 40, Porto Alegre, 1987, p. 128.
52. Miguel Reale, **"Lições Preliminares de Direito"**, cit, p. 6.
53. O conceito é central na obra de Miguel Reale, que explica a dialética da complementaridade como "a correlação permanente e progressiva entre dois ou mais fatores, os quais não se podem compreender separados um do outro, sendo ao mesmo tempo um deles irredutível ao outro, de tal modo que os elementos da relação só logram plenitude de significado na unidade concreta da relação que constituem, enquanto se correlacionam e daquela unidade participam"(ver **Fontes e Modelos,** cit., p. 7)
54. Também Hesse acena à relação de recíproca complementaridade e dependência entre o Direito Constitucional e o Direito Privado em nossos dias, acenando à mudança nessa realação, correspondente à mudança das funções, das tarefas e da qualidade de cada um destes setores jurídicos. Ver **Derecho Constitucional y Derecho Privado,** cit., p.p. 69 e 70.
55. Parecer Final ao Projeto do Código Civil, cit., item 26.

56. Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil", 1975, *in* **O Projeto de Código Civil – Situação atual e seus problemas fundamentais,** Ed. Saraiva, São Paulo, 1986, p. 84, grifos meus. No mesmo trabalho, averbou ainda conter o Código projetado preceitos *"que, à primeira vista, podem parecer de mero valor ético, mas que, tendo como destinatário primordial o juiz, consubstanciam exigências de eqüidade, de amparo aos economicamente mais fracos, ou de preservação às forças criadoras do trabalho"*.
57. **O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro,** *in* Revista Ajuris no 40, Porto Alegre, 1987, p. 128. O texto reproduzido está às páginas 148 e 149, grifei.
58. *In* **A Parte Geral do Projeto do Código Civil Brasileiro,** Ed. Saraiva, 1986, pág. 27
59. Idem, p. 7.

direcionando o juiz à pesquisa de elementos econômicos e sociais [60].

É nos Livros concernentes ao Direito de Família e ao Direito das Obrigações — este abrangendo também as obrigações de caráter mercantil, consoante modelo que havia sido traçado pioneiramente por Teixeira de Freitas[61] — que encontraremos, em paralelo às normas marcadas pela estrita casuística, a maior parte das cláusulas gerais. Limito-me, por ora, ao exame de apenas duas das cláusulas gerais que comandam o comportamento contratual, a saber, as da **função social do contrato** (art. 421), **probidade e boa-fé objetiva** (art.421[62]), registrando só que as mesmas não esgotam a disciplina do campo contratual, no qual incidem ainda as cláusulas gerais do **comportamento segundo os usos do tráfego** (art. 112)e as da **reparação de danos, por culpa** (arts. 185 e 929, *caput*) **e por risco** (art. 926, parágrafo único).

a. Função social do contrato

"*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*". Esta norma, posta no art. 420 do Projeto do Código Civil constitui a projeção, no específico domínio contratual, do valor constitucional expresso como **garantia fundamental** dos indivíduos e da coletividade que está no art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, uma vez que o contrato tem, entre outras funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade. Se a esta não é mais reconhecido o caráter absoluto e sagrado, a condição de direito natural e inviolável do indivíduo, correlatamente ao contrato também inflete o cometimento — ou o reconhecimento — de desempenhar função que traspassa a esfera dos meros interesses individuais.

A atribuição de uma função social ao contrato não deveria, pois, já por isto, ser objeto de estranhamento. Até porque, uma tal atribuição insere-se no movimento da **funcionalização dos direitos subjetivos**, o qual, há muitas décadas, já não seria novidade em doutrina e mesmo no plano legislativo, bastando recordar a célebre fórmula[63] que, uma vez posta na Constituição de Weimar, ingressou nas Constituições do século XX como tentativa de buscar "*um novo equilíbrio entre os interesses dos particulares e necessidades da coletividade*"[64].

60. Veja-se em especial a regra acerca da privacidade (art. 21) que confere mandato ao juiz para adotar as "*providências necessárias*" à manutenção da integridade da vida privada; as normas dos artigos 112 (interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé) ; 137 (*standard* da "normal diligência" na apreciação do erro; 186 (traça os contornos, alargados, da ilicitude por abuso de direito, a qual se caracteriza inclusive pela prática de ato desviado do seu fim econômico e social, ou que ultrapassa os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes). (Para estas referências, consultei o texto da Redação Final do Projeto, editado pelo Senado Federal, 1997).

61. Ao contrário do que por vezes se afirma, o modelo do Projeto não se confunde com o do direito italiano ou do suiço. Adotou-se a unificação apenas no Direito das Obrigações, parte "especializada "em relação à Parte Geral, enquanto que o modelo italiano, além de não conter Parte Geral, estende a unificação também ao Direito do Trabalho.

62. As referências reportam-se ao texto aprovado no Senado Federal em dezembro de 1997.

63. "*A propriedade obriga*" (art. 150 da Constituição de Weimar).

64. Neste sentido, Francesco Galgano, **Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione,** Ed. Zanichelli, Bolonha, 2ª, edição, p.152, traduzi.

Atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função[65] e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo "*mito jusnaturalista*" [66] que a recobrira na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao *status* de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo[67]. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.

Frase dita e repetida indica que "*o contrato é a veste jurídica das operações econômicas*", de modo que constitui sua função primordial **instrumentalizar a circulação da riqueza,** a transferência da riqueza, atual ou potencial, de um patrimônio para outro[68]. A constituição econômica de uma sociedade, todos o sabemos, não é matéria de interesse individual, ou particular, mas atinge — e interessa — a todos. O contrato, veste jurídica das operações de circulação de riqueza, tem, inegavelmente, função social[69].

Recoberta na codificação oitocentista, da qual o vigente Código Civil é reflexo, pelo preeminência do princípio da liberdade contratual em sua face mais individualista e quase absoluta, esta função não poderia ser esquecida num, um Código que é marcado, como o atual Projeto, pela **diretriz da socialidade**[70], isto é, pela "*colocação das regras jurídicas num plano de vivência social*", pela " *aderência à realidade contemporânea*", fazendo prevalecer "*os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana*" como aludiu Miguel Reale, ao apresentar o Anteprojeto e como reafirmou em texto recente[71]. Significa com isto afirmar que o contrato, expressão privilegiada da autonomia privada, ou poder negocial[72] não deve

65. Vide Mario Júlio de Almeida Costa, **Direito das Obrigações,** Ed. Almendina, Coimbra, 5ª edição, p. 60 e ss.

66. A expressão é de Vitorio Frosini, **Le transformazioni sociali e il diritto soggetivo,** Riv. Inter. Di Filosofia del Diritto, 1968, I, Milão, pág.114.

67. Idem, ibidem.

68. Ver Enzo Roppo, **O Contrato,** trad., de Ana Coimbra e M. Januário Gomes, Ed. Almendina, Coimbra, 1988, pp. 10 e ss.

69. É preciso, contudo, não confundir a função do contrato com a função ideológica do contratualismo e a função ideológica do conceito de contrato. Ver Enzo Roppo, **O Contrato,** trad., de Ana Coimbra e M. Januário Gomes, Ed. Almendina, Coimbra, 1988, pp. 29 e ss, Nicolò Lipari., **Derecho Privado – un ensayo para la enseñanza,** Ed. Real Colegio de España, Bolonha, 1989, pp.285 e ss e P. S. Atiyah, **The rise and fall of Freedom of Contrac, Clarendon Press, Oxford, 1979,** clássico no exame da perspectiva histórica da responsabilidade pela promessa contratual, e a vinculação daí decorrente. Escrevi sobre o tema em **Noção de Contrato na História dos Pactos,** public., *in* **Uma vida dedicada ao Direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o Editor dos Juristas,** Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, pp. 497 a 513.

70. A expressão é de Miguel Reale, *in* **O Projeto do Código Civil,** cit., p. 9.

71. Visão Geral do Projeto do Código Civil, São Paulo, março de 1998, inédito.

72. A expressão "poder negocial", de Miguel Reale, remete à concepção kelseniana do poder normativo derivado da autonomia privada. Na concepção de Reale, aqui adotada, o poder negocial, que dá origem às cláusulas do contrato, é correlato à fonte negocial de produção de normas jurídicas. Ver **O Projeto do Código Civil,** e **Fontes e Modelos...,** ambos citados.

mais ser perspectivado **apenas** como a expressão, no campo negocial, daquela autonomia ou poder, mas como o instrumento que, principalmente nas economias de mercado, mas não apenas nelas[73], instrumentaliza a circulação da riqueza da sociedade.

Colocada no pórtico da disciplina contratual, formando *"quase que um preâmbulo de todo o direito contratual"*[74], a cláusula geral da função social do contrato é multifuncional, por isto inserindo-se, consoante a tipologia acima indicada, em dupla categoria, a saber, a das cláusulas gerais de tipo restritivo e as de tipo regulativo. Este ponto deve ser bem marcado, porque seria intolerável empobrecimento o confiná-la apenas à função de restringir, em certos casos, e para certos efeitos, o princípio da liberdade contratual.

A função social é, evidentemente, e na literal dicção do art. 420, uma **condicionante** posta ao princípio da liberdade contratual, o qual é reafirmado, estando na base na disciplina contratual e constituindo o pressuposto mesmo da função (social) que é cometida ao contrato. Ao termo condição pode corresponder uma conotação adjetiva, de **limitação** da liberdade contratual. Nesse sentido, a cláusula poderá desempenhar, no campo contratual que escapa à regulação específica do Código de Defesa do Consumidor, funções análogas às que são desempenhadas pelo art. 51 daquela lei especial, para impedir que a liberdade contratual se manifeste sem peias. Na sua concreção o juiz poderá, avaliadas e sopesadas as circunstâncias do caso, determinar, por exemplo, a nulificação de cláusulas contratuais abusivas, inclusive para o efeito de formar, progressivamente, catálogos de casos de abusividade.

Contudo, considerar a norma do art. 420 apenas uma restrição à liberdade contratual seria acreditar que esta constitui um princípio absoluto, o que constitui uma falácia há muito desmentida. Por isto entendo estar cometida àquela norma também uma conotação substantiva, vale dizer, de **elemento integrante do conceito de contrato.** É por ser este dotado de função social que a liberdade contratual encontra limites. É pelo mesmo motivo que esta é regularmente exercida.

Integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso específico, que é o de entender-se a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma "exceção" a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito. Deste modo, o princípio da função social, que proclamado na Constituição, aí poderia remanescer como *"letra morta"* transforma-se, como afirmou Reale, *"em instrumento de ação no plano da lei civil"*[75]. Há, portanto, uma valor **operativo,** regulador da disciplina contratual que deve ser utilizado não

73. A propósito das funções do contrato na economia socialista, ver Denis Tallon, **L'évolution des idées en matière de contrat: survol comparatif,** *in* Droits, 12, 1990, p. 81 e ss.

74. Miguel Reale, **O Projeto...,** cit., p. 10.

75. **O Projeto...,** cit., p. 9, ao tratar da diretriz da socialidade no campo da propriedade, mas estendendo a observação ao contrato.

apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Em outras palavras, a **concreção especificativa** da norma, ao invés de já estar pré-constituída, pré-posta pelo legislador, há de ser construída pelo julgador, a cada novo julgamento, cabendo relevantíssimo papel aos casos precedentes, que auxiliam a fixação da hipótese e à doutrina, no apontar de exemplos.

É natural que, num primeiro momento, esta opção metodológica cause certa perplexidade, tendo em vista o cânone fundamental da certeza jurídica. Este, no entanto, não é absoluto, sendo relativizado, em numerosas hipóteses, pelo princípio superior da justiça material, do qual a função social do contrato é legítima e forte expressão.

O direito dos contratos vem, na disciplina do Projeto, também informado pelo princípio da boa-fé, aposto na cláusula geral do art. 421, segundo o qual " *os contratantes* ***são obrigados*** *a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"*[76].É tempo de examiná-la.

b. A cláusula geral da boa-fé objetiva.

Na tradição do direito brasileiro, é conotada à expressão "boa-fé" a acepção subjetiva, assim constando do vigente Código, entre outras passagens, as normas dos artigos 221, *caput* e parágrafo único e 490, *caput* e parágrafo único. Contudo, a norma do art. 421 do Projeto trata da boa-fé em acepção objetiva. Desde logo cabe, pois, distingui-las.

Como averbei em trabalhos anteriores[77], a expressão "boa-fé subjetiva" denota *"estado de consciência" ou convencimento individual de obrar* (a parte) *em conformidade ao direito* (sendo) *aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória.* Diz-se "subjetiva" justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a **intenção** do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

Já por "boa-fé objetiva" se quer significar — segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao parágrafo 242 do Código Civil Alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos — modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico segundo o qual *"**cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade**"*[78]. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se

76. Grifos meus.

77. **Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980,** Revista de Informação Legislativa do Senado Federal nº 126, Brasília, 1995, p. 120 e **Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro,** Ver. Direito do Consumidor, vol. 3, Ed. RT, São Paulo, 1992, p. 141.

78. A expressão é de Ernesto Wayar, in **Derecho Civil-Obligaciones,** Tomo I, p. 19.

admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo[79], o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um **padrão objetivo de conduta**, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.

Insisto neste ponto, que é de capital importância para que se possa vir a retirar da norma do art. 421 do Projeto toda a sua potencialidade. A boa-fé subjetiva denota primariamente a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as já aludidas hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente, etc.,). Pode denotar, secundariamente, a idéia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado. Assim sendo, a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição "egoística" à literalidade do pactuado.

Diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica (*Treu und Glauben*)[80]: a boa-fé como **regra de conduta** fundada na honestidade, na retidão, na lealdade, e, principalmente, **na consideração para com os interesses do *alter*, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado**. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação contratual.

A importância da boa-fé, na acepção objetiva, está em que a mesma atua, no campo contratual, na tríplice direção de **norma de interpretação e integração** do contrato[81], que concorre, entre outras funções, para determinar o comportamento devido; de **limite** ao exercício de direitos subjetivos — sistematizando e especificando casos que, na ausência da cláusula geral, estariam dispersos entre vários institutos diversos[82] — e **fonte autônoma de direitos, deveres e pretensões às partes contratantes**, os quais passam a integrar a relação obrigacional em seu dinâmico processar-se, compondo-a como uma "totalidade concreta"[83].

Com efeito, da boa-fé nascem, mesmo na ausência de regra legal ou previsão contratual específica[84], os deveres, anexos, laterais ou instrumentais[85] de consideração com o *alter*, de proteção , cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte; de colaboração para o correto adimplemento do contrato; de informação, aviso e aconselhamento; e os de omissão e segredo, os quais, enucleados na conclusão e desenvolvimento do contrato,

79. Esta conotação da boa fé objetiva tem raízes no antigo direito alemão, em especial na prática comercial, conotando o dever de consideração para com o *alter*, de onde a boa fé, mormente se inserida em cláusula geral, como ocorre no § 242 do BGB, se aloca como fonte de criação de deveres, *v.g*, os chamados deveres anexos de conduta, e como marco ou limite ao exercício de direitos subjetivos, exemplificativamente, a *exceptio doli* e a proibição do uso abusivo da posição jurídica. Acepção diversa lhe é conferida no ambiente juscultural francês, ou de influência francesa, na qual a boa fé, em matéria obrigacional, é vista como fórmula de reforço à vinculabilidade do pactuado. Na origem da diferença está o maior peso da influência do direito canônico, no direito francês, recolhendo Domat e Pothier essa tradição que contrapunha à boa fé ao pecado, de mentira ou descumprimento da promessa feita. Para este exame consulte-se A. Manoel Menezes Cordeiro, **Da Boa Fé no Direito Civil,** Livraria Almendina, Coimbra, 1984, 2 vols., e Domenico Corradini,**Il Criterio della Buona Fede e la Scienza del Diritto Privato,** Milão, Giuffrè, 1970.

80. Com efeito, no direito alemão, inclusive o pré-codificado, a boa-fé seguiu trajetória absolutamente peculiar, em nada similar ao caminho seguido, por exemplo, pela concepção francesa da boa-fé, na qual ainda ecoam ecos da acepção canônica e do Iluminismo. Para este exame ver, por todos, Menezes Cordeiro, op. Cit., pp. 253 a 267.

81. Clóvis do Couto e Silva, **A obrigação como processo,** cit., p. 32.

82. Na coibição de comportamentos abusivos pode o juiz recorrer as mais variadas normas, tais como as que vedam o abuso do direito, o enriquecimento sem causa, a quebra do sinalagma contratual, podendo ainda apelar à equidade. Estes caminhos, contudo, a par de dispersarem a sistematização das decisões, estão ainda marcados pela perspectiva subjetivista, marcada pela relação entre o dogma da vontade e a construção do direito subjetivo como a sua mais relevante projeção. Por isto a tendência de sistematizar tais hipóteses através do recurso à boa-fé objetiva, como demonstra Menezes Cordeiro, *in* **Da Boa-Fé...,** cit., pp. 661 a 718, 837 e ss, e 1294 e ss, reconduzindo a esta cláusula geral as figuras do *venire contra factum proprium, exceptio doli, exceptio non adimpleti contractus e exceptio non rite adimpleti contractus, tu quoque, etc.*

83. Clóvis do Couto e Silva, **A Obrigação como Processo,** cit., p. 8, Veja-se, a propósito, o estudo de Maria Cláudia Mércio Cachapuz, **O Conceito de Totalidade Concreta aplicado ao sistema jurídico aberto,** *in* Ajuris, vol. 71, p. 108.

84. São ditos, por isto, "avoluntarísticos", como refere Giovanni Maria Uda, *in* **Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corrispettività delle prestazione,** Rivista di Diritto Commerciale, 1990, 4, p. 309.

85. Em cada relação contratual situam-se certos deveres de prestação, os quais subdividem-se nos chamados **deveres principais**, ou **deveres primários de prestação,** os **deveres secundários** e os **deveres anexos, laterais, ou instrumentais.** Como ensina Mota Pinto, "*O dever de prestação é o elemento decisivo que dá o conteúdo mais significativo à relação contratual e determina o seu tipo,*(dirigindo-se) *a proporcionar ao credor uma determinada prestação (positiva ou negativa)* (definindo-se) *corretamente como um direito a uma prestação dirigido ao devedor*". (**Cessão de Contrato,** cit., p. 278). Constitue, portanto, o núcleo da relação obrigaciona. Contudo, os deveres primários não esgotam o conteúdo da relação obrigacional, notadamente a contratual, na qual coexistem, ainda, os **deveres secundários** e os **deveres laterais, anexos** ou **instrumentais. Os deveres secundários,** por sua vez, subdividem-se em duas grandes espécies,: os **deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal,** que se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a prestação principal e os **deveres secundários com prestação autônoma,** os quais podem revelar-se como verdadeiros sucedâneos da obrigação principal, podendo, ainda, ser autônomos ou coexistentes com o dever principal (*v.g*, o dever de indenizar, por mora ou cumprimento defeituoso, que acresce à prestação originária). O que aqui importa destacar, contudo, são os **deveres instrumentais,** ou **laterais,** ou **deveres acessórios de conduta, deveres de conduta, deveres de proteção** ou **deveres de tutela,** expressões todas que se reportam, direta ou indiretamente, às denominações alemãs *Nebenpflichten* (Esser), a qual é predominante na doutrina de língua portuguesa, *Schultzpflichten* (Stoll) e *weitere Verhaltenspflichten* (Larenz), uma vez ter sido a doutrina germânica a pioneira em seu tratamento. Estes deveres instrumentais, assinala Mario Júlio de Almeida Costa (**Direito das Obrigações,** cit., p. 57) são derivados ou de cláusula contratual, ou de dispositivo da lei "*ad hoc*" **ou da incidência da boa-fé objetiva.** Podem situar-se autonomamente em relação à prestação principal, sendo ditos "avoluntarísticos" nos casos de inidoneidade da regulamentação consensual para exaurir a disciplina da relação obrigacional entre as partes (Assim, Giovanni Maria Uda, *in* **Integrazione del contratto,** cit., p.309) São ditos, geralmente, "deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses", e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor. (Utilizei a classificação dos deveres laterais proposta por Siebert/Knopp, *in* **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen",** 10ª Ed., Stuttgart/Berlin/Mainz, 1967, vol.II, **Schuldrecht,**I (§§ 241-610), comentário ao § 242, p.p. 44 e ss, *apud* Mario Júlio de Almeida Costa, **Direito das Obrigações,** cit., p. 58, nota 1. A mesma classificação encontra-se em Mota Pinto, **Cessão...,** cit., em especial p.p. 278 a 288). Ao ensejar a criação destes deveres, a boa-fé atua, como se vê, como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização, independentemente da regulação voluntariamente estabelecida.

situam-se, todavia, também nas fases pré e pós contratual, consistindo, em suma, na adoção de *"determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato (...) dada a* **relação de confiança** *que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da contratação"*[86].

O que importa bem sublinhar é que, constituindo deveres que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, como ocorre com os deveres secundários. Estão, antes, referidos ao **exato processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional**, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente. Dito de outro modo, os deveres instrumentais *"caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes"*, servindo, *"ao menos as suas manifestações mais típicas, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato (...)"*.[87]

O direito comparado, mas principalmente o direito alemão, é rico em exemplificar as funções da boa-fé objetiva[88]. O mais célebre exemplo de cláusula geral, paradigmático, até, pela constância com que é lembrado e pela relevantíssima função que, desde o início deste século, tem cumprido, é o parágrafo 242 do Código Civil alemão, assim redigido:

> § 242: O devedor deve (está adstrito a) cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego jurídico[89].

Hoje em dia se afirma que o parágrafo 242 veio a constituir o elemento fundamental para uma compreensão *"absolutamente nova"* da relação obrigacional, transformando o conceito de sistema e a própria teoria tradicional das fontes dos direitos subjetivos e dos deveres, na medida em que limitou extraordinariamente a importância da autonomia da vontade[90]. Aceita-se, por igual, que a boa-fé possui *"um valor autônomo, não relacionado com a vontade"*, razão pela qual *"a extensão do conteúdo da relação obrigacional já não se mede com base somente nela, e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente o regramento do negócio jurídico com a admissão de um dinamismo que escapa, por vezes, até ao controle das partes"*[91]. Não foi este, contudo, o sentido que lhe foi conferido originalmente pelos autores do BGB.

86. Mota Pinto, **Cessão de Contrato,** cit., p. 281, grifei.

87. Idem, ibidem.

88. Para uma síntese, veja-se o trabalho de Ubirajara Mach de Oliveira, **Princípios Informadores do Sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva,** *in* Ajuris, vol. 70, pp. 154 a 215.

89. Conforme a tradução de Menezes Cordeiro, que acentua a particularidade da discutida expressão "costumes do tráfego" (*Verkehrssitte*) como constituindo algo " *mais do que meros usos, mas menos do que Direito consuetudinário"* (op. cit., p. 325, nota 206). No original:" *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu berwirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*".

90. Assim, Clóvis do Couto e Silva, **"O Princípio da Boa-Fé no Direito Civil Brasileiro e Português"**, *in* **"Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português"**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, em especial pp. 44, 46 e 54.

Com efeito, a inserção deste tipo de norma[92] num código formado e modelado pela Pandectística poderia surpreender. Não haverá surpresa ao saber que a aprovação do BGB em 18 de agosto de 1896 deu-se em meio a fortes críticas ao *"caráter elástico"* de algumas de suas disposições e ao apelo "demasiadamente freqüente", aí implicado, ao *"poder discricionário do juiz*[93]". Lê-se, nos *Motive*, a propósito do parágrafo 138, que prevê a nulidade do negócio jurídico por contrariedade aos bons costumes (*guten Sitten*) que a regra mencionada, não obstante considerada *"um passo adiante significativo da legislação"*, não obstaria certa *"perplexidade"*, porque " *à valoração do juiz está reservado um espaço até hoje desconhecido em matéria jurídica assim tão ampla"*[94].

É certo que, no pensamento dos redatores do BGB as cláusulas gerais não eram tidas como dispositivos especificamente destinados a atribuir aos juizes poderes de criação normativa similares ao do pretor romano, assinalando Clóvis do Couto e Silva que o parágrafo 242 *"não significava outra coisa senão mero reforço ao parágrafo 157, no qual se determinava a regra tradicional de interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé"*[95]. No primeiro projeto do BGB, as disposições do atual parágrafo 242, bem como a do parágrafo 157[96], incluíam-se no texto de outro parágrafo, o de número 359, assim redigido: *"O contrato obriga os contraentes ao que, pela determinação da natureza do contrato, segundo a lei e os costumes do tráfego, assim com consideração pela boa-fé, resulte como conteúdo de sua vinculação"*[97], justificando-se a disposição do seguinte modo:

> *"Através dele* (o parágrafo 359) *não são apenas dados certos pontos de referência para a averiguação das vinculações que nascem de contratos concretos; exprime-se antes, sobretudo, o princípio prático e importante de que o tráfego negocial hoje é dominado pela consideração da boa-fé e, de que, quando esteja em causa a determinação do conteúdo de um contrato ou das vinculações dele resultantes para as partes, deve tornar-se essa consideração, em primeira linha, como fio condutor"*[98].

91. Idem, p. 54.

92. São também tradicionalmente apontados como modelos de cláusulas gerais no BGB, os parágrafos 138 e 826, assim redigidos: § 138: *O ato jurídico contrário aos bons costumes é nulo* ; § 826: *Aquele que objetivou prejudicar alguém por meio de atitudes contrárias aos bons costumes, é obrigado a reparar o dano".*

93. Assim relata Raoul de la Grasserie, **Code Civil Aleman, Introduction,** p. XVI. Ver, por igual, Franz Wieacker, **"História do Direito Privado Moderno"**, Ed. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980, p. 536 e ss.

94. Conforme Carlo Castronuovo, *in* **"L'avventura delle clausole generale"**, Riv. Crit. Dir. Privato, 4, 1986, p. 24, com remissão aos **"Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches"**, Berlim, 1896, I, p. 211.

95. Ver **"O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português"**, cit., p. 46.

96. *"Os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego"*, conforme tradução de Menezes Cordeiro, **"Da Boa-Fé..."**, cit, p. 325.

97. Conforme tradução de Menezes Cordeiro, **"Da Boa-Fé..."**, cit, p. 328.

98. **"Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2 - Recht der Schuldverhältnisse**, 1896, 194, citado por Menezes Cordeiro, **"Da Boa-Fé..."**, cit., p. 328.

Contudo, muito embora o pensamento constante nos *Motive*, alguns juristas, como Crome, entenderam desde logo que o parágrafo 242 tenderia "*a dominar o Direito das Obrigações por inteiro*"[99]. O diagnóstico foi acertado. Apesar de algumas vozes que de início se ergueram contra tal "preceito dúctil", logo se manifestaram opiniões contrárias, ainda nos albores deste século, que iniciaram uma gradual obra inovadora. Como relata Domenico Corradini, algumas Cortes de Justiça aplicaram o parágrafo 242 conferindo-lhe o sentido de boa-fé objetiva, recusando-se, assim, a considerá-lo uma fórmula meramente pleonástica, norma de interpretação dos contratos ou simples compêndio de deveres previstos em normas diversas[100]. Por essa via, "*com uma prática que encontra eco nos jurisconsultos teóricos e acende dúvidas e polêmicas*", os juizes alemães afirmaram "*regras que parecia difícil conceber após o longo período de desconfiança e reticência no tratamento das cláusulas em branco*"[101].

A jurisprudência brasileira mais recente, rompendo a tradição que conotava à boa-fé contratual tão somente o sentido de adstrição ao formalmente pactuado, vem percorrendo caminho de marcada substantivação, por forma a fazer frutificar, da sua incidência, a tríplice função antes aludida, notadamente a criação de deveres instrumentais de conduta. Contudo, como entre nós, até agora, não estava boa-fé posta em cláusula geral[102], o desenvolvimento jurisprudencial do princípio, a par de sofrer com os males da dispersão antes apontada, era ainda tímido. O preceito do art. 421 do Projeto tem o mérito de atuar como a **lei de conexão,** para permitir à jurisprudência a reunião, a sistematização e o desenvolvimento das várias hipóteses de conduta contratual.

Observe-se que o art. 421 impõe o dever de agir com probidade e boa-fé não só no momento da conclusão do contrato, mas também em seu desenvolvimento, deixando assim entrever o caráter dinâmico da relação obrigacional[103]. A conduta conforme à boa-fé objetiva, qualificando uma norma de comportamento contratual leal, assentado na confiança recíproca, é, por isto mesmo, uma norma também marcada pelo dinamismo, necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como uma espécie de panacéia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações. É norma nuançada – mais propriamente constitui um **modelo jurídico** —, na medida em que encontra-se revestida de variadas formas, de variadas concreções, "*denotando e conotando, em sua formulação, uma pluridiversidade de elementos entre si interligados numa unidade de sentido lógico*"[104]. Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, *a priori*, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, não podendo o seu conteúdo ser rigidamente fixado, eis que dependente sempre das concretas circunstâncias do caso. Por estas características a cláusula geral da boa-fé objetiva só pode dar frutos em um sistema aberto.

Conclusão

Nas últimas décadas, os estudiosos ocuparam-se em evidenciar a ultrapassagem do código civil como pólo de atração do direito positivo. Homenageou-se o funeral do código, "modo superado de legislar"[105]. Proclamou-se a conveniência da adoção de uma legislação por meio de princípios, afastando-se a técnica de regulamentação por *fattispecie*[106]. Por fim, aventou-se a concepção segundo a qual o ordenamento civil, longe de conter um sistema, seria formado por polissistemas, em relação aos quais o código teria um papel meramente residual[107].

Todas estas hipóteses, porém, esbarraram em novos, e talvez mais graves, óbices e problemas. Constatou-se, fundamentalmente, que a idéia polissistemática do direito – de todas as hipóteses a de mais célebre fortuna – acabou transfigurada na concepção **assistemática** do sistema normativo, o qual seria unicamente cognoscível através de uma perspectiva analítica e pelo uso dos instrumentos de exegese[108], inclusive a informática[109], concepção que, por si só, afronta o *minimum* de estabilidade e segurança que, no Direito, vem expresso na necessidade de uma regulamentação coordenada dos comportamentos sociais. Por isto a necessidade de um Código que, estruturado como um sistema aberto, alie, aos modelos cerrados que necessariamente há de conter, as janelas representadas pelas cláusulas gerais.

Se efetivamente encontrarem, na doutrina, mas principalmente na jurisprudência, a voz que as faz viver, as "*fórmulas genéricas e flexíveis*" aludidas por Josaphat Marinho, os "*conceitos integradores da com-*

99. Conforme Clóvis do Couto e Silva, **"O Princípio da Boa-Fé no Direito Civil Brasileiro e Português"**, cit., p. 47 e em especial nota 8, referindo as posições divergentes de Staudinger (*Komentar)* e Kress e Leonhard.

100. **"Il Criterio..."**, cit, p. 321.

101. Idem, ibidem, traduzi.

102. No Código Civil, a boa-fé vinha sendo considerada, conforme a doutrina de Couto e Silva, *"princípio pré-positivo"*, assim sendo acolhida em alguns julgados, de que são exemplos os acórdãos da 5ª Câmara Cível do tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que comentei em **"Boa-Fé,** Rev. Ajuris, vol. 50, p. 207 e ss. A regra do art. 51, IV, do Código do Consumidor não configura propriamente "cláusula geral", mas "conceito indeterminado", porque ao juiz não é dado estabelecer as conseqüências da sua incidência, que já estão prédeterminadas pelo legislador (a nulificação da cláusula abusiva). Por sua vez, o Código Comercial contempla, no art. 130, verdadeira cláusula geral, a qual, todavia, não chegou a ser assim considerada, remanescendo como mero cânone hermenêutico, concretizado sob o molde da boa-fé subjetiva.

103. Na doutrina brasileira veja-se, por todos, Clóvis do Couto e Silva, **A Obrigação como Processo,** cit.

104. Hipótese na qual, conforme Miguel Reale, um modelo jurídico coincide com uma única norma,_ **Fontes e Modelos,** cit., p. 29.

105. Rodolfo Sacco, **Codificare: modo superato di legiferare?,** *in* Riv. Dir. Civ., 1983, Parte Prima, p. 117.

106. Stefano Rodotà, **Ideologie e Technica della Riforma del Diritto Civile,** Riv. Dir. Comm, 1967.

107. Segundo a conhecidíssima concepção de Natalino Irti, expressa em **L età della decodificazione...,** cit., p. 33. Na doutrina brasileira, ver o estudo de Francisco Amaral, **Racionalidade e Sistema no Direito Civil Brasileiro,** public. *in* **O Direito, ano 126, 1994, p.63.**

108. Conforme Angelo Falzea, **Dogmatica giuridica...**,cit., p. 737.

109. Tratou-se especificamente deste tema em congresso realizado em Gênova, Itália, em 1992. Ver, nesse sentido, Mario Losano, **Tecniche legislative, informatica e buon governo,** e observações no meu estudo **L'informatica e l'elaborazione delle leggi: a proposito di un recente manuale brasiliano sulla tecnica legislativa,** ambos em **Il diritto dei nuovi mondi - Atti del Convegno promosso dall'Istituto di Diritto Privato della Facoltà di Giurisprudenza,** (org). Giovanna Visintini, Cedam, Pádua, 1994, pp. 523 e 551. Sobre os reflexos da inflação legislativa no princípio da segurança e da certeza, ver Hervé Croze, **Le droit malade de son information,** *in* Droits, vol. 4., 1986, p. 81.

preensão ética", no dizer de Miguel Reale — em suma, as cláusulas gerais referidas por Couto e Silva e Moreira Alves — permitirão a permanente atualização do Código evitando um envelhecimento que, na sociedade globalizada e tecnológica, avizinha-se sempre e cada vez mais rápido. Ao mesmo tempo, viabilizarão o desenvolvimento de um direito privado pluralista como a sociedade que lhe dá origem e justificação, porém **harmônico** e **compreensível,** já que não necessariamente pulverizado em centenas de pequenos mundos normativos tecnicamente díspares, valorativamente autônomos e em si mesmo fechados e conclusos.

Os Direitos Fundamentais, O Preceito da Proporcionalidade e o Recurso Constitucional Alemão*

Luís Afonso Heck
Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

I. Introdução
II. O desenvolvimento dos princípios constitucionais na Alemanha
III. A Situação dos direitos fundamentais na estrutura constitucional da Lei Fundamental
IV. A tarefa e a função dos direitos fundamentais
V. O preceito da proporcionalidade
VI. O recurso constitucional
VII. Conclusão

I. Introdução

No âmbito do desenvolvimento dos princípios constitucionais,[1] realizado pelo Tribunal Constitucional Federal, destaca-se, entre outros, o preceito da proporcionalidade, derivado do princípio do Estado de Direito. Além disso, esse preceito também é inerente aos direitos fundamentais, cuja proteção processual-constitucional pelo Tribunal Constitucional Federal realiza-se principalmente por meio do recurso constitucional.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo é oferecer uma visão de conjunto, des-

* O autor deste artigo gostaria de agradecer à FAPERGS (Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul) pela bolsa de professor visitante por ela concedida, que permitiu a feitura deste artigo, expressão de parte da pesquisa realizada no e para o Curso de Mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em outras palavras, com e para os alunos do Curso de Mestrado desta Universidade.

1. Trata-se de 5 (cinco) princípios constitucionais, a saber:
a) O princípio do Estado de Direito e o princípio Republicano, que estão no artigo 28, alínea 1, frase 1, da Lei Fundamental: "A ordem constitucional nos estados tem de corresponder aos princípios do Estado de Direito republicano, democrático e social no sentido desta Lei Fundamental." O Tribunal Constitucional Federal, em suas fórmulas decisórias, também situa o princípio do Estado de Direito no artigo 20, alínea 3, da Lei Fundamental: "O poder legislativo está vinculado à ordem constitucional, o poder executivo e o poder judiciário, à lei e ao Direito." O princípio Republicano não recebeu, praticamente, a atenção do Tribunal Constitucional Federal.
b) O princípio do Estado Social, o princípio Democrático e o princípio Federativo, que estão no artigo 20, alínea 1, da Lei Fundamental: "A República Federal da Alemanha é um Estado Federal democrático e social."

critiva e não analítica,[2] de certos elementos essenciais situados na área dos direitos fundamentais, do preceito da proporcionalidade e do recurso constitucional.[3]

Dentro deste contexto, mostra-se também a finalidade deste artigo, ou seja, contribuir para um modo de compreensão dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, que é pressuposto constitutivo e condicionante do desenvolvimento e aperfeiçoamento dos meios de proteção processuais-constitucionais desses direitos fundamentais.

II. O Desenvolvimento dos Direitos Fundamentais na Alemanha

Os direitos fundamentais, que o início do séc. XVIII, com as declarações dos direitos do homem, o *Bill of Right* na América do Norte e as declarações francesas de 1789-1795, começaram seu caminho vitorioso obtiveram, no séc. XIX, apenas de forma vacilante entrada nas constituições de determinados estados alemães, como, por exemplo, nas Constituições de Bayern e Baden de 1818, Württemberg de 1819 e, mais tarde, na Constituição de Preußen em 1850. Entretanto, mesmo como partes integrantes nessas constituições, os direitos fundamentais não desempenharam um papel relevante digno de menção.

Um dos resultados dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte de Frankfurt, em 1848, foi a elaboração de um catálogo amplo de direitos fundamentais como elemento constitutivo da Constituição Imperial de 1849. Essa tentativa, entretanto, malogrou. O Império Alemão, fundado em 1871 não estava assentado sobre a base do direito do povo, senão sobre os direitos dos príncipes. Em conseqüência, a Constituição do Império de 1871 não possuía direitos fundamentais.

Com a passagem para a forma de estado republicana e democrática após a revolução de 1918, os direitos fundamentais obtiveram entrada pela primeira vez na Constituição Imperial. Na Assembléia Constituinte de 1919 foi defendida a idéia de que, com o fim da monarquia, deveria caber aos direitos fundamentais, sobretudo, significado integrador. Porém, igualmente durante a época de Weimar, os direitos fundamentais não alcançaram desenvolvimento e eficácia amplo. Muito forte ainda atuava o passado e, para a concepção dominante, tanto na jurisprudência como na literatura, não valia outra coisa: essa concepção notava o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais - na continuação nomeadamente da doutrina de Georg Jellinek, a qual viu o essencial dos direitos fundamentais em sua peculiaridade como formas de autolimitação estatal e domínio da vontade estatal emprestado -, em uma mera modificação da situação legal especial existente e interpretou, em conformidade com isso, os direitos fundamentais antes jurídico-privada e jurídico-administrativamente do que jurídico-estatalmente. A partir daqui os direitos fundamentais foram considerados, em princípio, como expressão do direito à liberdade de coação à margem da lei. Asseguramentos jurídicos contra rompimentos, escavações, modificação ou suspensão não havia porque eram incompatíveis com esse modo de entendimento dos direitos fundamentais.

Após 1945 houve, na Alemanha, a aspiração de fundamentar e firmar, tão seguramente quanto possível, humanidade e liberdade, que não podiam ser consideradas como bases evidentes da estatalidade. Assim, a nova ordem está fundada, no artigo de entrada da Lei Fundamental, sobre o princípio supremo incondicional e indisponível da intangibilidade da dignidade da pessoa (artigo 1º, alínea 1, da Lei Fundamental)[4] e o reconhecimento de direitos do homem invioláveis e inalienáveis (artigo 1º, alínea 2, da Lei Fundamental).[5] Direitos fundamentais e as possibilidades de sua limitação estão normalizados em detalhes por direito constitucional positivo. A Lei Fundamental procura assegurar tão firme quanto possível a validez jurídica dos direitos fundamentais e submete a sua observância a um controle judicial amplo.

Isso que está iniciado na Lei Fundamental a jurisprudência, sobretudo aquela do Tribunal Constitucional Federal, desdobrou, completou e aperfeiçoou.[6] A mesma tarefa, em um dar e tomar alternante com a jurisprudência, assumiu a Ciência do Direito do Estado, que hoje tomou outros caminhos em comparação com aqueles da época de Weimar. Ao todo, isso conduziu a uma situação na qual os direitos fundamentais determinam e enformam não apenas a vida estatal mas a vida jurídica global da República Federal. Aos direitos fundamentais cabe um significado até agora desco-

2. Sigo, no essencial, os trabalhos seguintes: HESSE, Konrad. Bedeutung der Grundrechte, in: BENDA, Ernst, MAIHOFER, Werner und VOGEL, Hans-Jochen, *Handbuch des Verfassungsrecht*, 2. Aufl. Berlin-Ney York: 1994, S. 127 ff.; ders., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. Heidelberg: 1995, S. 125 ff; ders., Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel, in: *JZ*, 1995, S. 265 ff.; HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional alemã*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 138 e seguintes, 167 e seguintes; do mesmo autor, O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã, in: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, out./dez. 1994, p. 115 e seguintes; Ademais, STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, in: ISENSEE, Josef und KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V, Heidelberg: 1992, S. 11 ff; DENNINGER, Erhard. Menschenrechte und Staatsaufgaben - ein "europäisches" Thema, in: *JZ*, 1996, S. 585 ff.

3. Tendo em vista os limites deste artigo, não será possível ocupar-me com questões relativas aos direitos fundamentais individuais e nem com questões que dizem respeito aos direitos de ter parte ou a prestações, direitos sociais e determinações de objetivos estatais. Uma visão de conjunto, ampla e bem informadora, a esse respeito encontra-se em MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: ISENSEE, Josef und KIRCHHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V, Heidelberg: 1992, S. 243 ff.

4. Artigo 1º, alínea 1: "A dignidade da pessoa é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder estatal."

5. Artigo 1º, alínea 2: "O povo alemão confessa-se por direitos do homem invioláveis e inalienáveis como base de cada comunidade humana, da paz e da justiça no mundo."

6. Aqui deve ser mencionado o desenvolvimento amplo que o Tribunal Constitucional Federal deu aos princípios constitucionais, que se mostra sobretudo pela derivação de preceitos desses princípios. Assim, por exemplo, do princípio do Estado de Direito: preceito da proporcionalidade, preceito da certeza jurídica e da proteção à confiança, preceito da justiça material, preceito da precisão legal, preceito da máxima proteção jurídica, direito ao juiz natural, direito a um procedimento honesto, princípio da separação dos poderes, preceito da igualdade geral. Do princípio democrático: partidos políticos, cidadão, corrente de legitimação democrática, proteção da minoria parlamentar. Do princípio federativo: aspectos da estrutura federativa, preceito constitucional da conduta federativa amistosa. Mas também do princípio do Estado Social: como diretiva configuradora, como direito a ter parte. Ver, também, infra, nota 8 e número V.

nhecido na história do Direito Constitucional alemão.

III. A Situação dos Direitos Fundamentais na Estrutura Constitucional da Lei Fundamental

Como primeira constituição alemã estatal-global, a Lei Fundamental coloca o catálogo de direitos fundamentais no início da constituição.[7] Ela dá, com isso, expressão a um traço fundamental da nova ordem estatal-jurídica e democrática: o significado constitutivo dos direitos fundamentais para essa ordem após a época de desprezo e violações graves pelo regime nacional-socialista.

Este catálogo naturalmente não é conclusivo. Também em outros títulos da Lei Fundamental direitos estão garantidos, que são considerados como direitos fundamentais[8] e que no Direito do Estado antigo alemão também encontraram acolhida nos catálogos de direitos fundamentais das constituições.

Em sua totalidade, todavia, os direitos fundamentais da Lei Fundamental limitam-se, no essencial, aos direitos do homem e do cidadão clássicos.

7. Esse catálogo de direitos fundamentais compreende o artigo 1º ao 19 da Lei Fundamental, a saber:
Artigo 1º: proteção da dignidade humana;
Artigo 2º: direitos de liberdade;
Artigo 3º: igualdade diante da lei;
Artigo 4º: liberdade de crença e confissão;
Artigo 5º: liberdade de opinião e de imprensa, liberdade artística e científica;
Artigo 6º: casamento, família, filhos não-legítimos;
Artigo 7º: ensino;
Artigo 8º: liberdade de reunião;
Artigo 9º: liberdade de associação, proibição de medidas contra conflitos coletivos de trabalho;
Artigo 10: segredo de correspondência, postal e de telecomunicações;
Artigo 11: liberdade de circulação;
Artigo 12: liberdade da escolha da profissão, proibição de trabalho forçado;
Artigo 12a: serviço militar e outras obrigações de serviço;
Artigo 13: inviolabilidade do domicílio;
Artigo 14: propriedade, direito de herança, desapropriação;
Artigo 15: socialização;
Artigo 16: desnaturalização, extradição;
Artigo 16a: direito de asilo;
Artigo 17: direito de petição;
Artigo 17a: limitação de direitos fundamentais em prestadores de serviço militar e do serviço substitutivo;
Artigo 18: perda de direitos fundamentais; e,
Artigo 19: restrição de direitos fundamentais.

8. Os artigos, nos quais esses direitos se encontram, são os seguintes:
Artigo 20, alínea 4: direito de resistência;
Artigo 33: equiparação cívica de todos os alemães;
Artigo 38: eleição;
Artigo 101: proibição de tribunais de exceção;
Artigo 103: direitos fundamentais do réu; e,
Artigo 104: garantias jurídicas na privação da liberdade.

IV. A Tarefa e a Função dos Direitos Fundamentais

1. As várias camadas dos direitos fundamentais

Direitos fundamentais devem criar e manter pressupostos essenciais de uma vida em liberdade e dignidade humana. Isso apenas se deixa alcançar quando a liberdade da vida em comunidade é garantida da mesma forma como a liberdade individual. Ambas estão relacionadas mutuamente de modo inseparável. Liberdade do particular somente pode haver em uma comunidade livre; ao contrário, essa liberdade pressupõe homens e cidadãos que são capazes e dispostos a decidir mesmo sobre seus próprios assuntos e a cooperar auto-responsavelmente nos assuntos da comunidade.[9]

Essa conexão enforma a peculiaridade, a estrutura e a função dos direitos fundamentais, ou seja, eles garantem não só direitos subjetivos do particular, mas também princípios fundamentais objetivos da ordem constitucional estatal-jurídica e democrática, bases do estado e de sua ordem jurídica por ela constituída. Nesse caráter duplo os direitos fundamentais mostram camadas de significado distintas que cada vez condicionam, protegem e completam reciprocamente. Direitos fundamentais produzem efeito legitimador, criador e mantenedor de consenso; eles asseguram liberdade individual e limitam poder estatal, são significativos para procedimentos democráticos e estatal-jurídicos, influenciam, cada vez na proporção de seu alcance, a ordem jurídica global e cumprem nisso, em uma parte essencial, a função de integração, de organização e de orientação jurídica da constituição.

2. Direitos fundamentais como direitos individuais de defesa e de cooperação

As garantias jurídico-fundamentais da Lei Fundamental e o asseguramento especial de sua validez têm, diante do pano de fundo do desenvolvimento histórico na Alemanha, a tarefa de defesa de intervenções estatais na esfera da vida individual. Esse também é o ponto de partida da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, no qual ele se ateve até o presente: segundo sua história e seu conteúdo atual, os direitos fundamentais são, em primeiro lugar, direitos individuais, direitos do homem e do cidadão, que têm como objeto a proteção de setores da liberdade humana concretos, especialmente postos em perigo. O Tribunal Constitucional Federal pôs-se desde o início como tarefa a formação da proteção efetiva dos direitos fundamentais. Pelo esclarecimento e fixação do conteúdo normativo e do alcance dos direitos fundamentais individuais, de sua relação recíproca e dos pressupostos de sua limitação o tribunal, em comparação com o passado, levou a cabo eficácia dos direitos fundamentais real, essencialmente aumentada. Nis-

9. Aqui se mostra principalmente o modo de compreensão que o Tribunal Constitucional Federal, também a doutrina, tem dos direitos fundamentais e dos seus titulares. Não se trata de operar, no caso concreto, com conceitos supra-históricos, supratemporais, de antemão já dados e determinados, senão se parte de um enunciado concreto, simultaneamente limite, a norma, contida na Lei Fundamental, cujo âmbito de abstração está contextualizado e condicionado pela realidade cultural e social, a qual, cada vez, em grande medida, deve ser averiguada e racionalmente circunscrita.

so, ele deixou-se guiar pelo entendimento de que a amplitude de proteção de um direito fundamental somente pode ser compreendido em vista dos fatos da realidade social, que, por conseguinte, uma transformação desses fatos não pode ficar desconsiderada na interpretação. Isso, por exemplo, alcançou significado na determinação do alcance da garantia da propriedade ou da liberdade de radiodifusão.

Nesse significado corrente e geralmente reconhecido não se esgota o conteúdo de sentido dos direitos fundamentais como direitos subjetivos. Ao significado defensivo, negativo dos direitos fundamentais corresponde, antes, um significado positivo mal menos importante: trata-se das pessoas também fazerem uso dessa liberdade. Primeiro em uma tal atualização podem autodeterminação do particular e cooperação auto-responsável na vida política, social, econômica e cultural ganhar realidade, pode a ordem liberal da Lei Fundamental ganhar vida. Isso se mostra especialmente claro no direito à livre manifestação da opinião, que para uma ordem estatal liberal democrática é simplesmente constitutiva, porque ele primeiro possibilita a discussão espiritual constante, a luta de opiniões, que é o seu elemento vital. Nisso, pode exatamente esse direito aceitar o caráter de um direito de cooperação.

3. Direitos fundamentais como princípios objetivos

Ao significado dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos do particular contra intervenções estatais ilegais corresponde seu significado jurídico-objetivo como prescrições de competência negativas. Competências legislativas, administrativas e judiciais sempre encontram seus limites nos direitos fundamentais. Esses subtraem o âmbito por eles protegido da competência estatal e proíbem, nisso, uma intervenção.

Ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, que são garantidos por causa de sua atualização, corresponde seu significado como partes integrantes fundamentais da ordem democrática, estatal-jurídica e, em parte menor, da federal, as quais, por sua vez, primeiro podem ganhar realidade quando, pela atualização dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, são preenchidos com vida.

Desse modo, os direitos fundamentais atuam no quadro da ordem estatal-jurídica como limites para a atuação estatal, como garantias de bases da ordem jurídica, especialmente também de institutos centrais da ordem jurídica privada. Eles obrigam a proteção dos conteúdos garantidos, nomeadamente por procedimento adequado. Da mesma forma, a ordem democrática da Lei Fundamental encontra sua conformação jurídica em grande medida nos direitos fundamentais, nos princípios da eleição geral, livre, igual e secreta, da igualdade de oportunidades dos partidos políticos, da liberdade da confissão religiosa e ideológica, da liberdade de opinião, de reunião e de associação. Esses direitos fundamentais normalizam e asseguram a participação livre e igual do cidadão na formação da vontade política, além disso, a proteção da atividade e oportunidade igual de minorias políticas e a formação da opinião pública: ao todo, a liberdade e abertura do processo político como traço decisivo da democracia da Lei Fundamental. No quadro da ordem federal, os direitos fundamentais criam um standart uniforme jurídico-constitucional de direitos e princípios que fundamenta uma certa homogeneidade e, nesse efeito, pertence à estatalidade federal atual.

A interpretação geral dos direitos fundamentais como princípios objetivos da ordem jurídica global ultrapassa esse significado para a vida estatal, como o Tribunal Constitucional Federal a desenvolveu. Ela encontrou sua moldagem na fundamental sentença-Lüth de 15 de janeiro de 1958. De acordo com isso, os direitos fundamentais estão, sem dúvida, determinados em primeiro lugar a isto, assegurar a esfera de liberdade do particular diante de intervenções do poder público. Simultaneamente, porém, a Lei Fundamental, que não quer ser uma ordem neutra de valores, em sua intenção de direitos fundamentais implantou também uma ordem de valores objetiva e, nisso, se expressa um fortalecimento especial da obrigatoriedade dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem o seu ponto central na personalidade humana, a qual se desenvolve livremente no interior da comunidade social, e na sua dignidade, tem de, como decisão fundamental jurídico-constitucional, valer para todos os setores do direito; legislação, administração e jurisdição obtém desse sistema linhas diretivas e impulsos.

O decisivo dessa compreensão de direitos fundamentais alargada foi o afastamento da concepção de direitos fundamentais formal dominante até então e o volver para uma ordem jurídica material, que compreende esta dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e, nisso, entende esses como princípios supremos, subtraídos a uma relativização. A fundamentação dessa concepção encontrou críticas.[10] Todavia, a idéia de que os direitos fundamentais contém princípios normativos supremos da ordem jurídica impôs-se geralmente hoje.

Essa concepção conduz a repercussões de grande alcance, que na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal aparecem em toda a parte no setor dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais influenciam o direito global, inclusive o direito organizacional e procedimental, não só na medida em que ele tem como objeto relações jurídicas do cidadão com o poder público, mas também enquanto ele regula relações jurídicas de pessoas privadas. Nisso, os direitos fundamentais são decisivos tanto para o legislador como para

10. A objeção consiste em que o recurso a valores - questionados em uma sociedade pluralista - não possibilita uma interpretação dos direitos fundamentais segundo regras claras e previsíveis, conduz a um desembocamento de valorações subjetivas do juiz e, com isso, a perdas para a certeza jurídica. Todavia, a jurisprudência expressou aqui - sob a influência viva das experiências da década precedente - somente aquilo que deve ser e ficar o sentido histórico e núcleo irrenunciável dos direitos fundamentais constituídos pela nova ordem: a relação desses direitos aos direitos do homem, como sua base e fonte legitimadora. Para a interpretação de certos direitos fundamentais, a idéia do sistema de valores foi um início em vista da situação, na qual faltava ainda, em grande medida, em uma assimilação do conteúdo normativo concreto e do alcance dos direitos fundamentais individuais, da sua relação recíproca e dos pressupostos de sua limitação. Essa assimilação foi a obra da jurisprudência atual, no conjunto, contínua. Ela desenvolveu um estado firme de pontos de vista e regras, que possibilita decidir determinadas questões de direitos fundamentais com auxílio de um instrumentário jurídico adequado e evitar, em grande medida, o recurso repentino a valores.

as instâncias aplicadoras do direito que, no estabelecimento, interpretação e emprego das normas jurídicas têm de levar em consideração a influência dos direitos fundamentais. Para o direito privado - para outros setores do direito vale, no essencial, o mesmo - o Tribunal Constitucional Federal circunscreveu essa influência no sentido de que o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais, como normas objetivas, se desenvolve por meio das prescrições que dominam diretamente esse setor jurídico. Do sistema de valores jurídico-fundamental aflui para essas prescrições um conteúdo jurídico-constitucional específico, que desde então determina sua interpretação. Um conflito de tais normas de conduta do direito civil, jurídico-fundamentalmente influenciadas, permanece material e processualmente um conflito jurídico civil; direito civil é interpretado e empregado, embora sua interpretação tenha de seguir a constituição. Direito Constitucional e direito ordinário, com isso, se engrenam com a conseqüência que a amplitude do controle jurídico-constitucional da decisão tomada pode converter-se em problema.

Além dessas repercussões, a compreensão dos direitos fundamentais como normas objetivas supremas da ordem jurídica é de significado fundamental, não apenas teórico, para as tarefas do Estado. Porque a vinculação do poder legislativo, executivo e judiciário aos direitos fundamentais (artigo 1º, alínea 3, da Lei Fundamental)[11] contém desse ponto de partida não apenas uma obrigação (negativa) do Estado de omitir intervenções nos âmbitos protegidos jurídico-fundamentalmente, mas também uma obrigação (positiva) de tudo fazer para realizar direitos fundamentais, mesmo que para isso não exista um direito subjetivo do cidadão.

V. O Preceito da Proporcionalidade

As raízes do preceito da proporcionaliadade estão no princípio do Estado de Direito, razão pela qual é deste derivado e tem, por isso, status constitucional. Da mesma forma, o preceito da proibição de excesso, que, em consonância com a situação concreta, é conjugado com o preceito da proporcionalidade.

O preceito da proporcionalidade é, também, resultante dos direitos fundamentais. Esses, como direitos defensivos, têm um conteúdo de proporcionalidade distintamente reconhecível; em sua interpretação e aplicação, a jurisprudência desenvolveu critérios, praticáveis e no geral reconhecidos, para o controle de intervenções estatais, como, por exemplo, o preceito da proporcionalidade. Nesse contexto, e esta é a sua configuração geral, o preceito da proporcionalidade exige que o particular fique preservado de intervenções desnecessárias e excessivas; uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Desta forma, a intervenção precisa ser apropriada e necessária para

11. Artigo 1º, alínea 3: "Os direitos fundamentais seguintes vinculam legislação, poder executivo e judiciário como direito diretamente vigente."

alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado, ou seja, deve poder ser dele exigível.

Para expor a configuração particular do preceito da proporcionalidade é necessário verificar em que setores jurídicos, configuradores, o Tribunal Constitucional Federal o aplicou.

1. Direito Penal

Aqui o preceito da proporcionalidade expressa-se pelo preceito da adequação da pena, ou seja, a pena deve manter uma relação justa com a gravidade do ato e a culpa do autor; a pena aplicada não deve exceder a culpa do autor. O princípio da culpa, em suas conseqüências limitantes à pena, corresponde, nessa medida, à proibição de excesso.

2. Direito Processual Penal

2.1. Busca a apreensão

A aplicação dessas medidas coercitivas está, desde o início, submetida ao preceito da proporcionalidade. A intervenção correspondente deve estar numa relação adequada com a gravidade do delito e com a intensidade da suspeita existente; além disso, essa medida será aplicada estritamente quando necessária para a investigação e o seguimento do delito. Isso não é o caso quando outros meios, menos incisivos, estão à disposição. Por fim, a busca deve prometer o êxito de fornecer provas apropriadas. O juiz deve, antes de ordenar a busca e apreensão, pelo menos, constatar se o preceito da proporcionalidade está mantido.

2.2. Prisão preventiva

O preceito da proporcionalidade tem significado não apenas para a determinação da prisão preventiva, mas também para a sua duração. A prisão preventiva, em vista da sua duração, deve, sobretudo, guardar relação com a provável pena que é esperada. Mas, independentemente da pena esperada, o preceito da proporcionalidade estabelece limites à duração da prisão preventiva. O exame dessa relação cabe, em princípio, aos tribunais ordinários. A intervenção na liberdade só deve ser admitida se, e na medida em que, por um lado, há dúvidas justificadas quanto à inocência do suspeito em razão da grande suspeita, amparada em pontos de apoio concretos, e por outro, se o legítimo direito da sociedade ao esclarecimento completo do fato e à rápida sanção contra o autor não puder ser garantido de outra forma que não a prisão provisória do suspeito. A persecução de outros fins por meio da prisão preventiva está, em qualquer caso, excluída. A prisão preventiva não deve, particularmente, à maneira de uma pena, antecipar a proteção de um bem jurídico a que o Direito Penal material deve servir.

2.3. Execução de pena privativa de liberdade

É necessário pesar com cuidado se a intervenção, admissível, na liberdade da pessoa, garantida pela constituição, permanece nos limites impostos pelo preceito da proporcionalidade. Se a Lei Fundamental caracteriza a liberdade da pessoa como inviolável, então é porque uma decisão constitucional fundamental foi tomada, no sentido de dever considerar-se esse direito

à liberdade como um bem jurídico especial, que somente pode ser restringido diante de motivos importantes.

2.4. Intervenção no direito fundamental à integridade corporal

Na apreciação da intervenção nesse direito fundamental, entra em questão a ponderação sobre os interesses conflitantes com a observância do preceito da proporcionalidade. Se dessa ponderação resultar que os interesses, opostos à intervenção, do inculpado, no caso concreto, pesam manifesta e essencialmente mais em comparação com aqueles aos quais a medida estatal deve servir, então, a intervenção, apesar de havida, viola o preceito da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do inculpado, inscrito no artigo 2º, alínea 2, frase 1, da Lei Fundamental.[12] No juízo acerca dessa questão podem exigir atenção, sobretudo, o tipo, a extensão e o tempo provável do procedimento criminal, a espécie e a intensidade do dano temido, bem como as possibilidades de reação contra elas.

2.5. Aconselhamento jurídico às testemunhas

Com o postulado da continuidade de uma administração judicial funcionalmente apta e eficaz não seria compatível a admissão, em todos os casos, ilimitada do aconselhamento jurídico às testemunhas. O preceito da proporcionalidade pede, ao contrário, uma avaliação confrontadora do direito das testemunhas e do interesse público em vista da eficiência do processo penal e processos semelhantes, a ser efetuada pelas autoridades e tribunais sob a consideração de todas as circunstâncias, pessoais e reais, do caso concreto.

3. Direito administrativo

3.1. Limites ao exercício da profissão

Para a constitucionalidade das regulações legais do exercício da profissão, o preceito da proporcionalidade tem, como critério normativo, os significados seguintes:

a) o legislador somente pode limitar o livre exercício da profissão no interesse do bem-estar comum e para a solução daquelas tarefas objetivas, que podem justificar o seu tornar-se ativo e não contrariam a ordem de valores da Lei Fundamental. Além disso, o legislador deve ter condições de poder justificar a intervenção nesse direito fundamental com considerações apropriadas e razoáveis e não deve abusar de sua potestade legislativa para fins inadequados;

b) o meio empregado pelo legislador deve ser apropriado e necessário para alcançar a finalidade almejada. O meio é apropriado se, com o seu auxílio, o resultado desejado pode ser promovido; é necessário, se o legislador não pôde escolher um outro meio, igualmente eficaz, porém, não limitante desse direito fundamental, ou, sequer menos perceptível;

12. Artigo 2º, alínea 2: "Cada um tem o direito à vida e à integridade corporal. A liberdade da pessoa é inviolável. Nesses direitos só poderá haver intervenção baseada em lei."

c) numa harmonização global entre a gravidade da intervenção, o peso e a urgência dos motivos que a justificam, o limite da exibilidade ainda precisa estar mantido. Quanto mais sensivelmente os exercitantes profissionais são afetados, tanto mais fortes devem ser os interesses do bem-estar comum, a cuja serventia essa regulação é determinada.

3.2. Desapropriação

Toda a intervenção no domínio dos direitos fundamentais encontra-se submetida ao preceito da proporcionalidade dos meios. Isso também se aplica à desapropriação. Na propriedade, protegida pelos direitos fundamentais, só pode haver interferência por meio da desapropriação se o projeto servir ao bem público. Além disso, o preceito da proporcionalidade ordena que o meio da desapropriação deve ser estritamente necessário para que se possa executar o projeto servente ao bem público. Consoante com o preceito da proporcionalidade, todavia, uma desapropriação não é imprescindível se a sua finalidade pode ser realizada de outras formas, menos incisivas, sobretudo por meio do livre acordo sob condições adequadas.

3.3. Direito à liberdade de ação

O preceito da proporcionalidade oferece a medida com a qual o direito à liberdade de ação pode ser limitado. Ao mesmo tempo impõe limites à intervenção estatal e, com isso, determina o alcance desse direito fundamental. Esses limites devem ser averiguados por meio da pesagem dos interesses que entram em consideração. Quanto mais a intervenção legal tocar formas de expressão elementares da liberdade humana, com tanto maior diligência devem ser ponderados os fundamentos, apresentados à sua justificação, contra a pretensão fundamental à liberdade dos cidadãos. Isso significa, antes de tudo, que o meio da intervenção para alcançar a finalidade legislatória deve ser apropriado e que não deve onerar o particular em excesso.

3.4. Regulação de taxas

A taxa imposta ao particular deve guardar relação com a finalidade pretendida pela regulação. Limites gerais são fixados pelo preceito da proporcionalidade, conjugado com o artigo 3º, alínea 1, da Lei Fundamental.[13] Nisso devem ser incluídas, na consideração da proporcionalidade, todas as finalidades, constitucionalmente admitidas, perseguidas por meio de uma regulação de taxas, como fatores de ponderação.

3.5. Atividade das autoridades administrativas

No Estado de Direito, a atividade das autoridades administrativas nunca é "completamente livre", também quando elas, embasadas em determinações legais, estão autorizadas a proceder segundo a sua discrição. Então, igualmente, ficam vinculadas aos preceitos estatais-jurídicos gerais, como a proibição de arbitrariedade e o preceito da proporcionalidade. Este, juntamente com o preceito da proibição de excesso, estende-se, como regra diretiva, a todas as

13. Artigo 3º, alínea 1: "Todas as pessoas são, diante da lei, iguais."

atuações estatais e, com isso, também a liberdade de conformar do legislador é, por ambas, limitada.

4. Direito Civil

4.1. Garantia da propriedade privada

4.1.1. Artigo 14, alínea 1, frase 1, da Lei Fundamental[14]

Pela prescrição constitucional, a propriedade privada é garantida. As disposições legais, promulgadas pelo legislador, já não são constitucionais porque o direito a ser aplicado no futuro corresponde à Lei Fundamental. Depende, adicionalmente, muito mais que a intervenção nas posições jurídicas, fundadas no direito antigo, esteja de acordo com a Lei Fundamental. Com isso, novas regulações legais, que intervêm em posições fundadas no passado, somente são admissíveis se justificadas por razões de interesse público sob a consideração do preceito da proporcionalidade.

4.1.2. Artigo 14, alínea 1, frase 2, da Lei Fundamental[15]

O poder normativo do legislador que emana do artigo 14, alínea 1, frase 2, da Lei Fundamental, não é ilimitado. O legislador deve observar a decisão básica de valores da Lei Fundamental em prol da propriedade privada e, também, manter-se de acordo com todas as outras normas constitucionais. A forma de determinação do conteúdo e limites da propriedade não deve ser discordante da coisa nem intervir, sem fundamento ou em excesso, nos interesses dos participantes. Uma regulação, consoante com a determinação fundamental em questão, está, em outras palavras, sob o preceito da proporcionalidade. A limitação das faculdades de domínio deve ser apropriada e necessária para o alcance dos fins desejados e não deve, para não ser inexigível, onerar em excesso.

4.2. Adoção

Se uma adoção-incógnita tornar-se necessária para assegurar o desenvolvimento saudável da criança, então, o interesse pela continuação das relações de parentesco deve retroceder. Essa apreciação funda-se especialmente no preceito da proporcionalidade.

5. Direito Processual Civil

A garantia constitucional dos direitos fundamentais e os preceitos constitucionais, derivados do princípio do Estado de Direito, também exigem validade nos respectivos direitos processuais, particularmente no âmbito do procedimento de execução forçada. Isso toca, sobretudo, ao preceito constitucional da proporcionalidade entre meio e fim.

6. Direito Tributário

O preceito que se infere do artigo 2º, alínea 1, da Lei Fundamental,[16] de que somente se pode chamar para o pagamento

14. Artigo 14, alínea 1, frase 1: "A propriedade e o direito de herança serão garantidos."

15. Artigo 14, alínea 1, frase 2: "Conteúdo e limites serão determinados por leis."

16. Artigo 2º, alínea 1: "Cada um tem o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, na medida em que não viola os direitos alheios e não infringe a ordem constitucional ou a lei moral."

de impostos nos limites da ordem constitucional, contém a proibição de excesso, resultante do princípio do Estado de Direito, ou seja, o contribuinte não deve ser invocado a um imposto patrimonial desproporcionado. Nesse contexto, no âmbito do imposto de renda, a justiça requer, na direção da igualdade proporcional, que o economicamente mais capaz pague uma porcentagem maior de sua renda, como imposto, do que o economicamente mais fraco.

VI. O Recurso Constitucional

Uma análise da jurisdição constitucional alemã revela que o recurso constitucional não apenas é um dos seus elementos essenciais mas também simultaneamente a sua própria medula que vitaliza os direitos fundamentais. A tarefa do Tribunal Constitucional Federal concentra-se na proteção dos direitos fundamentais que se realiza precipuamente pelo recurso constitucional.[17] Entre outras coisas, o recurso constitucional é o único meio processual que possibilita submeter diretamente a omissão legislativa ao controle jurídico.

Inicialmente a Lei Fundamental não continha o recurso constitucional, sendo nela introduzido pela décima nona lei modificadora para a Lei Fundamental, de 29 de janeiro de 1969 (artigo 93, alínea 1, número 4a e número 4b).[18] Até então, a competência do Tribunal Constitucional Federal relativa ao recurso constitucional provinha dos §§ 90 e 91 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,[19] que têm o seu fundamento jurídico no artigo 93, alínea 2, da Lei Fundamental.[20]

1. Definição e natureza jurídica do recurso constitucional

O recurso constitucional é "o pedido de uma pessoa, natural ou jurídica, relativo a uma violação, sustentada, de um direito constitucional do promovente por meio de um titular do poder público, a um tribunal constitucional para ser decidido".

A natureza jurídica do recurso constitucional é a de um recurso extraordinário. De um lado, porque ele não se constitui em um recurso suplementar para os procedimentos perante os tribunais ordinários, inclusive os administrativos; ele não se coloca como opção ao lado de outros recursos nem como possibilidade de simplificar ou de contornar as outras vias judiciais previstas. De outro lado, devido à excepcionalidade, motivada pela certeza jurídica, do questionamento de decisões

17. A via jurídica mais usada para o Tribunal Constitucional Federal é aquela do recurso constitucional.

18. Artigo 93, alínea 1: "O Tribunal Constitucional Federal decide:"
número 4a: "acerca de recursos constitucionais, que podem ser propostos por qualquer pessoa com a alegação de estar sendo violada pelo poder público em algum dos seus direitos fundamentais ou em algum dos seus direitos contidos no artigo 20, alínea 4, artigos 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental."
número 4b: "acerca de recursos constitucionais de municípios e de uniões de municípios, devido à violação do direito à autonomia administrativa segundo o artigo 28, por meio de lei, mas, com leis estaduais, somente na medida em que não for possível propor recurso no tribunal constitucional estadual." Trata-se, neste caso, do recurso constitucional comunal.

19. § 90: pressupostos do recurso constitucional em geral; § 91: recurso constitucional dos municípios e das uniões de municípios.

20. Artigo 93, alínea 2: "O Tribunal Constitucional Federal tornar-se-á ativo, ademais, nos casos ainda a ele atribuídos por meio de lei federal."

provenientes de outros tribunais, transitadas em julgado no sentido formal, e de decisões não-impugnáveis de autoridades.

2. A Dupla Função do Recurso Constitucional

Essa característica do recurso constitucional aparece, na jurisprudência constitucional, pela primeira vez na BVerfGE (Bundesverfassungsgerichtsentscheidung=decisão do Tribunal Constitucional Federal) 33, 247 (258 e seguintes). Nessa decisão se expõe a função subjetiva e a função objetiva do recurso constitucional, o que já fora tratado pela doutrina, estando, hoje, assente.

A função subjetiva mostra-se na garantia da proteção jurídica individual. O recurso constitucional é um meio de proteção jurídica, concedido ao cidadão, para efetivar processualmente os direitos fundamentais ou os direitos de igual categoria. Nas decisões relativas ao recurso constitucional a atividade do Tribunal Constitucional Federal funciona em defesa dos direitos fundamentais. Essa função subjetiva também decorre do § 93a, alínea 2, letra b, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,[21] configurando-se, ainda, no § 90, alínea 2, frase 2, da lei mencionada.[22]

A função objetiva, por sua vez, revela-se na defesa e desdobramento da Lei Fundamental. Assim, além dessa função subjetiva, o recurso constitucional presta-se também à defesa do direito constitucional objetivo e à sua interpretação e desenvolvimento. Na medida em que submete o exercício de todo o poder estatal ao critério dos direitos fundamentais por meio de um controle resgatável do singular, ele também esclarece e vivifica esse âmbito jurídico central, como, ainda, solidifica a sua validez na vida jurídica. O recurso constitucional serve, nesse contexto, ao esclarecimento de questões constitucionais, motivando a proteção da constituição, com a qual significa a estabilização do sistema. Essa função objetiva também se justifica por meio de dedução legal: artigo 94, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental,[23] § 93a, alínea 2, letra a,[24] e § 90, alínea 2, frase 2, ambos da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

3. Objeto

Qualquer pessoa tem legitimidade para promover um recurso constitucional no Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada em algum dos seus direitos fundamentais ou em algum dos seus direitos contidos no artigo 20, alínea 4, artigos 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental. A violação pode resultar tanto de uma ação como de uma omissão. Desses enunciados normativos decorre o objeto do recurso constitucional como sendo um fazer ou um não-fazer do poder público. Esse, em conexão com o artigo 1º, alínea 3, da Lei Fundamental, compreende o âmbito da divisão dos poderes, isto é, os poderes legislativo, executivo e judiciário. O poder público alienígena está a cavaleiro do recurso constitucional.

3.1. Poder legislativo

3.1.1. Ação

A ação compreende o resultado da legiferação, ou seja, a lei publicada, que figura aqui, tanto no sentido formal como no sentido material. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal admite o recurso constitucional contra o regulamento jurídico e contra o estatuto. A lei aprovatória de tratados ou acordos com estados estrangeiros também submete-se ao recurso constitucional. Da mesma forma, leis modificadoras da Lei Fundamental.[25] O direito consuetudinário e o direito secundário das Comunidades Européias não são alcançados pelo recurso constitucional.

A diferença entre leis pré-constitucionais e leis pós-constitucionais, relevante no controle concreto de normas, carece, nesse ponto, de significado.

3.1.2. Omissão

A atitude omissiva do legislador poder ser absoluta ou relativa. Ela é absoluta quando o legislador, em oposição a um mandado constitucional inequívoco, não cumpre o seu dever legislativo, violando, por meio disso, esse seu dever.

Quando o legislador, embora tenha sido ativo, deixa, na sua regulação, um determinado grupo populacional em desconsideração, ocorre a omissão relativa, a qual viola o princípio isonômico, sito no artigo 3º da Lei Fundamental.

Para que a omissão legislativa possa entrar em questão, há mister da existência de um dever à ação, do qual decorre a sua relevância jurídica. O recurso constitucional deve ter por base uma infração de um dever de ação legislativo, o qual encontrou, na parte relativa aos direitos fundamentais ou nas outras prescrições normativas da Lei Fundamental, protegidas pelo § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,[26] a sua especial expressão. Não é somente o direito, mas também o dever do corpo legislativo de promulgar as leis que são necessárias.

Sobre isso, o Tribunal Constitucional Federal mostrou-se hesitante no início:

21. § 93a, alínea 2: "Ele [o recurso constitucional] deve ser admitido para a decisão:"
b) "se está indicada a realização dos direitos mencionados no § 90, alínea 1; este também pode ser o caso quando sucede um especial prejuízo grave ao promovente por meio da denegação da decisão sobre a matéria."

22. § 90, alínea 2, frase 2: "Se está proporcionada a via judicial contra a violação, o recurso constitucional, então, somente pode ser proposto após o esgotamento da via judicial. *O Tribunal Constitucional Federal pode, todavia, decidir imediatamente, antes do esgotamento da via judicial, acerca de um recurso constitucional proposto, quando ele é de significado geral ou suceder ao promovente um prejuízo grave e inevitável, caso ele for remetido primeiro à via judicial.*"

23. Artigo 94, alínea 2, frase 2: "Lei federal regula a sua constituição [do Tribunal Constitucional Federal] e o procedimento e determina em que casos as suas decisões têm força de lei. *Ela pode tornar o esgotamento prévio da via judicial em pressuposto para os recursos constitucionais e prever um procedimento especial de admissão.*"

24. a) "na medida em que lhe cabe significado fundamental jurídico-constitucional;"

25. O recurso constitucional, decidido no dia 12 de outubro de 1993, pelo Tribunal Constitucional Federal, foi proposto contra o Tratado de Maastrich. O seu objeto foram a lei modificadora da Lei Fundamental, de 21 de dezembro de 1992, que alterou o artigo 23 da Lei Fundamental, doravante o assim denominado "artigo europeu", e a lei aprovatória, de 28 de dezembro de 1992, do acordo de 7 de fevereiro de 1992 sobre a União Européia.

26. § 90, alínea 1: "Qualquer pessoa pode propor o recurso constitucional no Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada pelo poder público, em algum dos seus direitos fundamentais ou em algum dos seus direitos contidos no artigo 20, alínea 4, artigos 33, 38, 101, 103 e 104, da Lei Fundamental."

"A questão sobre se uma lei deve ser promulgada depende de considerações econômicas, políticas e ideológicas, as quais se subtraem a um controle judicial em geral."[27]

Mais tarde, todavia, mudou de posição, na qual se manteve:

"Se o legislador está constitucionalmente obrigado a efetuar uma ação, isto é, a promulgar uma lei, pode, então, por meio de uma violação ao seu dever de ação, ou seja, por omissão, também violar direitos fundamentais. Se cumpriu apenas parcialmente o mandado constitucional, violando, por esse meio, o princípio isonômico, um recurso constitucional pode, então, amparado pelo artigo 3º, alínea 1, da Lei Fundamental, também dirigir-se contra a omissão parcial."[28]

3.2. Poder executivo

Objeto do recurso constitucional pode ser qualquer ato administrativo, não importando se federal, estadual ou municipal. Nessa esfera, o recurso constitucional tem uma importância prática restrita, uma vez que o conceito de poder público está centrado no artigo 19, alínea 4, da Lei Fundamental.[29]

A omissão do poder executivo é passível do recurso constitucional, havendo, sobre isso, concordância geral.

3.3. Poder judiciário

3.3.1. Decisão judicial e extensão do exame

Com exceção das decisões do próprio Tribunal Constitucional Federal, incluídas aquelas das Câmaras,[30] todas as outras decisões, tanto de tribunais federais como estaduais, inclusive dos tribunais constitucionais estaduais, são objeto do recurso constitucional.

Com respeito à extensão do exame, dois pontos merecem consideração.

O primeiro toca ao tema de o Tribunal Constitucional Federal não ser instância de revisão. Ele contém a questão principal referente à relação entre a jurisdição constitucional e a jurisdição especializada. A sua significação reside nos aspectos quantitativo e qualitativo: a grande maioria dos recursos constitucionais é proposta contra decisões judiciais, e, nisso, a sua função específica, garantir a atualização dos direitos fundamentais, reconhece-se nitidamente.

O próprio Tribunal Constitucional Federal, todavia, não se configura como uma superinstância de revisão, ao exame judicial irrestrito das decisões dos outros tribunais, até porque o recurso constitucional não é um recurso suplementar para o procedimento relativo aos tribunais

27. BVerfGE 1, 97 (101), de 19 de dezembro de 1951.

28. BVerfGE 6, 257 (264), de 20 de fevereiro de 1957.

29. Artigo 19, alínea 4: "Se alguém é violado em direitos por meio do poder público, então, está-lhe aberta a via judicial. Na medida em que outra competência não está estabelecida, é oferecida a via judicial ordinária. Artigo 10, alínea 2, frase 2, fica intata."

30. De acordo com o § 2 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, o Tribunal Constitucional Federal é composto de dois Senados, de oito juízes constitucionais, cada (alínea 2). E, segundo o § 15a, alínea 1, frase 1, da lei mencionada, os Senados convocam, obrigatoriamente, várias Câmaras para o período do ano civil; cada Câmara constitui-se de três juízes constitucionais (frase 2).

especializados. A formação do processo, a fixação e apreciação do fato típico, a interpretação do direito ordinário e a sua aplicação ao caso concreto são questões dos tribunais para isso competentes, subtraindo-se ao exame posterior por meio do Tribunal Constitucional Federal. Ele também não verifica se essas decisões são "corretas" do ponto de vista do direito ordinário. A fundamentação da sentença, em princípio, não se presta ao exame.

O critério lindeiro foi concebido pelo Tribunal Constitucional Federal sob a fórmula do "Direito Constitucional específico": o controle circunscreve-se à não-observância dos direitos fundamentais, à verificação sobre se os tribunais violaram, na interpretação, a aplicação do direito ordinário, o Direito Constitucional e, especialmente, se desprezaram a proibição de arbitrariedade (artigo 3º, alínea 1, da Lei Fundamental). A atividade corretiva do Tribunal Constitucional Federal somente é possível quando o resultado interpretativo judicial especializado traspassa os limites estabelecidos pela Lei Fundamental, principalmente quando não é possível acordá-lo com o significado e o alcance do direito fundamental à liberdade pessoal, ou quando é simplesmente insustentável e, com isso, arbitrário.

O segundo ponto afeta a posição da doutrina. Embora a literatura especializada se tenha ocupado com a questão sobre a extensão do exame, apresentando reflexões crítico-sugestivas, não chegou, todavia, a um esclarecimento satisfatório. Isso indica uma prova a favor da concepção que argumenta no sentido de a função do Tribunal Constitucional Federal como guarda da constituição e como órgão supremo à realização dos direitos fundamentais exigir, conforme a época, o ramo jurídico e o tribunal controlado, critérios de exame diferenciados. Os limites da verificação posterior das decisões judiciais especializadas por meio do Tribunal Constitucional Federal não se deixam, portanto, traçar como rígidas e imutáveis.

3.3.2. Procedimento judicial

Ao recurso constitucional também estão submetidos os procedimentos judiciais, que, junto com a sua organização, são instrumentos que permitem realizar e assegurar os direitos fundamentais. A questão relativa à organização e ao procedimento judicial como apoio dos direitos fundamentais revela uma das mais importantes tendências na recente interpretação dos direitos fundamentais. O exame do Tribunal Constitucional Federal tem, aqui, uma extraordinária extensão, onde se desvanecem as limitações pertinentes ao exame das decisões judiciais.

3.3.3. Fundamento do recurso constitucional

No exame das decisões judiciais, motivado pelo recurso constitucional, pode esse recurso ter a sua fundamentação jurídica nos aspectos seguintes: a decisão está diretamente erigida sobre uma violação ou falsa interpretação de direitos fundamentais ou de direitos àqueles equiparados pelo § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal; a decisão descansa sobre uma norma infratora de direitos fundamentais; a decisão firma-se numa norma que, embora não viole normas de direitos fundamen-

tais ou de outros direitos protegidos pelo § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, é, entretanto, por outras razões, inconstitucional; a decisão, conquanto apoiada numa lei constitucional, viola, por meio da sua aplicação imediata, direitos fundamentais ou direitos equivalentes, insertos no § 90 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

Em relação ao recurso constitucional dirigido contra procedimentos judiciais, o embasamento legal configura-se nestas prescrições da Lei Fundamental: artigo 101, alínea 1, frase 2,[31] artigo 103, alínea 1,[32] artigo 104 e artigo 19, alínea 4.

3.3.4. Omissão judicial

A omissão judicial também pode ser impugnada por meio do recurso constitucional. Da mesma forma como na omissão executiva, também a omissão judicial como objeto do recurso constitucional é uma questão pacífica.

4. Critério normativo

No tocante ao recurso constitucional, o critério normativo está situado nos direitos fundamentais do artigo 93, alínea 1, número 4a, da Lei Fundamental, e nos direitos de igual categoria do § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Esses enunciados normativos contêm uma previsão taxativa. Outros direitos não se prestam ao critério normativo, como, por exemplo, as regras gerais do Direito Internacional Público, a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, a Convenção Européia dos Direitos Humanos e os direitos fundamentais estaduais.

5. Faculdade para promover o recurso constitucional

Duas são as exigências para haver a faculdade de propor o recurso constitucional, as quais têm procedência diversa: uma advém da jurisprudência constitucional e a outra decorre de mandamento normativo.

O Tribunal Constitucional Federal desenvolveu em sua jurisprudência a fórmula da violação "pessoal, presente e direta". Numa de suas primeiras decisões, o tribunal restringiu essa fórmula ao âmbito da lei. Mais tarde, entretanto, estendeu-a a todas as ações do poder público, valendo também para as omissões.

A violação presente requer que o promovente prove que está sendo violado pessoalmente em seus direitos fundamentais ou a esses equiparados. O ponto decisivo está na interferência da ação na protegida esfera jurídica do promovente. Nesse aspecto, o recurso constitucional se diferencia da ação popular, exemplificadamente da ação popular bávara.

A violação presente significa uma violação atual e não "virtual" ou futura. A condição de estar sendo violado não é a de "poder ser violado".

Enfim, a violação direta tem sua relevância prática quando o recurso constitucional está dirigido contra uma lei. Alguém está "diretamente" afetado por meio de uma lei quando, sem a intercalação de outro ato do poder público, deve observá-la e cumpri-la. Alguém está "indiretamente" afetado quando a lei apresenta, primeiro, uma autorização de atuação ao poder público, da qual, por sua vez, resultará a intervenção nos direitos fundamentais do afetado. A violação indireta envolve atos de execução, havendo, em decorrência, antes, a necessidade do esgotamento das vias judiciais.

Segundo o § 90, alínea 2, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, e o artigo 94, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental, o esgotamento prévio das vias judiciais é um dos pressupostos processuais mais importantes do recurso constitucional. Nessa conexão devem ser considerados a posição do artigo 19, alínea 4, da Lei Fundamental, e o princípio da subsidiariedade.

O recurso constitucional, consoante com o artigo 93, alínea 1, número 4a, da Lei Fundamental, ultrapassa a garantia da via judicial oferecida pelo artigo 19, alínea 4, da Lei Fundamental. Os atos do poder público deste não compreendem aqueles do poder judiciário e aqueles do poder legislativo. Sobrevém, em conseqüência, a questão de se saber quais são as vias judiciais a serem esgotadas. Em relação às medidas do poder executivo, há o artigo 19, alínea 4, da Lei Fundamental, além delas estarem submetidas, em grandes proporções, ao controle judicial-administrativo. No que toca às decisões judiciais, existem a apelação e o recurso de cassação. Em pertinência às leis em sentido formal, carece o ordenamento jurídico de vias judiciais.

O princípio da subsidiariedade, considerado atualmente como o desenvolvimento judicial mais importante do direito processual constitucional, foi resumido pelo Tribunal Constitucional Federal em duas considerações que o fundamentam, na BVerfGE 49, 252 (258):

> "O princípio da subsidiariedade, que encontrou a sua expressão no § 90, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, ancorado no artigo 94, alínea 2, frase 2, da Lei Fundamental (BVerfGE 42, 243 (249)), tem por base duas ponderações: o próprio promovente deve, em primeiro lugar, empenhar-se para remover, na prossecução de instâncias, uma possível violação de direitos fundamentais. Ele está obrigado, por princípio, à esgotadura recursal; somente então pode recorrer ao Tribunal Constitucional Federal. Por outro lado, o esgotamento das vias judiciais não é apenas um pressuposto processual; o princípio da subsidiariedade contém, ao mesmo tempo, um fundamental enunciado sobre a relação dos tribunais especializados com o Tribunal Constitucional Federal. Segundo a distribuição de competências da Lei Fundamental, incumbe aos tribunais, em primeiro lugar, a tarefa de defender e de realizar os direitos fundamentais. (...) Ao preceito do esgotamento das vias judiciais corresponde o dever dos tribunais de, eles próprios, removerem, na prossecução de instâncias, uma possível infração de direitos fundamentais."

31. Artigo 101, alínea 1, frase 2: "Tribunais de exceção são inadmissíveis. *Ninguém deve ser privado de seu juiz natural.*"
32. Artigo 103, alínea 1: "Diante do tribunal qualquer pessoa tem o direito de ser ouvida."

Em decisões posteriores o Tribunal Constitucional Federal continuou ratificando a segunda ponderação. A primeira, entretanto, foi precisada: o princípio da subsidiariedade exige que o promovente, ultrapassando a regra do esgotamento das vias judiciais no sentido estrito, aproveite as possibilidades processuais à sua disposição para obter uma correção da violação alegada de direitos fundamentais ou impedir uma violação de direitos fundamentais. Esta precisão foi circunscrita dentro dos limites do exigível.

O § 90, alínea 2, frase 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, todavia, admite que o Tribunal Constitucional Federal pode desconsiderar a exigência do esgotamento das vias judiciais quando o recurso constitucional é de significado geral ou suceder ao promovente um prejuízo grave e inevitável, caso ele for remetido primeiro à via judicial.

6. Legitimados à propositura do recurso constitucional e prazo

A expressão "qualquer pessoa", do § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, refere-se aos titulares de direitos fundamentais, que podem ser tanto pessoas naturais como pessoas jurídicas e associações carentes de personalidade jurídica.

Sob pessoas naturais são compreendidos tanto os nacionais como os estrangeiros.

No tocante às pessoas jurídicas, aquelas de direito privado não oferecem dificuldades. Elas existem em relação às pessoas jurídicas de direito público. Na medida que estas desempenham tarefas públicas, não dispõem do recurso constitucional. Situação diversa existe quando se deve agregar diretamente às pessoas jurídicas de direito público o âmbito vital protegido pelos direitos fundamentais. Nesse caso, o Tribunal Constitucional Federal tem considerado como legitimados à propositura do recurso constitucional, as universidades, as faculdades e as emissoras de radiodifusão.

Associações carentes de personalidade jurídica são, por exemplo, as sociedades civis e comerciais e os partidos políticos, aos quais se reconheceu a legitimidade para a propositura do recurso constitucional.

A propositura do recurso constitucional cinge-se, em princípio, ao prazo de um mês, dentro do qual o recurso também deve ser fundamentado.

Se a não-observância mensal desse prazo mensal decorre porque o promovente estava, sem culpa, impedido, deve ser-lhe concedido, então, o restabelecimento.

Quando o recurso constitucional tem por objeto uma lei ou um outro ato do poder público, o prazo para a propositura é de um ano, a partir da entrada em vigor da lei ou da promulgação do ato do poder público. Nesse caso, o restabelecimento não é mais possível.

No caso de omissão legislativa, não há prazo durante a sua permanência. A partir da sua cessação, aplicar-se-á a alínea 1 ou 3 do § 93 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,[33] em consonância com a situação concreta.

7. Pressupostos da admissão do recurso constitucional

O recurso constitucional requer, para a decisão, admissão. Na alínea 2 do § 93a, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, encontram-se os critérios que, presentes, obrigam a admissão do recurso constitucional.

7.1. Significado fundamental jurídico-constitucional

Na medida em que ao recurso constitucional corresponde significado fundamental jurídico-constitucional, ele deve ser admitido. À letra a, da alínea 2, do § 93a, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal vincula-se a função objetiva do recurso constitucional. Por meio dessa prescrição evidencia-se a função essencial da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, não só para a administração e jurisprudência, como também para o legislador, ou seja, a interpretação vinculatória da Lei Fundamental e o destaque de linhas diretivas para os futuros modos de proceder. O significado fundamental jurídico-constitucional também traduz a possibilidade de o Tribunal Constitucional Federal rever a sua jurisprudência, contra a qual houverem sido levantadas objeções qualificadas.

7.2. Indicação da realização dos direitos mencionados no § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal

A verificação dos pressupostos da admissão é alternativa, isto é, se ao recurso constitucional não corresponde significado fundamental jurídico-constitucional, analisa-se, então, se há a indicação da realização dos direitos mencionados no § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. O fundamento da indicação é, aqui, objetivo (importância objetiva).

7.3. Indicação de um especial prejuízo grave

No exame dos pressupostos da admissão, a indicação também pode configurar-se por meio de um especial prejuízo grave ao promovente. O fundamento da indicação é, aqui, subjetivo (importância subjetiva). No § 93a, alínea 2, letra b, segunda parte da frase, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, situa-se a função subjetiva do recurso constitucional.

33. § 93, alínea 1: "O recurso constitucional deve ser proposto e deve ser fundamentado dentro de um mês. O prazo inicia com a notificação ou comunicação informal da decisão redigida em forma completa, quando ela, consoante às prescrições jurídico-processuais determinadoras, deve ser realizada de ofício. Nos outros casos o prazo inicia com a proclamação da decisão ou, quando ela não deve ser proclamada, com a sua comunicação diversa ao promovente; se, nisso, não for dado ao promovente uma cópia da decisão em forma completa, o prazo da primeira frase, por meio disso, então, será interrompido a fim de que o promovente solicite, por escrito ou no protocolo da secretaria, a dação de uma decisão redigida em forma completa. A interrupção persiste até quanto a decisão em forma completa for dada ao promovente pelo Tribunal Constitucional Federal ou lhe for remetida, de ofício ou por uma das partes no procedimento."
alínea 3: "Se o recurso constitucional dirige-se contra uma lei ou contra um outro ato de poder público, contra o qual não há via judicial aberta, o recurso constitucional, então, somente pode ser proposto dentro de um ano, a partir da entrada em vigor da lei ou da promulgação do ato de poder público."

8. Decisão sobre o recurso constitucional

8.1. Deferimento do recurso constitucional dirigido contra uma decisão

A decisão do § 95, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,[34] compreende qualquer medida do poder público, que pode ser objeto do recurso constitucional, em consonância com o § 90, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Assim, decisão não é apenas sentença judicial, mas também o ato administrativo. A sentença é infirmada, total ou parcialmente, e remetida a um tribunal competente. O ato administrativo também é infirmado.

8.2. Deferimento do recurso constitucional dirigido contra uma lei

De acordo com o § 95, alínea 3, frase 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,[35] quando o recurso constitucional, que foi dirigido contra uma lei, for deferido, o Tribunal Constitucional Federal deve declarar essa lei nula. A respectiva decisão tem caráter declaratório, com efeito *ex tunc*. A lei da qual se decidiu não mais pode ser aplicada pelos tribunais e pela administração e o cidadão não precisa cumpri-la.

O Tribunal Constitucional tem, todavia, elaborado outras fórmulas decisórias, que são, também nesse caso, aplicadas.

a. Nulidade parcial

aa. Nulidade parcial quantitativa

Dela se trata quando a declaração de nulidade recai sobre um parágrafo, alínea, frase, parte da frase, palavra ou parte da palavra.

bb. Nulidade parcial qualitativa

Essa ocorre quando o âmbito de aplicação da lei inferior, que viola a lei superior, é restringido ou ampliado, sem haver redução do texto normativo. Ela incide sobre constelações de casos, ou seja, parte da lei é nula em relação a determinados casos de aplicação.

c. Declaração de incompatibilidade

Quando o Tribunal Constitucional Federal chega à convicção de que uma lei (ou parte de uma lei) viola a Lei Fundamental, ele a declara incompatível com a Lei Fundamental, sem, todavia, afirmar a sua nulidade.

A declaração de incompatibilidade justifica-se quando, por meio de uma declaração de nulidade seria configurado um estado que situar-se-ia ainda mais distante da ordem constitucional do que a regulação inconstitucional. Ela também é admissível quando ao legislador estão dadas várias possibilidades de afastar a violação constitucional e a declaração de nulidade for uma intervenção na liberdade de conformar do legislador.

34. § 95, alínea 2: "Se o recurso constitucional contra uma decisão for deferido, o Tribunal Constitucional Federal, então, infirma essa decisão e nos casos do § 90, alínea 2, frase 1, remete a causa a um tribunal competente."

35. § 95, alínea 3, frase 3: "Se o recurso constitucional contra uma lei for deferido, essa lei deve, então, ser declarada nula. O mesmo vale quando o recurso constitucional for deferido conforme a alínea 2, porque a decisão infirmada funda-se sobre uma lei inconstitucional. *A prescrição do § 79 vale por analogia.*"

Em regra, a declaração de incompatibilidade tem o efeito segundo o qual os tribunais e a administração estão impedidos de aplicar a lei objetada, devendo aguardar, com o procedimento pendente, a nova regulação do legislador. Excepcionalmente, porém, o Tribunal Constitucional Federal admite valha a lei declarada incompatível com a Lei Fundamental durante um período transitório, isto é, até haver a feitura de uma nova pelo legislador.

Outro consectário da declaração de incompatibilidade de uma lei com a Lei Fundamental está no dever do legislador, que é expressado, em modificar a lei assim declarada, a fim de conciliá-la com a Lei Fundamental. Por meio dessa conseqüência, a declaração de incompatibilidade diferencia-se da declaração de nulidade: nesta, o próprio Tribunal Constitucional Federal remove a violação constitucional e, naquela, a remoção da violação constitucional é dever do legislador.

d. A lei "ainda constitucional" e o assim denominado "apelo ao legislador"

Uma "decisão apelo" configura-se quando o Tribunal Constitucional Federal, no exame de uma lei, constata defeitos jurídico-constitucionais mas, em razão de interesses e pontos de vista prioritários, jurídico-constitucionais relevantes (ainda) não declara a lei incompatível com a Lei Fundamental, senão notifica o legislador, nos fundamentos da decisão, a, em breve, remover o defeito jurídico-constitucional reconhecido. O prazo para o cumprimento do dever legislativo é nuançado: ora vai até o final da legislatura, ora não tem uma data-limite determinada.

Na base das "decisões-apelo" estão considerações pragmáticas, em resposta ao "tornar-se inconstitucional" de uma lei, cuja sucessão está vinculada às mudanças das relações fáticas havidas no tempo da sua entrada em vigor.

e. Interpretação conforme a constituição

A interpretação conforme a constituição não é apenas uma regra de interpretação, uma vez que ela concretiza, ao mesmo tempo, um princípio do direito processual constitucional, segundo o qual uma lei não deve ser declarada nula se é possível interpretá-la de acordo com a constituição. Esse "acordo" não só existe quando a lei admite uma interpretação sem a atração dos pontos de vista constitucionais, como, também, pode ser estabelecido por meio de determinação de um conteúdo ambíguo ou indeterminado da lei por via de conteúdos constitucionais.

Sob o aspecto diferenciador, enquanto na nulidade parcial qualitativa declaram-se determinados "casos de aplicação" como incompatíveis, na interpretação conforme a constituição declaram-se determinadas "possibilidades de interpretação" como incompatíveis.

Como tarefa, a interpretação conforme a constituição cabe não somente ao Tribunal Constitucional Federal, mas a todos os tribunais, máxime no controle normativo.

A sua justificação encontra-se, sobretudo, na unidade do ordenamento jurídico. O outro argumento justificador situa-se na presunção da validade da lei (o *favor legis*).

f. Interpretação orientada pela constituição - diferença

Essa expressão, que o Tribunal Constitucional Federal não emprega, significa: no procedimento de aplicação de uma norma, cuja constitucionalidade não está questionada, que permite possibilidades de interpretação, deve-se escolher aquela interpretação que está mais próxima da constituição. Ela serve para otimizar os postulados constitucionais na decisão do caso concreto e tem contribuído para o desenvolvimento do direito vigente em direção à realização dos direitos fundamentais e à efetivação de exigências referentes ao Estado de Direito.

8.3. Deferimento do recurso constitucional dirigido contra uma omissão legislativa

8.3.1. Omissão legislativa absoluta

Na medida em que uma norma inexistente não pode ser declarada nula, resta a alternativa da declaração de incompatibilidade da omissão. Na prática, entretanto, isso não tem ocorrido.

O Tribunal Constitucional Federal tratou, por meio do procedimento do recurso constitucional, da omissão legislativa absoluta, referente ao artigo 6º, alínea 5, da Lei Fundamental,[36] na BVerfGE 25, 167. O objeto do recurso constitucional, entretanto, não foi a omissão legislativa, senão uma sentença a ela vinculada, cuja pronúncia fora feita pelo tribunal estadual de primeira instância, sito em Kiel. Nessa decisão, o Tribunal Constitucional Federal frisou, primeiro, que essa prescrição de direito fundamental contém um encargo (obrigatório) ao legislador, cuja execução não está ao seu livre alvedrio. Ele está, antes, obrigado a cumprir a promessa declarada na citada norma fundamental e viola a constituição, se omite, dentro de um prazo razoável, a execução do mandado constitucional ou promulga leis que não correspondem ao mandamento constitucional.

Em seguida, o Tribunal Constitucional Federal ocupou-se com um problema, decisivo para o caso: se, tendo em vista o ainda não cumprimento desse mandado constitucional pelo legislador, essa prescrição constitucional ganha, então, validade imediata no sentido de derrogar aquelas determinações consagradas do direito ordinário que são incompatíveis com a decisão valorativa constitucional, e, se a lacuna daí advinda pode ser coberta pelo juiz por meio de interpretação jurídica criadora, com fundamento no artigo 6º, alínea 5, da Lei Fundamental, enquanto o legislador não age. Ambas as questões receberam resposta positiva: seria incompatível com o caráter de direito fundamental da prescrição e com sua estreita relação referente a valores centrais da ordem constitucional, acreditar que a constituição quis contentar-se fosse o referido artigo, em sua significação perante as prescrições consagradas contrárias do direito ordinário, apenas um mero princípio programático. Antes, tem de se partir do fato de que, nesse caso, a vontade da constituição, se e desde que isso seja possível, deve ser realizada pelo poder judiciário no âmbito a ele acessível.

36. Artigo 6º, alínea 5: "Aos filhos ilegítimos devem ser estabelecidas, por meio da legislação, as mesmas condições para o seu desenvolvimento físico e espiritual e para a sua situação na sociedade como para os filhos legítimos."

Em referência, o Tribunal Constitucional Federal observou ainda que isso não viola o princípio da separação dos poderes, porque a dilatação funcional do poder judiciário, decorrente da inatividade do legislador, tem apenas uma natureza subsidiária: ao legislador está disponível, em qualquer tempo, chamar novamente a si o cumprimento do mandado constitucional, que está, em primeiro lugar, a ele endereçado, e concretizá-lo em consonância com as suas concepções.

As considerações dos dois últimos parágrafos, o Tribunal Constitucional Federal já as fizera quando cuidou da omissão legislativa absoluta pertinente ao artigo 117, alínea 1,[37] conecto com o artigo 3º, alínea 2, ambos da Lei Fundamental,[38] na BVerfGE 3, 225.

8.3.2. Omissão legislativa relativa

Assim como na omissão legislativa absoluta, também aqui a declaração de nulidade da omissão legislativa relativa está excluída. Permanecem, então, como modalidades a declaração de nulidade, a declaração de incompatibilidade da lei (ou parte da lei) e a declaração de incompatibilidade da omissão. Esta, também nesse âmbito, não tem sucedido.

Em decorrência de a omissão legislativa relativa possuir a sua relevância em confronto com o princípio isonômico, cuja violação, por sua vez, pode ser diretamente questionada por meio do recurso constitucional, é importante assinalar como o Tribunal Constitucional Federal tem avaliado, no procedimento relativo ao referido recurso, expressamente, na parte dispositiva da decisão, a lei infratora do princípio isonômico. As fórmulas seguintes foram aplicadas: declaração de nulidade quantitativa, declaração de nulidade qualitativa e declaração de incompatibilidade.

9. Custas e taxas

A alínea 1 do § 34 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal diz que o procedimento do Tribunal Constitucional Federal é gratuito. Entretanto, expressa a alínea 2 do parágrafo mencionado: uma taxa de até cinco mil marcos alemães pode, todavia, ser imposta pelo Tribunal Constitucional Federal se a propositura do recurso constitucional ou do recurso consoante ao artigo 41, alínea 2, da Lei Fundamental, apresenta um abuso, ou quando um pedido para a decretação de uma medida cautelar (§ 32) está proposta de modo abusivo.

VII. Conclusão

Os direitos fundamentais, no contexto aqui trabalhado, revelam-se não como programas, a livre disposição, senão como decisões valorativas fundamentais da Lei Fundamental que, por uma lado, enformam e determinam, em grande medida, a ordem democrática e estatal-jurídica por ela mesma instituída e, por outro, limitam e, não menos, orientam a atividade do poder estatal.

37. Artigo 117, alínea 1: "O direito contrário ao artigo 3º, alínea 2, permanece em vigor até a sua adaptação a essa prescrição, todavia, não além do dia 1 de março de 1953."

38. Artigo 3º, alínea 2: "Homens e mulheres gozam dos mesmos direitos."

Além disso, o meio de proteção jurídico-constitucional, dado pela Lei Fundamental pelo recurso constitucional, serve para a atualização e realização dos direitos fundamentais, que encontram na Lei Fundamental tanto a sua sede material como o ponto de partida dos órgãos aplicadores do direito, cuja esfera de abstração encontra seus limites extremos na unidade da ordem jurídica, simultaneamente, também contextualizada e condicionada cultural e socialmente, o que possibilita primeiro a essa unidade ganhar realidade por construção, manutenção e defesa por meio de averiguação e circunscrição racional, que interessa à Constituição.

A expressão disso encontra-se, por exemplo, no desenvolvimento realizado pela jurisprudência do preceito da proporcionalidade. A sua relação com o princípio do Estado de Direito foi estabelecida por dedução, ou seja, argumentativamente; assim também foi trabalhada, cada vez, a sua relação com determinados fatos dados, ordenados diversamente pela ordem jurídica.

Los Procesos a Distancia y Otros Modos de Cooperacion Judicial Internacional en el Mercosur(*)

María Blanca Noodt Taquela

Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Morón. Profesora de cursos de Posgrado de Derecho del Comercio Internacional de la Universidad de Buenos Aires.

I. La Cooperacion Judicial Internacional en el Mercosur

Desde sus comienzos el Mercosur se ha ocupado de regular la cooperación judicial internacional, regulación que se encuentra fundamental, pero no exclusivamente, contenida en el *Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa*, suscripto en Las Leñas, el 27 de junio de 1992, y en el *Protocolo de Medidas Cautelares*, firmado en Ouro Preto el 17 de diciembre de 1994[1], aprobados por Argentina por leyes 24.578 y 24.579 respectivamente y ratificados ambos por Argentina, Brasil y Paraguay.

Nos proponemos analizar en esta exposición algunos aspectos particulares de la cooperación internacional, ya que existen normas del Mercosur que prevén modos particulares de cooperación internacional, como el **proceso a distancia** previsto en el *Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo*, firmado en Fortaleza el 17 de diciembre de 1996, C.M.C. dec. 10/96.

El proceso a distancia aparece también en el *Protocolo de Medidas Cautelares* de 1994, que contempla **otros modos de cooperación internacional**.

* Publicado en *El Derecho Procesal en el Mercosur. Libro de Ponencias. Santa Fe, Octubre de 1997*,Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1997, págs. 327-337.

1. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo *Un instrumento para la integración jurídica regional. El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur, aprobado en Las Leñas, República Argentina, el 27 de junio de 1992*, en VAZQUEZ, María Cristina "Estudios Multidisciplinarios sobre el Mercosur", Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, págs. 135/163; TELLECHEA BERGMAN, Eduardo *Panorama de los Protocolos del Mercosur sobre Derecho Internacional Privado, con especial referencia a aquellos relativos a la cooperación jurídica internacional*, en "Del Mercosur. Aduana. Jurisdicción. Informática. Relaciones Intercomunitarias.", Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1996, págs. 187/241.

Nos referiremos también a algunos **obstáculos para la cooperación internacional** derivados de normas o situaciones internas.

Por último abordaremos la **aplicación de otras convenciones** de cooperación internacional en la región y la compatibilización de los instrumentos del Mercosur con otros tratados internacionales.

II. El Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdiccion Internacional en Materia de Relaciones de Consumo.

1. Las reglas de jurisdicción internacional en el Protocolo de Santa María.

La regla básica o general de jurisdicción internacional, como la denomina el art. 4, es el **domicilio del consumidor**, ya sea este actor, como sucederá habitualmente, o demandado.

Se contemplan además jurisdicciones concurrentes en beneficio exclusivo del consumidor: el lugar de celebración del contrato, el lugar de cumplimiento de la prestación de servicio o entrega de los bienes (prestación característica) y el domicilio del demandado (art. 5).

Estas jurisdicciones alternativas se abren por voluntad exclusiva del consumidor, manifestada expresamente en el momento de entablar la demanda (art. 5).[2]

La regla básica establecida y el carácter excepcional de las jurisdicciones concurrentes, traen como consecuencia que raramente el proveedor litigará ante los jueces de su domicilio, ya que se privilegia la parte débil en la relación contractual, esto es, el consumidor, en cuyo beneficio el Protocolo se aparta del criterio general atributivo de jurisdicción internacional, del juez del domicilio del demandado.

La contrapartida de este beneficio del consumidor, es permitir al proveedor, normalmente demandado, realizar actos procesales a distancia.

2. El proceso a distancia en el Protocolo de Santa María

El Protocolo de Santa María contempla la posibilidad de que **el demandado realice los actos procesales más importantes del juicio**, como contestar demanda, ofrecer pruebas, e interponer recursos, **ante los jueces de su domicilio** (art. 9. 1.) En realidad están incluidos todos los actos procesales, ya que la norma alude a la realización de "actos procesales que de ellos deriven", es decir que además de los actos más importantes mencionados expresamente se incluye cualquier otro acto procesal. La presentación a distancia está condicionada a que esté autorizada por los principios esenciales y básicos del

2. El art. 5 dispone: *También tendrá jurisdicción internacional "excepcionalmente" y por voluntad exclusiva del consumidor, manifestada expresamente en el momento de entablar la demanda...* ¿Qué significa *excepcionalmente*? Creo que no agrega nada a la frase siguiente: que operan por voluntad exclusiva del consumidor. Cabe preguntarse si el consumidor no manifestó expresamente al iniciar la demanda que optaba por esa jurisdicción ¿el juez debería requerirle que haga una declaración en ese sentido o debería declararse incompetente de oficio? La primera alternativa parece más apropiada.

ordenamiento procesal del tribunal actuante (art. 9.1.).

El juez del domicilio del demandado, quien actúa como juez requerido, remite la documentación al juez requirente a través de Autoridad Central, según el procedimiento establecido por el Protocolo de Las Leñas (art. 9.1 y 9.3)

Para que sea posible la realización de actos procesales a distancia, se proveen comunicaciones entre los jueces intervinientes. El juez requirente - ante quien tramita el proceso -, tiene que informar al juez requerido - juez del domicilio del demandado - :

a) el derecho aplicable a la relación de consumo (art. 9.4): El juez donde tramita el proceso tendrá que determinar el derecho aplicable al fondo del asunto, al dar traslado de demanda y ordenar el exhorto para notificar dicho traslado, a diferencia de lo que sucede normalmente, que el juez declara en la sentencia el derecho aplicable al caso.

b) el derecho procesal del Estado donde tramita el proceso, certificada por el juez requirente, a fin de que el proveedor demandado pueda realizar los actos procesales a distancia (art. 9.4). Esta información deberá necesariamente estar contenida en el exhorto que se libre para notificar el traslado de demanda, ya que si bien el demandado puede realizar los actos procesales ante el juez de su domicilio, debe hacerlo de acuerdo a la ley procesal del país donde tramita el juicio (art. 10).

¿Cómo se solucionarán problemas como la exigencia de firma de letrado matriculado en la jurisdicción donde tramita el juicio? Dado que las normas procesales aplicables son las del lugar del juicio (art. 10), si ellas exigen la intervención de abogado, habría que exigirlo. Pero, si es necesario que intervenga un abogado del país donde tramita el juicio, ¿que utilidad tiene la presentación ante el juez del domicilio del demandado?

Dado que se desvirtuaría la finalidad del proceso a distancia, que es evitar que el demandado tenga que litigar en otro país distinto del de su domicilio, hay que interpretar que no se requerirá la firma de abogado matriculado en el país donde tramita el juicio, quedando suplido el recaudo con la firma de abogado del país del domicilio del demandado.

III. El Proceso a Distancia y Otros Modos de Cooperacion en el Protocolo de Medidas Cautelares.

La traba de medidas cautelares en el extranjero torna mucho más difícil la cooperación judicial, por la incidencia del derecho de fondo – que aún no ha sido declarado en forma definitiva – en la adopción de estas medidas, y por la circunstancia de que implican ejercer coerción sobre los bienes o las personas.

Si en las diligencias de mero tramite y en las medidas de prueba, el papel del juez requerido es relativamente reducido – ya que prestará el auxilio judicial salvo que medien razones de orden público internacional – y en el reconocimiento de senten-

cias extranjeras, sus facultades crecen notablemente[3], cuando se trata del cumplimiento de medidas cautelares en el extranjero, se reparten en forma más o menos equilibrada los ámbitos de aplicación de las leyes del lugar donde tramita el proceso y del lugar de cumplimiento de la medida y la competencia de uno y otro juez, para resolver determinados aspectos del proceso cautelar.

De acuerdo al *Protocolo de Medidas Cautelares* de 1994[4], el juez requirente, es decir el juez del Estado donde tramita o deberá tramitar el proceso principal, es quien resuelve sobre la **admisibilidad de la medida cautelar**, aplicando su ley (art. 5).

Este juez del proceso principal es quien resuelve la **oposición** que el demandado o terceros pudieran formular a la medida cautelar trabada y lo hace aplicando su ley (art. 9, segundo párrafo), salvo que la **oposición sea relativa al dominio u otros derechos reales**, en cuyo caso la cuestión es resuelta por el juez requerido según su ley (arts. 9, segundo párrafo y 7 inc. c).

Dejando de lado las cuestiones relativas a derechos reales, las demás oposiciones o pedidos de levantamiento, si bien son resueltas por el juez requirente, se plantean ante el juez requerido, quien debe remitir las actuaciones al juez requirente para que este las resuelva.

Existen también aquí actos procesales realizados a distancia. El demandado o los terceros hacen la presentación ante el juez requerido, que será probablemente el del domicilio del oponente, evitando así una presentación judicial en el extranjero.

En materia de medidas cautelares el sistema de los actos procesales a distancia no es nuevo, ya que aparece también en la *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares*, suscripta en Montevideo, el 8 de mayo de 1979, CIDIP-II[5] aprobada por Argentina por ley 22.921 y en el *Tratado de Derecho Procesal Internacional* de Montevideo de 1940 (arts. 13 y 14), aunque el Protocolo del Mercosur ha desarrollado más esta forma de cooperación internacional.

La resolución de la oposición la efectúa el juez requirente según sus leyes, salvo que la medida sea **absolutamente improcedente**, en cuyo caso el mismo juez requerido dispone el levantamiento según sus leyes, como también podría haber rechazado directamente la medida, sin dar cumplimiento al requerimiento de cooperación (art. 8).

La ley del Estado del juez requirente se aplica también para determinar el **plazo que existe para iniciar el proceso principal**, bajo pena de ineficacia de la medida cautelar preparatoria (arts. 13 y 14 inc. a). El juez requirente debe comunicar ese plazo al solicitar la medida y posteriormente comunicar la promoción de la demanda principal (art. 14), así como el juez requerido debe comunicar la fecha de traba de la medida o las razones por las cuales no fue cumplida (art. 15).

En suma, las cuestiones que deben ser resueltas por el **Juez requerido, según sus leyes**, son varias:

a) El cumplimiento de las medidas cautelares, en tanto los bienes estén situados o las personas residan en ese país.

b) La determinación y efectivización de la contracautela. (art. 6)

c) La ejecución de la medida (art. 6)

d) La modificación de las medidas cautelares, incluyendo la reducción y sustitución de las mismas (art. 7 inc. a).

e) Las sanciones por malicia y abuso (art. 7 inc. b).

f) Las oposiciones basadas en el dominio y demás derechos reales (art. 7 inc. c), como las tercerías de dominio, privilegios de acreedores hipotecarios y prendarios.

g) El rechazo o levantamiento de la medida por su absoluta improcedencia (art. 8).

h) La concesión de un efecto limitado territorialmente, cuando se trata de medidas cautelares respecto de menores, hasta tanto exista sentencia firme (art. 12).

Como puede advertirse el *Protocolo de Medidas Cautelares*, distribuye de un modo más o menos equilibrado las cuestiones en las que compete entender al juez del Estado donde tramita el proceso principal y al juez del Estado donde deben cumplirse las medidas cautelares.

El *Protocolo de Medidas Cautelares* del Mercosur no contempla las **medidas cautelares territoriales**, es decir aquellas que pueden ser solicitadas y adoptadas directamente por el juez del lugar donde se encuentran los bienes o residen las personas, aunque no sea el juez investido de ju-

3. Especialmente, en el análisis de la jurisdicción indirecta que según el sistema originario del *Protocolo de Las Leñas* (art. 20 inc. c) debe ser juzgada de acuerdo a la ley del Estado requerido. Los Protocolos posteriores del Mercosur que regulan la jurisdicción internacional han ido modificando parcialmente esta norma, al disponer que las normas de jurisdicción directa acordadas entre los países del Mercosur, regulen también la jurisdicción indirecta: *Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual*, Buenos Aires, 5 de agosto de 1994. C.M.C. dec. 1/94 (art. 14); *Protocolo De Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de relaciones de consumo*. Santa María, 17 de diciembre de 1996. C.M.C. dec. 10/96 (art. 12) . Sin embargo, ni el *Anexo II al Acuerdo sobre Transporte Multimodal*, ni el *Protocolo De San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre los Estados Partes del Mercosur*. Potrero de los Funes, provincia de San Luis, 25 de junio de 1996. C.M.C. dec. 1/96, hacen referencia a la jurisdicción indirecta, a pesar de contener normas sobre jurisdicción. A pesar de la omisión, la solución será indudablemente la misma: el análisis de la jurisdicción indirecta deberá realizarse de acuerdo a las normas convencionales del Mercosur y no según las normas de jurisdicción de fuente interna de los respectivos países.

4. Sobre el *Protocolo de Medidas Cautelares* puede verse DREYZIN de KLOR, Adriana S. *Algunas reflexiones sobre el Protocolo de Medidas Cautelares*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, nº 8 "Nulidades", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, págs. 513-539. Noodt Taquela, María Blanca Asimetrías conceptuales y normativas en el Mercosur ¿Se puede trabar hoy un embargo preventivo en Brasil? en *Revista del Derecho del Mercosur*, Buenos Aires, suplemento, junio de 1998, donde se comenta la sentencia del STF de Brasil del 4 de mayo de 1998, en la carta rogatoria nº 8.279 de la República Argentina, que considera que el Protocolo de Medidas Cautelares no se encuentra en vigencia en Brasil por no haberse dictado el decreto del Presidente de la República.

5. La *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares* se encuentra vigente en siete Estados: Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay. Dado que los únicos países ratificantes del *Tratado de Derecho Procesal Internacional* de Montevideo de 1940, son parte en la Convención Interamericana, las normas del Tratado de 1940 referidas a medidas cautelares han dejado de tener vigencia.

risdicción internacional para intervenir en el proceso. En cambio, este tipo de medidas están contempladas en la *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares* (art. 10) y en la Convención de Bruselas de 1968 (art. 24).

La medida adoptada por el juez del lugar de situación de los bienes queda sujeta a la confirmación del juez con jurisdicción internacional para entender en el proceso principal. Aparece así otro modo de cooperación ente los jueces de Estados diferentes.

IV. Obstaculos Para la Cooperacion Judicial Internacionaal Derivados de Normas o Situaciones Internas

La aprobación de normas convencionales para facilitar la cooperación judicial internacional es necesaria pero no suficiente para que esta se concrete efectivamente, ya que las normas o determinadas situaciones internas de los Estados, pueden obstaculizar la cooperación.

Uno de los obstáculos más notorios está dado por la *Constitución de Brasil de 1988*, que en su art. 102 inc. 1º, apart. h), dispone que compete al Supremo Tribunal Federal la homologación de las sentencias extranjeras y la concesión de exequatur a las cartas rogatorias[6], el que puede ser atribuido por su reglamento interno al presidente del Tribunal.

La circunstancia de que los exhortos tengan que pasar necesariamente por el Supremo Tribunal Federal, dificulta la cooperación judicial internacional.[7]

El art. 17 de la *ley de introducción al Código Civil de Brasil*, que niega eficacia a los actos provenientes de otro país, cuando afectaran la soberanía nacional, el orden público y las buenas costumbres, ha sido utilizado como base legal para negar, a veces, la cooperación internacional requerida.[8]

El **análisis de la jurisdicción indirecta** en el cumplimiento de los exhortos internacionales ha constituido uno de los obstáculos para la cooperación. El Supremo Tribunal Federal ha concedido el exequatur a las cartas rogatorias cuando exista jurisdicción concurrente, en los términos del art. 88 del Código del Proceso Civil pero aclarando que cabrá al interesado aceptar o no la jurisdicción extranjera. A partir de 1992, el Supremo Tribunal Federal ha declarado que era jurisprudencia firme del Tribunal, que la facultad del demandado de no aceptar la jurisdicción extranjera, no obsta a la concesión del exequatur para el cumplimiento de la carta rogatoria.[9]

Los autores brasileños han encontrado que esta jurisprudencia resulta concordante con lo dispuesto por el art. 9 de la *Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias*, firmada en Panamá, el 30 de enero de 1975, CIDIP-I[10], aprobada por Argentina por ley 23.503, que dispone: *El cumplimiento de exhortos o cartas rogatorias no implicará en definitiva el reconocimiento de la competencia del órgano jurisdiccional requirente ni el compromiso de reconocer la validez o de proceder a la ejecución de la sentencia que dictare.*

En realidad, la interpretación que se ha dado a la norma mencionada es que elimina el análisis de la jurisdicción indirecta en el cumplimiento de los exhortos, aunque no se prohiba en forma expresa.[11]. La jurisprudencia de Brasil en tanto se refiere sólo a los casos de jurisdicción concurrente, deja abierta la posibilidad que se deniegue el cumplimiento de un exhorto, por existir jurisdicción exclusiva de los tribunales de Brasil.

La **falta de notificación al demandado por carta rogatoria**, ha sido uno de los motivos más frecuentes para rechazar el reconocimiento de una sentencia extranjera en Brasil, como también en Argentina, por ejemplo si se utilizó la vía postal.

Es interesante señalar que la reforma de la *ley 8710 del 24 de septiembre de 1993 del Código del Proceso Civil de Brasil*, convirtió la **notificación por correo** en la regla general (art. 222), pero como la norma se refiere a la notificación dirigida *a cualquier comarca del país*, la doctrina ha interpretado que no resulta aplicable a las notificaciones por correo de tribunales extranjeros, ya que estaría comprometida la soberanía nacional.[12]

La **diversidad de legislación procesal en cada provincia argentina**, de raíz constitucional (art 75 inc. 12 de la Constitución Argentina, reformada en 1994), es vista como una dificultad en materia de cooperación judicial internacional por los autores brasileños. Si bien la supremacía de los tratados internacionales tiene expresa recepción constitucional (art. 75 inc. 22), las diferentes reglamentaciones procesales, incluso por vías de acordadas de los tribunales, pueden obstaculizar la cooperación judicial internacional.

En Argentina, la *Ley de mediación obligatoria, 24.573* puede generar algunas

6. El sistema se remonta al siglo XIX, como lo explican ARAUJO, Nadia de , SALLES, Carlos Alberto de y ALMEIDA, Ricardo R. *Cooperaçao interjurisdicional no MERCOSUL*, en BASSO, Maristela "MERCOSUL. Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros", livraria do advogado, 1995, págs. 339-369, esp. pág. 350). Si bien los avisos de 1847 y 1850 sólo requerían la legalización del cónsul brasileño para el cumplimiento de las cartas rogatorias, ya en 1894, la ley 221 dispuso que el exequatur debía ser conferido por el Gobierno Federal, exigiéndolo para las cartas rogatorias (art. 12.4). La Constitución de 1937 estableció que el exequatur debía ser otorgado por el Supremo Tribunal Federal, norma que se mantiene actualmente en la Constitución de 1988. La reglamentación del trámite de las Cartas Rogatorias ha sido efectuada por la *Portaria nº 26 del Ministerio de Relaciones Exteriores*, del 14 de agosto de 1990, publicada en D.O.U. del 15/8/90.

7. En 1995 se juzgaron el Supremo Tribunal Federal 35. 214 procesos, lo que implica 3.200 procesos por cada uno de los 11 ministros que lo integran. *Revista VEJA*, nº 1474 del 11 de diciembre de 1996, págs. 58-66, citada por UBALDO, Edson Nelson *O Protocolo de Las Leñas*, ponencia presentada en el VI Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur. Santiago de Chile, 22 al 24 de mayo de 1997.

8. ARAUJO, Nadia de y otros, *ob. cit.*, pág. 350; DOLINGER, Jacobo *Direito Internacional Privado (Parte Geral)* 3ª. ed., Río de Janeiro, Renovar, 1994, pág. 346.

9. ARAUJO, Nadia de y otros, *ob. cit.*, pág. 350 y jurisprudencia citada en notas 38 y 39.

10. La *Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias* se encuentra vigente en 17 Estados: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

11. La *Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en el extranjero* de 1970 prohibe en forma expresa el análisis de la jurisdicción indirecta (art. 12).

12. HUCK, Hermes M. e SILVA FILHO, Antonio C. da *A citação por carta rogatória*, en BAPTISTA, L.O. (org.) "Direito e Comercio Internacional: Tendencias e Perspectivas- Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger,", Sao Paulo, LTr., 1994, cit. por ARAUJO, Nadia de y otros, *ob. cit.*, pág. 351, nota 42.

dificultades, por ejemplo en relación a las medidas cautelares, dado que la ley impide la promoción de la demanda, hasta tanto se haya pasado por la instancia previa, no judicial, de la **mediación obligatoria**. La determinación del plazo para iniciar el proceso principal, una vez trabada la medida cautelar preparatoria, puede presentar dificultades, ya que existe una imposibilidad legal de promover la demanda y la mediación no tiene carácter de demanda judicial.

La mediación obligatoria también puede constituir una dificultad para disponer algunas medidas cautelares que requieren la iniciación conjunta del proceso principal, como sucede en el derecho argentino con la intervención societaria, que exige la promoción de la acción de remoción del directorio (arts. 113 y 114 de la *ley de sociedades* 19.550, modificada por la ley 22.903), o la anotación preventiva de litis (art. 229 del *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*).[13]

Dado que la ley argentina 24.573 no ha contemplado estas situaciones, debería razonablemente entenderse que la iniciación del procedimiento de mediación cumple el requisito de iniciación de la demanda a los efectos de las medidas cautelares.

La cooperación judicial internacional puede resultar obstaculizada no sólo por normas internas, sino también por la **inexistencia o falta de implementación de mecanismos para hacerla efectiva**. Por ejemplo, las dificultades que tienen los tribunales para realizar de oficio las diligencias necesarias para prestar la cooperación internacional.

Se ha sostenido doctrinariamente en Brasil que el trámite de oficio previsto en el art. 8 del *Protocolo de Las Leñas* para el cumplimiento de los exhortos, se extiende al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, que de acuerdo al art. 19 del mismo Protocolo, tramita ahora por vía de exhorto y por intermedio de la Autoridad Central.[14]

Más allá de las posturas doctrinarias y discusiones teóricas, puede advertirse que el trámite de oficio se torna una **imposibilidad material** en los sistemas judiciales existentes en los países del Mercosur, particularmente en los casos en que se pretende la ejecución de la sentencia. Será necesaria la designación de un abogado en el país de ejecución para que embargue bienes, inste el remate de los mismos y desde ya, para que conteste la defensas que el demandado pueda plantear al pedido de reconocimiento de la sentencia. El trámite de oficio quizás pueda cumplirse cuando se trata del mero reconocimiento de la sentencia, y no de la ejecución de la misma, por ejemplo, para anotarla en registros públicos, en cuestiones de estado civil, como sentencias de divorcio o de adopción.

De cualquier modo, será necesario que los Estados Parte del Mercosur contemplen la manera de hacer efectiva la cooperación judicial, a través de mecanismos apropiados, ya sea para el reconocimiento de sentencias, el cumplimiento de los exhortos, como para la realización de los actos procesales a distancia.

13. Fácil es advertir que no se trata solamente de un obstáculo para la cooperación internacional, sino de un problema que se presenta también en los casos internos.

14. Se ha discutido en Brasil si puede haber "acción" sin iniciativa de su titular. Ver: ARAUJO, Nadia de y otros, *ob. cit.*, pág. 358. Pienso que se trata de una objeción exclusivamente teórica, que en todo caso quedaría suplida con la petición que el interesado formulase ante el juez que dictó la sentencia a fin de que se libre el exhorto para obtener el reconocimiento.

V. Aplicación de Otras Convenciones de Cooperacion Judicial Internacional en el Mercosur

La existencia de una normativa propia del Mercosur en materia de cooperación judicial internacional, no impide la aplicación de otros tratados internacionales vigentes entre los Estados interesados, ya sean bilaterales o multilaterales, especialmente las convenciones de CIDIP.

Las normas de relación con otras convenciones del *Protocolo de Las Leñas* (art. 35), y del *Protocolo de Medidas Cautelares* (art. 26), permiten la aplicación de disposiciones de otras convenciones más favorables a la cooperación.[15].

En realidad, cabe también la aplicación de normas de otras convenciones en aspectos no regulados por los Protocolos del Mercosur, en virtud de los principios generales en materia de aplicación de tratados internacionales, en particular el art. 59 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969[16], aprobada por Argentina por ley 19.865 y ratificada por los cuatro países del Mercosur.

Por ejemplo, en materia de vías de transmisión de los exhortos, el *Protocolo de Las Leñas* solo contempla la remisión a través de Autoridad Central[17], en tanto las Convenciones Interamericanas, permiten que la transmisión se efectúe por las partes interesadas, en cuyo caso se requiere legalización, por vía diplomática o consular y por vía judicial directa cuando se trata de zonas fronterizas, en estos casos sin necesidad de legalizaciones (arts. 4, 6 y 7 de la *Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias*, arts. 11 y 13 de la *Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero*[18], ambas suscriptas en Panamá del 30 de enero de 1975, CIDIP-I, aprobadas por Argentina por leyes 23.503 y 23.481 respectivamente).

La mayor facilidad que supone la tramitación por Autoridad Central, exenta de legalizaciones (art. 26 del Protocolo de Las Leñas) no puede impedir que las partes uti-

15. El art. 35 del *Protocolo de Las Leñas* dispone: *El presente Protocolo no restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscriptas anteriormente entre los Estados Partes en tanto no lo contradigan.* El art. 26 del *Protocolo de Medidas Cautelares*, en forma más clara, establece: *Este Protocolo no restringirá la aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación contenidas en otras Convenciones sobre Medidas Cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados Partes.*

16. NOODT TAQUELA, María Blanca *Arbitraje internacional entre particulares en el Mercosur*, en Revista Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, semanario del 14 de agosto de 1996, págs. 39/45.

17. En cambio, el art. 19 del *Protocolo de Medidas Cautelares* contempla la transmisión por vía diplomática o consular, por medio de la Autoridad Central, por las partes interesadas y por los jueces de zonas fronterizas.

18. La *Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero* se encuentra vigente en 15 Estados: Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

licen las otras vías previstas en las Convenciones Interamericanas, que pueden resultarles a veces más convenientes, particularmente la transmisión por las propias partes interesadas.

La posibilidad de **transmisión directa judicial en zonas fronterizas** sin legalización, que permite el art. 7 de la *Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias*, resulta muy útil en el Mercosur, porque de lo contrario, en el sistema de Brasil el exhorto tiene que ser remitido a Brasilia para obtener el exequatur del Supremo Tribunal Federal, aunque se trate del trámite más simple.[19]

Otra diferencia entre los Protocolos del Mercosur y las Convenciones Interamericanas, se advierte en las frases utilizadas para la formulación de la **cláusula de orden público**, ya que el *Protocolo de Las Leñas* no menciona el adverbio "manifiestamente", cuando se refiere a que la medida solicitada atente contra los principios de orden público del Estado requerido (art. 8) y la *Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias* expresa "manifiestamente contrario a su orden público" (art. 17), sin mencionar los "principios". Deberá acudirse en este aspecto a la formula superior utilizada por el art. 5 de la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*, suscripta en Montevideo el 8 de mayo de 1979, CIDIP-II[20], aprobada por Argentina por ley 22.921, que dispone: *La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público.*

VI. Conclusiones

1) La cooperación judicial internacional en el Mercosur se encuentra regulada fundamental, pero no exclusivamente, por los *Protocolos de Las Leñas de 1992* y *de Medidas Cautelares de 1994*, aprobados por Argentina por leyes 24.578 y 24.579 respectivamente y ratificados ambos por Argentina, Brasil y Paraguay.

2) El *Protocolo de Santa María de 1996 sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo*, introduce la posibilidad de que el proveedor demandado realice actos procesales a distancia (art. 9), como contrapartida a la jurisdicción atribuida a los jueces del domicilio del consumidor, como regla básica. La contestación de demanda y otros actos procesales se presentan ante el juez del domicilio del demandado, quien los remite al juez donde tramita el proceso, por exhorto, a través de Autoridad Central.

3) La traba de medidas cautelares en el extranjero requiere una distribución equilibrada de la intervención de jueces y leyes del país donde tramita el proceso y del país donde debe cumplirse la medida cautelar. Así se ha encarado en el *Protocolo de Medidas Cautelares* de 1994, que tiene su antecedente en la *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares*, de Montevideo de 1979, CIDIP-II.

4) El *Protocolo de Medidas Cautelares* prevé también la realización de actos procesales a distancia, cuando media oposición del demandado o de un tercero, la que se presenta ante el juez que hizo efectiva la medida, pero es resuelta por el juez del proceso principal, salvo algunos supuestos (arts. 9, 2 párrafo, 7 inc. c y 8).

5) Las normas internas pueden constituir un obstáculo para la cooperación internacional. El caso más notorio es el art. 102, inc. 1º, h) de la *Constitución de Brasil de 1988*, que atribuye al Supremo Tribunal Federal competencia para la homologación de sentencias extranjeras y la concesión del exequatur a las cartas rogatorias. La existencia de legislación procesal propia de cada provincia en Argentina, constituye también una dificultad para la cooperación internacional.

6) La existencia de normas propias del Mercosur en materia de cooperación internacional no impide la aplicación de otras convenciones sobre la materia, por ejemplo las Convenciones de CIDIP, en tanto permiten utilizar otras vías de transmisión de los exhortos, además de la Autoridad Central, ya que el mismo *Protocolo de Las Leñas* (art. 35) contempla la aplicación de otras convenciones y con ello se facilita la cooperación.

7) Los obstáculos que hemos señalado no deben impedirnos ver que el proceso de integración del Mercosur ha contribuido favorablemente, junto con otros factores más generales, a la cooperación judicial internacional entre los países miembros. Afortunadamente, Brasil revirtió su posición contraria a ratificar tratados internacionales y comenzó a incorporarse al proceso de CIDIP. A pesar de las dificultades en la negociación de los instrumentos relativos a la cooperación internacional, actualmente el Mercosur cuenta con varios Protocolos que la facilitan notoriamente y que en su mayoría ya han sido ratificados por Brasil.

19. Ver: ARAUJO, Nadia de y otros, *ob. cit.*, pág. 346. Si bien el sistema argentino no requiere exequatur para los exhortos, la remisión a Buenos Aires de un exhorto de un juez de Foz de Iguazú que debe ser diligenciado en Puerto Iguazú, Argentina, carecería de sentido.

20. La *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*, se encuentra vigente en 10 Estados: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

O Dever de Solidariedade na Cassação de Mandato de Advogado Constituído

Modesto Carvalhosa

Advogado em São Paulo. Ex-presidente do Tribunal de Ética da OAB-SP

As regras de conduta ética são sucessivas, mas cumulativas, no sentido de que prevalecem tanto aquelas constantes do último Código de Ética editado, como também às das anteriores codificações, na medida em que a regra ética tem como fonte os princípios de conduta que se sedimentam ao longo do tempo. As regras de comportamento profissional não desaparecem dentro de uma mesma cultura, mas se aperfeiçoam. Ademais, a fonte dos princípios ético-profissionais está não apenas nos sucessivos e sempre vigentes códigos, como também nas decisões promanadas pelos Tribunais de Ética que atuam em nossa corporação, como é o caso do TE da OAB-SP, fundado em 1936, cujos julgados vêm sendo sistematicamente publicados. E pela universalidade dos princípios éticos no seio de uma mesma civilização também é fonte fundamental da análise da conduta ética os códigos profissionais de outros países, em que ressalta o mais importante e completo de todos eles, o centenário *Code of Professional Responsability*, da *American Bar Association*. Esse documento constitui, pela sua contínua atualização, abrangência e profundidade, preciosa e indispensável fonte sobre a matéria (*in Black's Law Dictionary, 4th Edition, West Publishing*, 1968, com as emendas de 1970). A monumentalidade desse histórico Código somente é comparável ao *Code of Judicial Conduct*, que, assim, se completam, quanto aos deveres de conduta dos juízes e dos advogados, que formam o cerne da atividade judicial.

Feitas essas observações sobre as fontes das normas éticas, declino a questão apresentada pelo ilustre advogado: **"Diante dos artigos 11 e 14 do Código da Advocacia da OAB, e em face de conflito entre advogado constituído e seu cliente em torno do valor de honorários, submetido a arbitramento judicial, qual a conduta que deve ser seguida pelo novo advogado, que substitui o primeiro?"**

A regra que prevalece na questão ora argüida é a constante da letra "b" e "i" da Seção II, item, do Código de Ética anterior: "Deve o advogado: (*omissis*). h) – não aceitar procuração sem a anuência do advogado com quem tenha de colaborar ou a quem substitua, salvo nesta hipótese, para

revogação de mandato anterior, por **motivo justificado**; i) – **verificar com isenção**, os **motivos da resolução** do cliente, quando convidado para substituir outro advogado constituído anteriormente, **aconselhando**, nesse caso, o cliente a obter a desistência do mandato anterior e a liquidar previamente as contas do seu colega".

Cabe convencer-se livremente, portanto, o novo advogado da existência ou não de **justa causa** para o despedimento. Se **convencido** de que não há justa causa, deve **solidarizar-se** com o colega despedido e exercer a função indeclinável de promover a conciliação dos interesses envolvidos; instando o seu novo cliente a liquidar os honorários do primeiro advogado.

Daí se deduz que tem o novo advogado constituído uma **função conciliadora**, o que não impede, quando houver **motivo justo** para despedir, de aceitar, desde logo, o mandato substitutivo.

Nesse sentido, se interpreta o art. 11 do Código de Ética: "O advogado não deve aceitar procuração de quem já tenha patrono constituído, sem prévio conhecimento deste, **salvo por motivo justo**, ou para adoção de medidas judiciais urgentes e inadiáveis".

O pressuposto, portanto, para a aceitação ou não, é o **motivo justo** ou **injustificado**. O novo advogado aceita, desde logo, o mandato se está convencido, diante da natureza do conflito instalado entre o seu colega e o cliente, do **motivo justo** da despedida. Se assim não fosse, ou seja, se não se conduzisse o novo advogado com a **isenção** referida na norma ética, entre os interesses conflitantes surgidos da relação profissional anterior, estaria ele criando uma situação de verdadeira extorsão a favor de seu colega.

Num verdadeiro *pactum sceleris*, nenhum advogado aceitaria o novo mandato, enquanto não fossem pagos os honorários demandados pelo antigo, por mais imoderados ou indevidos que fossem. Além da extorsão, ocorreria o desamparo do direito subjetivo deste, na medida em que os advogados têm o monopólio de pleitear em juízo os interesses das partes. Daí a ressalva contida nos preceitos éticos acima transcritos, ou seja, da **isenção** e **neutralidade** do novo advogado na formação do seu **livre convencimento** sobre a existência ou não da **justa causa.**

Nesse sentido, a paradigmática decisão do E. TE-OAB-SP, no E-910, relator o preclaro jurista Dr. Elias Farah, que sempre honrou, com sua inestimável contribuição, aquele sodalício. Ementa: "Revogação de Mandato. Substituição de patrono. Obrigações éticas do substituto. Conveniência da observância, **quanto possível, sem prejuízo do patrocínio**, do disposto no art. 87, XIV, do Estatuto e da Seção II, item I, letras 'H' e 'I' do Código de Ética Profissional. Tais disposições se inspiram no dever de solidariedade profissional e corporativa e no resguardo dos interesses econômicos do colega, quanto a honorários advocatícios. Necessidade de adequação das exigências a **cada caso específico**. Dispensa assegurada de tais cautelas quando no atendimento de medidas judiciais urgentes ou inadiáveis, cuja inexecução possa apresentar danos irreparáveis. Todavia, para

o prosseguimento do patrocínio, deve o consulente cumprir o disposto na letra 'h' da Seção I do CEP e parte final do art. 87, XIV, letra 'b' (*in* julgados do Tribunal de Ética Profissional, OAB-SP, org. Dr. Robison Baroni, vol. II, Departamento Editorial da OAB-SP, págs. 281 e segs.).

E, com efeito, os preceitos éticos supracitados visam a proteger os advogados contra a **despedida por motivo injusto**, geralmente relacionada com a tentativa do cliente de escamotear honorários devidos e contratados, no momento em que ocorre a solução favorável da sua pretensão.

Assim, para exemplificar com os casos mais comuns: o advogado é contratado para obter a justa indenização devida em processo de **desapropriação**. Para tanto, contrata honorários com o cliente. Ocorre que, na fase de levantamento ou precatório, do valor arbitrado, e uma vez reconhecido, portanto, judicialmente o valor recebível, o cliente promove a destituição do advogado constituído, para o fim de elidir, no curso da execução do seu crédito, o pagamento dos honorários avençados. Esse ato ilícito é tão usual que o Estatuto da Advocacia prevê remédio. Assim, o § 4º do art. 22: "Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou".

Trata-se, no caso exemplificado, de **motivo injusto** de despedimento. Não deve, nesse caso, um novo advogado aceitar o mandato sem antes manifestar, inequivocadamente, sua solidariedade, promovendo todas as instâncias para que o primeiro receba a sua honorária. Há um impedimento moral irrecusável, no caso. O advogado que, desde logo, aceitar o mandato nesse caso estará cometendo grave dano à classe, na medida em que acoberta ato ilícito do cliente, qual seja, a de elidir o pagamento dos honorários devidos ao antigo advogado, mediante a nomeação de um outro. Não pode o causídico prestar-se a esse papel indigno, que levará ao enriquecimento ilícito do cliente.

Isto posto, cabe aqui trazer o art. 14 do Código de Ética Profissional: "A revogação do mandato judicial por vontade do cliente não o desobriga do pagamento das verbas honorárias contratadas, bem como não retira o direito do advogado de receber o quanto lhe seja devido em eventual verba honorária de sucumbência, **calculada proporcionalmente, em face do serviço efetivamente prestado**".

Esse preceito institui o **princípio da moderação** e **proporcionalidade** dos honorários contratados, tendo como critério os serviços efetivamente prestados.

O **princípio da moderação** está inscrito na Exposição de Motivos do Código de Ética da OAB: "A palavra honorários tem a sua raiz na palavra honra, o mesmo que **honor**. Como substantivo masculino plural, quer dizer: remuneração pecuniária de serviços prestados por aqueles que exercem **profissão liberal**, estipêndio; paga, retribuição. Os honorários advocatícios são a **retribuição** devida a quem presta uma **atividade intelectual** indispensável à admi-

nistração da justiça e **não devem ser considerados como preço**, este ligado à atividade comercial e à mercantilização".

Desse cânone infere-se que a **imoderação** dos honorários contratados constitui **justa causa** de despedida do advogado, por parte do seu cliente. É, com efeito, incompatível com a atividade profissional o desidério de enriquecimento à custa do patrimônio do cliente. O advogado não pode enriquecer contratando honorários incompatíveis com a prestação profissional de seus serviços. A regra é tanto mais aplicável quando estão envolvidos grandes interesses patrimoniais.

Não pode o advogado comportar-se como sócio do seu cliente nos negócios que este realiza com a sua intervenção profissional ou nas questões judiciais que patrocina.

Assim sendo, o advogado sucessor deve, **com isenção e livre convencimento**, ponderar sobre a relação e proporção entre os serviços efetivamente prestados e os honorários cobrados pelo seu antecessor. Para tanto, vale-se dos critérios universalmente aceitos, como se pode ver, do referido *Code of Professional Responsability* da *American Bar Association*, que, no seu Segundo Cânone – *Fees of Legal Services* –, regra DR-2, letra "a", estabelece que "o advogado não deve celebrar contrato de honorários visando a cobrar ou a obter honorários excessivos ou ilegais. E a letra "b" define a **imoderação** da seguinte forma: "Os honorários serão considerados inquestionavelmente excessivos quando, após uma análise dos fatos, **um advogado prudente** consideraria que os mesmos fogem dos padrões de moderação".

E prossegue a referida regra do célebre Cânone Segundo do Código da ABA, apontando os fatores que devem ser considerados como critérios de determinação da razoabilidade ou não dos honorários: "O tempo e o trabalho requeridos; a excepcionalidade e a dificuldade das questões envolvidas; a habilidade exigida para a execução adequada dos serviços profissionais; os honorários costumeiramente cobrados na localidade onde o advogado atua, por serviços profissionais similares; o valor envolvido e os resultados obtidos; o tempo de dedicação exigido pelo cliente ou pelas circunstâncias do caso; a natureza e a extensão das relações profissionais do advogado com o seu cliente; a experiência, reputação e habilidade do advogado encarregado de tais serviços profissionais; se os honorários são convencionados pelo critério fixo ou de sucesso".

Temos assim a regra universal que, convencido da **imoderação**, não se obriga o novo advogado constituído a prestar solidariedade ao antigo colega. A este cabe reivindicar seus honorários em juízo, que constitui o foro próprio para arbitrá-los.

É no foro judicial, com efeito, que o advogado despedido encontra a proteção de seu direitos. Esse é o caminho que deve palmilhar. Havendo conflito sobre honorários que o cliente julga imoderados, deve o advogado cassado alegar a justeza do seu valor, submetendo-se ao arbitramento judicial. Nesse sentido, dispõe expressamente o Estatuto da Advocacia em seus artigos 22 e 24. Assim, o art. 22, *caput*: "A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, **aos fixados por arbitramento judicial** e aos de sucumbência".

E o § 2º desse mesmo artigo 22 do Estatuto prescreve a regra fundamental da **moderação dos honorários**: "Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são **fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão**, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB". E, também, o artigo 24: "**A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários** e o contrato escrito que o estipular **são títulos executivos** e constituem créditos privilegiados na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial".

Reitera-se, portanto, que deixa de existir – mesmo porque não será de nenhuma utilidade – a **função** de convencimento do novo advogado junto ao seu cliente, quando o antigo advogado ingressa em juízo para a cobrança dos honorários que julga devidos. Desaparece aí o dever ético de solidarizar-se, desaparecendo mesmo a razão prática de sua convicção pessoal sobre a eventual justiça dos honorários pretendidos, já que passa a repousar no juiz o deslinde da questão honorária conflituosa que levou à dispensa.

A propósito, a paradigmática decisão da TE da OAB-SP, nº E. 1.175, relator o ilustre Dr. Antônio Lopes Muniz, de cuja ementa consta: "Tendo o consulente **por justificados os motivos da revogação**, poderá receber procuração e ingressar aos autos judiciais, firmando contrato escrito de honorários" (*in* Julgados, vol. III, págs. 301 e segs.).

Essa regra de livre convencimento do advogado substituto sobre as razões da despedida é reiterado pelo TE da OAB-SP, *in* julgado E. 1.204, relator o ilustre e saudoso, decano, Dr. Milton Basaglia, cuja ementa é esclarecedora sobre o **caráter subjetivo** e não compulsório da intervenção do novo advogado na pendência entre o cliente e seu colega: "O cliente é o juiz único para outorgar e cassar procuração de advogado que constituiu. Diante da prova da cassação, outro advogado poderá ser constituído e receber o procuratório, **sendo aconselhável sopesar os fundamentos da revogação anterior**, não só por deferência ao colega, cassado, com também se não será futura vítima de igual atitude. Quando, entretanto, convidado para substituir outra colega em exercício, **deve igualmente verificar os motivos, com isenção** e, nesta segunda hipótese, deve antes aconselhá-lo a obter renúncia ou substabelecimento do advogado titular do mandato existente. Aconselhando-o, também, a liquidar previamente as contas com o seu colega" (Código de Ética Profissional, Seção II, Inciso I, alínea "i", *in* ob. cit. vol. III, págs. 350 e segs.).

E o **justo motivo**, como **razão subjetiva** suficiente para o recebimento de novo mandato sem o oferecimento de solidariedade é reiterado pelo TE da OAB-SP, conforme se pode verificar do decisório daquela Corte corporativa, julgado E. 1.294, de 21.09.1995, relator o emérito advogado Dr. Bruno Sammarco. Ementa: "Recebimento por advogado de procuração de quem já tenha patrono constituído nos autos. Impossibilidade sem prévio conhecimento deste, **salvo por motivo justo** ou para adoção de medidas judiciais urgentes e inadiáveis".

Ademais, quando o advogado substituto encontra uma situação definida de litígio judicial entre o advogado anterior e o seu antigo cliente, o que poderia fazer? Exigir a confissão da ação pelo seu cliente-réu, ou que este se submetesse a uma transação judicial, para que, somente após, viesse a assisti-lo? Ambas as exigências seriam antiéticas por parte do substituto, na medida em que existe, como referido, a favor dos advogados, o monopólio de intervir em juízo.

Seria forma de constrangimento e mesmo de coação, ainda que não a favor dele próprio advogado substituto, mas a favor do colega cassado. Este poderia, assim, auto-arbitrar-se do valor dos seus honorários, sem que pudesse o seu cliente continuar socorrendo-se do suprimento judicial, por boicote dos advogados convidados a substituir o primeiro.

Dessa forma, o ingresso em juízo, por parte do advogado anterior, para cobrança de honorários, dispensa a intervenção do advogado substituto, que não tem qualquer função ética na pendência, já que assegurado o direito dos litigantes, através da decisão judicial.

E não tendo qualquer função de natureza ética a favor de seu colega nesse caso, por outro lado, não pode o advogado solicitado a substitui-lo deixar de receber desde logo o mandato, sob pena de não cumprir o seu papel de auxiliar indispensável da justiça, no patrocínio indispensável dos interesses de seu constituinte.

Reitere-se este aspecto. O **dever ético** é de o novo advogado procurar conciliar os interesses de seu novo cliente com aqueles do seu colega, em termos de honorários, quando **convencido** da **inexistência de justa causa** para a despedida. Se, no entanto, a lide está instalada, não poderá mais exercer essa função conciliatória, mesmo se convencido da **falta de justa causa**. E, se convencido da **justa causa**, inclusive pela eventual imoderação dos honorários requeridos, essa função jamais se impõe eticamente, conforme se deduz do citado texto, da Seção II, inciso I, letra "h" e Seção VIII, inciso I, do Código de Ética.

Será, com efeito, irrepreensível a conduta ética de **abstenção de solidariedade** do novo advogado quando o conflito entre o constituinte e o advogado anterior for de tal gravidade que induza ao convencimento da justa causa. Nesse sentido, a decisão do TE da OAB-SP, E. 1.298, relator o ilustre Dr. Júlio Cardella, *in* 14.12.1995, cuja ementa é a seguinte: "O mandato judicial é revogável a qualquer momento pelo mandante, que é o único juiz de seus interesses. (...) Os mandatos judiciais não podem conter cláusula de irrevogabilidade por contrariar o dever de o advogado renunciar a eles caso sinta faltar a confiança do mandante, o que fica patente com a manifestação da vontade de revogar. Tendo ocorrido revogação do mandato outorgado ao advogado anteriormente constituído, é lícito à consulente receber procuração desse cliente" (*in* ob. cit. vol. IV, págs. 254 e segs.).

Concluímos, assim, que o **princípio moderação** de cobrança da verba honorária é pressuposto para o que novo advogado promova, como conciliador, a aproximação entre o seu novo cliente e o colega despedido, para que atenda ao pedido da verba honorária. Não cabe ao novo

advogado, sob qualquer pretexto, promover essa aproximação, para o recebimento de honorários que ele próprio – novo advogado – ache imoderado para si próprio, seja pelo montante requisitado, seja pela desproporcionalidade face aos serviços prestados. Prevalece, aqui a figura do **advogado prudente**, a que se refere o *Code of Professional Responsability*, da ABA. Isto posto, poderá e, mais do que isso, deverá o novo advogado assumir a defesa dos interesses do seu cliente, independentemente de qualquer conduta de solidariedade e do exercício do papel de conciliador.

Isto posto, concluímos que o dever de solidariedade do novo advogado constituído, para com o seu colega despedido, condiciona-se à existência ou não de justa causa para a despedida. Se convencido da justa causa, não se impõe a solidariedade. E se a questão do despedimento se desenvolve em torno da moderação ou não dos honorários contratados com o antigo advogado, o seu livre convencimento sobre o dever de solidariedade repousa nos critérios geralmente aceitos de proporcionalidade e moderação, pelo advogado prudente. Convencendo-se da imoderação, o novo advogado não tem dever de solidariedade.

E, finalmente, estando a questão honorária submetida a arbitramento judicial, o eventual dever de solidariedade é inaplicável, porque ineficaz e, assim, de nenhuma utilidade, já que a matéria desloca-se para o nível de convencimento e de arbitramento do juízo.

Teoria da Justa Causa no Direito Penal e no Processo Penal

Plínio de Oliveira Corrêa

Professor de Direito Processual Penal nas Faculdades de Direito da UFRGS e da PUCRGS - Conferência proferida em 25.09.97, na Escola de Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Bahia.

A **Justa Causa no Direito Penal e no Processo Penal** é o tema que nos coube examinar nesta **Jornada para Juízes Criminais,** – promovida pelo **Instituto Max Planck**, da Alemanha, aqui representado pelo conceituado Jurista KURT MADLENER, e pela **Escola de Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Bahia,** dirigida pelo consagrado Professor e eminente Magistrado, Desembargador GERSON PEREIRA DOS SANTOS.

E, ao enfrentar esta difícil abordagem, pedimos **venia** aos ilustrados Juristas nacionais e estrangeiros, e, particularmente, aos Magistrados deste Estado da Federação, para apresentar, inicialmente, um quadro geral do instituto jurídico da justa causa no âmbito do processo penal brasileiro.

I. Dos Diversos Posicionamentos

A expressão **justa causa** assume diferentes significados, que podem ser agrupados, no mínimo, em oito correntes de pensamento, a saber:

A primeira posição, vincula a justa causa ao conceito de prisão;

A segunda, a utiliza para fundamentar a concessão de **habeas corpus** quando o fato imputado não constituir infração penal;

A terceira, fixa a falta de justa causa como figura equivalente às hipóteses do artigo 43 do Código de Processo Penal;

A quarta, a situa como elemento identificador nos casos de coação ou constrangimento ilegal;

A quinta, vê a presença da justa causa tão somente na descrição de um fato delituoso na peça acusatória;

A sexta posição, embora restrita à ação penal privada, se apoia apenas em indícios ou suspeitas fundadas;

A sétima, elimina a expressão do sistema processual penal brasileiro;

A oitava posição, coloca a justa causa como uma das condições da ação penal.

II. Crítica às Diferentes Posições

Com efeito, torna-se imprescindível fazer, ainda que rapidamente, uma análise crítica desses posicionamentos para melhor atingir a natureza jurídica do instituto, ou, pelo menos, para saber onde está situada a justa causa dentro do quadro proposto.

Assim, **quanto à primeira posição** – isto é, a que liga a justa causa ao conceito de prisão – cabe destacar que ela remonta ao Código de Processo Criminal de 1832, ao consagrar este preceito no artigo 353:

> *"A prisão julgar-se-á ilegal:*
>
> *1) quando não houver justa causa para ela".*

No mesmo sentido, o Decreto nº 3.084, de 05 de novembro de 1898, que consolidou as Leis da Justiça Federal, prescrevia no seu artigo 360, que a prisão era ilegal quando não houvesse justa causa para ela.

Fiel a esta orientação, e até refletindo a legislação ordinária então existente, o Supremo Tribunal Federal, no seu Regimento Interno de 24 de maio de 1909, estabelecia no artigo 112 que:

> *"A prisão, ou constrangimento, se julgará ilegal:*
>
> *1) quando não tiver justa causa".*

Os Códigos de Processo Penal dos Estados – que resultaram da consagração do princípio da descentralização processual na Constituição de 1891, e que perduraram até 1941, – por sua vez, com raras exceções, continham disposições idênticas, considerando a justa causa como motivo determinante da legalidade da prisão, se presente, ou da ilegalidade, quando ausente.

No entanto, este entendimento merece ser criticado, uma vez que não se concebe hoje, como não se concebia ontem, condicionar-se a idéia de justa causa ao conceito de legalidade ou ilegalidade da prisão. E a razão é simples: a prisão pode ser legal, como ocorria com as prisões administrativa, disciplinar e para averiguação, e inexistir legitimidade para qualquer uma delas, como já tivemos oportunidade de demonstrar em estudo intitulado **Autoridade Competente para Ordenar a Prisão no Direito Brasileiro,** Editora da Ufrgs, 1981.

Por conseguinte, não mais cabe falar em legalidade ou ilegalidade da prisão, mas na sua legitimidade ou ilegitimidade.

No que diz respeito **à segunda posição,** aquela que utiliza a justa causa para fundamentar a concessão de **habeas corpus** quando o fato imputado não constituir crime, encontrou embasamento legal, inicialmente em três Códigos Estaduais: o do Rio Grande do Sul, o do então Distrito Federal e o de Santa Catarina. Estes três diplomas, apesar de manterem a linha tradicional antes referida, trouxeram algumas inovações que caracterizaram esta corrente de pensamento.

O primeiro, o do Rio Grande do Sul, considerava nos artigos 254 e 255 da Lei Estadual nº 24, de 15 de agosto de 1898 (com as modificações introduzidas pela Lei nº 141, de 23 de julho de 1912) a imputação de "fato não criminoso" como constrangimento ilegal ou abusivo para se conceder **habeas corpus** por falta de justa causa.

O segundo, o do Distrito Federal, estatuía no Decreto nº 8.259, de 29 de setembro de 1910, assinado pelo Presidente NILO PEÇANHA, este princípio no artigo 382:

> *"A prisão ou constrangimento julgar-se-á ilegal em qualquer dos seguintes casos:*
>
> *1º - quando não houver justa causa ou o fato não constituir crime".*

E o **terceiro**, o de Santa Catarina, promulgado pela Lei Estadual nº 1.640, de 03 de novembro de 1928, depois de valorizar a justa causa no artigo 2.564, determinava no artigo 2.565:

> *"Ainda depois da pronúncia ou da condenação, o* ***habeas corpus*** *pode ser concedido nos seguintes casos:*
>
> *II - Quando o fato imputado não constituir crime".*

Este posicionamento encontrou ressonância não só na Jurisprudência dos nossos Tribunais, mas também na palavra de ilustrados Mestres do Direito, como FLORÊNCIO CARLOS DE ABREU E SILVA, que afirmava não existir justa causa "quando o fato de que o paciente é acusado não constituir crime ou contravenção penal" (**in** Comentários ao Código de Processo Penal, Vol. V, p. 565, Forense, 1945).

A crítica que pesa sobre esta posição pode restringir-se no seguinte: Se o fato narrado na peça inicial não constituir crime, o juiz deve, de imediato, aplicar o preceito contido no artigo 43, inciso I, do Código de Processo Penal, que diz:

> *"A denúncia ou queixa será rejeitada quando:*
>
> *I - o fato narrado evidentemente não constituir crime".*

Logo, se existe regra expressa regulando a matéria, não deve haver lugar para metáfora jurídica ou qualquer outro simbolismo, ainda insuficientemente definido.

Ademais, não existe conveniência alguma em cognominar de justa causa temas com denominações próprias e já devidamente assentados na literatura jurídica.

A terceira posição é mais recente e surgiu com o advento do atual Código de Processo Penal, de 1941. Este Código resultou do retorno do princípio da **unidade processual**, que passou a vigorar no nosso sistema constitucional a partir da Constituição de 1934, perdurando até hoje, o qual aboliu, conseqüentemente, o regime dos Códigos Estaduais e instituiu um único Código Nacional, promulgado pelo Decreto-Lei nº 3.689/41.

A citada posição define a falta de justa causa como elemento equivalente às hipóteses previstas no artigo 43 deste Código Nacional, neste termos:

> *"A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - o fato narrado evidentemente não constituir crime; II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III - for manifesta a ilegalidade da parte ou faltar condição exigida por lei para o exercício da ação penal".*

Regra semelhante consta do artigo 78 do Código de Processo Penal Militar (De-

creto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969).

Como se verifica pela leitura do mencionado artigo 43 e seus incisos, estes contém casos de diferentes naturezas, tais como: elementos formais da peça acusatória, extinção de punibilidade e condições genéricas da ação penal.

Tal artigo compreende, **assistematicamente**, uma miscelânea de diversos institutos. Dessa forma, é inconcebível pretender-se que a expressão justa causa compreenda, traduza ou reflita por ela mesma todos esses temas e situações heterogêneas.

Entre os autores modernos que, **data maxima venia**, incorrem nesta injustificável equiparação estão DARCI ARRUDA MIRANDA (**in** Comentários à Lei de Imprensa, Vol. II, p. 744, Ed. Revista dos Tribunais, 1969), FREITAS NOBRE (**in** A Lei de Imprensa, p. 206, Saraiva, 1968) e JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ (artigo publicado na Revista dos Tribunais, Vol.423, p. 303 e segs.).

A quarta posição situa a falta de justa causa como elemento identificador dos demais casos de coação ou de constrangimento ilegal, enumerados no artigo 648 do Código de Processo Penal, que dispõe:

> *"A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa; II. - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V - quando não for alguém admitido à prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI - quando o processo for manifestamente nulo; VII - quando extinta a punibilidade".*

Idêntica regra prevê o artigo 467 do Código de Processo Penal Militar.

Esta posição foi defendida, em parte, pelo Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, para quem, nos casos referidos, a justa causa funcionaria "como norma genérica de encerramento" do processo (**in** Elementos de Direito Processual Penal, Vol. IV, p. 398, Forense, 1965).

Com efeito, ao analisarmos as hipóteses do artigo 648 do Código de Processo Penal, – constatamos a presença de questões relativas à competência, aos pressupostos processuais, à prestação de fiança, a nulidades processuais, excesso de prazo na prisão, entre outras. Por conseguinte, aqui também é inconcebível a utilização da justa causa como expressão "universal" para identificar os mais variados institutos e as mais diversas situações jurídicas. A identificação pretendida nesta posição, assim como a equivalência sugerida na anterior, não passam de meras opiniões destituídas de qualquer valor científico.

A quinta posição é a que visualiza a presença da justa causa com a simples descrição de fato delituoso na denúncia ou na queixa. Este entendimento é retirado da jurisprudência, donde se destacam, exemplificativamente, estes dois julgados:

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, no Habeas Corpus nº 27.849:

> *"Desde que o fato narrado na denúncia constitui, em tese, crime militar, existe justa causa para o processo, que não poderá ser trancado por meio de habeas corpus" (ROMEIRO NETO, **in** O Direito Penal Militar Nos Casos Concretos, pág. 76, ed. J. Konfino, 1966);*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, no Habeas Corpus nº 15.357:

> *"Estando descrito, na denúncia, fato criminoso, em tese, há justa causa para a ação penal" (**in** RJ/TJRGS, 50/17).*

Esta posição confunde justa causa com a descrição na inicial de um fato que, em tese, constitui crime. Contenta-se, apenas, com a **versão**, esquecendo da comprovação do fato, pois justa causa, como se verá adiante, não está no que se transcreve numa folha de papel (denúncia), mas na **prova** do que dá origem à denúncia (o fato).

A sexta posição – restringe o embasamento da queixa-crime a indícios ou suspeitas – e é representada por este entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

> *"Para que tenha viabilidade a proposta acusatória, não basta que a queixa-crime contenha a descrição completa dos fatos criminosos e da conduta do acusado (...) é imprescindível que ela se apoie em indícios ou suspeitas fundadas, sob pena de deixar-se ao talante de arbitrárias alegações a movimentação do aparelho repressivo penal e o acarretamento de constrangimento à pessoa acusada, sem justa causa para tanto" (Inq. 112, Rel. Min. RAFAEL MAYER, **apud** Rev. STJ, Vol. 36, págs. 23 e 24).*

Com o devido respeito, nos parece frágil e perigoso o entendimento que considera suficientes apenas indícios ou suspeitas, tanto para o fato quanto para a autoria, indistintamente, sem atentar para as particularidades daquele e desta. Se indícios ou suspeitas bastam para a autoria, o mesmo critério não pode valer para o fato, o qual requer **prova** e não suspeita da sua existência.

Assim, é por demais temerário admitir-se o propositura de ação penal contra alguém com base tão somente em indícios ou suspeitas da existência de fato delituoso. Isto afronta não só ao princípio processual do **onus probandi** (art. 156 CPP), mas também ao preceito constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF).

A sétima posição é a que elimina a expressão justa causa, tendo como justificativa a heterogeneidade de tratamento e a dificuldade de conciliar divergências de significações. Este é o posicionamento do já citado JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ, em artigo publicado na Revista "Justitia" (Vol. 58, p.70), onde sugere expressamente a sua supressão dos textos nos quais figura na nossa legislação processual penal.

A crítica que se pode fazer a esta posição é a de que ela peca por omissão, esquecendo de bem conceituar um instituto que há mais de cento e sessenta anos figura na legislação brasileira. Esta omissão por parte dos nossos doutrinadores é, na verdade, injustificável.

A oitava e última posição, como já se viu, é a que coloca a justa causa como uma das condições da ação penal. Esta corrente doutrinária foi acolhida pelo nosso direito positivo com a edição da Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, que regula a liberdade de manifestação do pen-

samento. O parágrafo 1º do artigo 44 dessa lei não deixa a menor dúvida quanto à definitiva incorporação do instituto da justa causa como uma condição da ação penal. Diz o aludido preceito: **"A denúncia ou queixa será rejeitada quando não houver justa causa para a ação penal".**

III. Conceito de Justa Causa no Processo Penal

Posicionada a justa causa, como condição essencial para o exercício da ação penal, cabe, agora, perquirir a respeito da noção conceitual deste importantíssimo instituto jurídico.

Com efeito, o direito de petição é uma garantia tradicionalmente assegurada no constitucionalismo brasileiro e, particularmente, no capítulo dos direitos individuais da atual Constituição da República (art. 5º, XXXIV, "a"). Do **gênero,** direito constitucional de petição, decorre a **espécie**, isto é, o direito à **Provocação Jurisdicional** (P.O.C. ed. Ufrgs, 1978), donde resulta, especificamente, **o direito de ação penal.**

Representa o direito de petição a forma mais ampla e democrática dos cidadãos, em geral, reivindicarem providências do Estado-Administração; ao passo que o direito de ação penal é o modo pelo qual se pode bater à porta do Estado-Jurisdição em busca de definição jurídica a respeito de uma hipótese delitiva atribuída a alguém e pretendendo o seu enquadramento em determinado **tipo penal.**

Derivam, daí, duas situações distintas: no direito de petição o postulante pede um benefício para si ou para outrem; e no direito de ação penal o acusador imputa um fato delituoso ao acusado, requerendo um malefício para ele, ou seja, uma sanção penal.

Constata-se, pois, um conflito de interesses entre o **jus persequendi** e o **jus libertatis**, cujo desate jurisdicional se dará através do devido processo e com estas diferentes facetas dos sujeitos processuais: **a tese**, a **antítese e a síntese.**

Se, de um lado, o direito de petição é amplo e ilimitado, de outro, o direito de ação penal é restrito e condicionado. Por isso – e a fim de afastar abuso de direito e prevenir lesão à liberdade individual – só se admite desencadear a ação penal se se fizerem presentes as **condições da ação**, divididas, didaticamente, em condições **gerais, especiais e formais** (P.O.C., **in** Legitimidade da Prisão no Direito Brasileiro, pág. 96, Sagra, 1991).

Dentre as **condições gerais** destaca-se a justa causa, como base fundamental do legítimo exercício desse direito, cujo conceito é assim proposto à consideração dos ilustres participantes deste Evento:

> *Justa Causa, como condição primeira para o exercício da ação penal, consiste na prova induvidosa da existência de uma hipótese delitiva e, pelo menos, em indícios idôneos de sua autoria (P.O.C., in RSP 111/59, Funcep).*

O citado conceito de justa causa foi **recomendado** pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas e **referendado** pela Associação Americana de Juristas (cf. "Carta de Gramado" de 02.07.95, **in** Jornal do Criminalista/ ACRIERGS, nº 01, pág. 08).

Coincidentemente, o Anteprojeto de Código de Processo Penal, depois de analisado, minuciosamente, por todas as instituições jurídicas do País, optou, amadurecidamente, por um preceito que se identifica com esta posição doutrinária que temos defendido por mais de cinco lustros **(art. 9º, do Projeto nº 633/75):**

> *"Não será admitida ação penal pública ou privada sem a prova da existência do crime e indícios suficientes de sua autoria"*

A ausência deste requisito básico tem levado os nossos Tribunais a conceder ordem de **habeas corpus** por falta de justa causa, trancando a ação penal que for exercida abusivamente ou que resultar de pura criação mental do acusador **(RF 150/393; RTJ 90/1014; RJ/TJRGS 98/32).**

Assim, promover a instauração de processo penal sem prova pré-constituída da existência do fato e indícios da autoria, é promover **denúncia vazia**, destituída de qualquer suporte fático (CPP, arts. 12, 27, 39, § 5º), afrontando ao princípio da **presunção de inocência** não só no âmbito constitucional brasileiro (CF, art. 5º, LVII), mas também no plano internacional (DUDH, art. 11).

Eis porque convém sublinhar alguns esforços legislativos direcionados ao conceito de justa causa, aqui defendido:

* Em 1963, o Prof. HÉLIO BASTOS TORNAGHI registrou no seu Anteprojeto de Código este preceito no artigo 23:

> *"A denúncia terá de ser apresentada sempre que houver:*
>
> *a) prova de fato que, em tese, constitua crime;*
>
> ***b) prova que abone a suspeita de autoria"** (g. n.).*

* O Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), inspirado no Projeto TORNAGHI, instituiu esta regra no seu artigo 30, estabelecendo, então, os limites legais da obrigatoriedade de denunciar:

> *"A denúncia deve ser apresentada sempre que houver:*
>
> *a) prova de fato que, em tese, constitua crime;*
>
> *b) indícios de autoria"(g. n.).*

* E, na Câmara dos Deputados, durante a tramitação do Projeto nº 633/75, que instituia o Código de Processo Penal (o qual chegou a ser aprovado por unanimidade, mas quando tramitava no Senado Federal sob o nº 05/78, foi, lamentavelmente, retirado pelo Poder Executivo, através de Mensagem Presidencial de 30.08.78), **foram apresentadas duas importantes emendas:**

Emenda nº 8, de autoria do Deputado JOSÉ BONIFÁCIO NETO, equiparando a expressão **justa causa** a estes elementos:

> ***"prova da existência do crime e indícios veementes da autoria"** (g. n.);*

Emenda nº 9, apresentada pelo Deputado LIDOVINO FANTON:

> *"Dê-se ao parágrafo único do art. 8º a seguinte redação: **Para que haja justa causa é necessário:***
>
> *a) prova de fato que, em tese, constitua crime;*
>
> ***b) prova que abone fundada suspeita de autoria"** (g. n.).*

* Destas emendas, cabe destacar este tópico do Parecer proferido pelo Deputado SANTOS FILHO, Sub-Relator da Comissão Especial do Projeto:

> *"A linguagem empregada pelo Projeto nos parece incensurável,* ***pois, em não havendo prova da existência do crime e indícios de autoria, não haverá justa causa para a ação penal"*** *(g. n.).*

Saber, com clareza e precisão, em que consiste a imputação que lhe é feita, é, hoje, um direito indiscutido e indiscutível de todo e qualquer cidadão (RTJ 33/430), não apenas para poder bem se defender, mas para possibilitar a justa prestação jurisdicional da **res judicanda** no processo penal.

Por estas considerações, a nossa sistemática jurídica nos autoriza a dizer que o conceito de justa causa se assenta em dois sólidos pilares:

> *a) na prova da existência de uma hipótese delitiva;*
>
> *e*
>
> *b) na prova ou, pelo menos, em indícios idôneos de sua autoria.*

IV. Crítica ao Sistema Brasileiro

Por outro lado, além do desleixo doutrinário na elucidação conceitual da justa causa, – o próprio direito positivo brasileiro tem incentivado esta instabilidade processual, como se verifica de diversos dispositivos legais. Senão vejamos, exemplificativamente:

1. Código de Processo Penal

A) **"Art. 386** - O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) II - **não haver prova da existência do fato"** (g. n.). Idêntico preceito encontramos no artigo 439, letra "a" do Código de Processo Penal Militar.

É inconcebível que tal fundamento figure como **regra para toda sentença final**, admitindo-se, pois, que todo e qualquer processo possa ser instaurado **sem a prova da existência do fato.** Inexistindo, previamente, esta prova, o Magistrado não deverá sequer receber a peça inicial por falta de justa causa, ou melhor, por carência de ação.

No entanto, caso tenha recebido, desapercebidamente, a peça acusatória com esta gravíssima falha, o titular do poder jurisdicional há de ter a dignidade de reconsiderar a qualquer momento aquele despacho para o fim de rejeitá-la, ou, então, ter a coragem funcional de conceder **habeas corpus** de ofício com o mesmo objetivo, respeitada, apenas, a hierarquia judiciária.

Desta forma, quando se fizerem presentes os requisitos necessários à sua instauração, o processo será o meio legítimo para a aplicação do Direito e a realização da Justiça, assim como o instrumento adequado e seguro para garantir ao acusado a observância do princípio da ampla defesa e, até, para demonstrar a sua inocência, embora este **status** deva perdurar até o trânsito em julgamento da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, CF).

B) **"Art. 513** - Nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, cujo processo e julgamento competirão aos juízes de direito, **a queixa ou a denúncia será instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas"** (g. n.).

O texto ora transcrito não resiste à crítica mais elementar por permitir a propositura da ação penal, insuficientemente instruída com documentos que levam apenas à presunção **(e não à prova da certeza)** da existência do delito ou **(o que é mais reprovável)** com declaração da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, isto é, tanto da que se refere à existência do fato quanto à dos indícios da autoria.

Admitir este absurdo é admitir denúncias vazias e processos fantasmas, fabricados para satisfazer interesses escusos e inescrupulosos, dando vazão à chicana e a constrangimentos ilegais até o pronunciamento jurisdicional, que, fatalmente, deverá levar à absolvição do acusado por não haver **prova** da existência do fato e por **não existir** prova ou indícios da autoria.

Este procedimento especial não só ignora as conquistas dos direitos individuais e das garantias processuais, como também estabelece forma retrógrada, anticientífica e altamente perigosa a qualquer servidor público federal, estadual ou municipal, que venha a ser acusado da prática de algum delito funcional (arts. 312/327, CP).

2. Lei nº 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Art. 182, § 2º: "A representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade"

A exemplo dos dois anteriores, este preceito é deplorável, pois admite que alguém possa ser processado sem qualquer prova da existência do fato e indícios da autoria.

A supra citada representação está equiparada à denúncia, de cujo processo poderá culminar a aplicação das sanções penais enumeradas no artigo 112 do ECA, além da pesada pena de sujeitar o adolescente a um **processo fictício,** que, nos termos desta lei, não precisa assentar-se na **prova** da materialidade e da autoria, mas em simples suposição, suspeição, presunção – e por que não dizer – na imaginação e na subjetividade de um acusador...

A mencionada regra – que coloca todo adolescente sob suspeita e, potencialmente, no banco dos réus – foi aprovada, desavisadamente, pelas duas Casas do Congresso Nacional e promulgada, desassessoradamente, pelo Presidente da República, retroagindo ao tempo do inquisitorialismo, pois foi esquecido por todos que o ônus da prova é de quem acusa (CPP, art. 156). Ademais, em se tratando de justa causa, como condição primeira para o exercício da ação penal, a análise da prova da materialidade e indícios da autoria deve ser feita **previamente**, por ocasião da instauração do processo **e não ao seu final** (art. 189, II), o que é mais uma impropriedade desta lei.

Mas, se houve **cochilo** do Legislativo, que elaborou esta norma, e do Executivo, que a sancionou, – o Judiciário, certamente, estará atento a esta incongruência para o fim de conceder **habeas corpus** voluntário ou de ofício, trancando eventual atuação acusatória, que se pretender, absurdamente, processar um adolescente

sem qualquer elemento probatório da materialidade e da autoria. A propósito, o Desembargador SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, em recente julgamento (TJ/RGS PROC. Nº 597009232), proferiu brilhante voto, do qual se transcreve este trecho: "Não entendo que a regra que faz independer a representação de prova pré-constituída da autoria e materialidade esteja em harmonia com essa absoluta priorização do respeito à liberdade, à dignidade do adolescente; e também não entendo que não esteja ocorrendo uma verdadeira discriminação aos menores (...), porque sabemos perfeitamente que da aplicação do Estatuto pode resultar, como providência, a internação do menor. Portanto, está em jogo o que diz com a liberdade. (...) Considero também que não atende ao requisito do respeito à dignidade do menor estarmos admitindo que ele seja submetido a um procedimento, quando não há nenhuma prova sequer da materialidade e também não há nenhum indício de autoria. (...) Acredito, portanto, que de fato exorbitou, neste ponto, o Estatuto da Criança e do Adolescente e que a norma fere a Constituição Federal".

Organizado por OLÍRIO CAVALIERI, a Editora Forense publicou em 1995 o livro intitulado **"Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente"**, donde se retiram estes abalisados depoimentos:

SAMUEL ALVES DE MELLO JÚNIOR: "O parágrafo 2º do art. 182 abre a possibilidade de o Ministério Público fazer uma "denúncia" sem prova pré-constituída de autoria e da materialidade da infração, enquanto se fala em dar efetivas garantias constitucionais ao menor como cidadão. Onde, está, a tão apregoada garantia?";

LIBORNE SIQUEIRA: "O art. 182, parágrafo 2º do Estatuto diz que a representação, entenda-se como denúncia, independe de prova pré-constituída da autoria e da matérialidade. É norma fascista, arbitrária e hiperprocessual-penal, não aplicável nem mesmo para o adulto";

ROSÂNGELA ZAGAGLIA: O preceito "fere princípios de proteção integral, indo além do Código de Processo Penal".

No mesmo sentido é o entendimento da Professora TÂNIA DA SILVA PEREIRA (**in** Revista Literária de Direito, nº 16, pág. 29)

Como se verifica, o mencionado preceito legal colide com a letra e com o espírito da nossa Carta Política, pois: **a)** Não se coaduna com o fato dos maiores de 18 anos disporem da garantia processual da justa causa, como condição **sine qua non** para o exercício da ação penal (podendo até ocorrer o seu trancamento, mediante a impetração de **habeas corpus**, cf. art. 648, I, CPP), e os menores terem de suportar um processo, cuja instauração carece de justa causa, havendo, pois, **manifesta desigualdade** em relação aos menores; **b)** Ter ciência dos termos da acusação e, sobretudo, **conhecer as provas** que a instruíram é imprescindível para poder exercer a amplitude do direito de defesa, (art. 5º, LV); **c)** A norma constitucional garante, **com absoluta prioridade, o pleno e formal conhecimento do ato infracional, a igualdade na relação processual e a defesa técnica ao adolescente** (art. 227, § 3º, IV); **d) e esta lei**, ao estabelecer que a instauração de processo contra o adolescente independe de prova da autoria e materialidade (art. 182, § 2º), **nega os compromissos instituí-dos pela nossa Lei Maior.**

Por estas razões, o preceito do parágrafo 2º do artigo 182 do ECA é **ilegítimo e inconstitucional.**

Por conseguinte – relembrando a memorável lição de RADBRUCH, para quem **"há leis que não são direitos e Direitos que estão acima das leis"** – é oportuno invocar a incidência do sábio brocardo latino "Pro Jure Quamvis Contra Legem" e dizer que, nestes casos, estamos **Com o Direito Ainda que Contra a Lei.**

V. Direito Comparado: Hispano-Luso-Brasileiro

Face a estas breves considerações em torno do nosso direito positivo, cabe registrar que à semelhança do que ocorre no Brasil, os demais países deste continente sofrem do mesmo mal: **carecem da garantia processual da justa causa e de uma adequada conceituação do instituto.**

Tal situação advém, primordialmente, da implantação do **sistema inquisitório** (instituído por Inocêncio III, no Concílio de Latrão, em 1215, e "codificado" em 1.484 por Inocêncio VIII), alastrando-se por todo o continente europeu, inclusive pelos tribunais civis, particularmente em Portugal e na Espanha, onde se adotou as práticas desumanas dessa filosofia, em que os acusados só tinham o direito de não ter direito algum.

Foram estes dois povos que transplantaram aquele regime para o continente latino-americano, regulando nossas relações jurídicas durante séculos e deixando a marca decisiva da influência do procedimento inquisitorial (J.F. MARQUES, **in** Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, pág. 89, Forense, 2ª edição).

A propósito desta influência, escreve o nosso JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR:

> *"Se no direito e no processo civil, prevaleceu o Direito Romano, o mesmo não aconteceu no processo criminal, onde as formas do Direito Canônico tiveram a mais decisiva preponderância, quer quanto ao processo escrito, quer quanto ao sistema inquisitório"* (**in** *O Processo Criminal Brasileiro, Vol. 1º, pág. 102, 3ª edição, Livraria Francisco Alves, 1920).*

Como resultado, não só tivemos Códigos que já nasceram ultrapassados no tempo e no espaço, mas que ainda perduram por mais de um século (Código de Procedimentos em Matéria Criminal da Argentina, de 1888; Código de Procedimentos Penais do Paraguai, de 1890; e Código de Processo Criminal do Chile, de 1906), ignorando a evolução do direito processual penal e os avanços dos Direitos Humanos, especialmente da quase cinqüentenária Declaração Universal dos Direitos do Homem, cuja sessão histórica da ONU, em 10 de dezembro de 1948, foi presidida pelo brasileiro OSWALDO ARANHA.

E os citados povos, cujas legislações nos influenciaram decisivamente, ainda não se libertaram, de todo, do **sistema inquisitório. A ESPANHA,** com a **Ley de Enjuiciamento Criminal** de 1882, continua determinando que os agentes do Ministério Fiscal devem promover **"todas las**

acciones penales que consideren procedentes" (art. 105, LECRIM), sem estabelecer, contudo, os critérios objetivos desse entendimento e omitindo-se quanto à prova do fato e indícios da autoria; e **PORTUGAL** – mesmo tendo substituído o Código de Processo Penal de **1929** (Decreto nº 16.489, de 15.02.29) pelo de **1987** (Decreto-Lei nº 78, de 17.02.87) – ainda permite que alguém possa ser processado apenas por indícios, carecendo, pois, de justa causa:

> *Art. 283.*
>
> *1. Se durante o inquérito tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente, o Ministério Público deduz acusação contra aquele.*
>
> ***2. Consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguído vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança.***

Com se vê, a vetusta legislação espanhola é **omissa**, totalmente, a respeito; e a portuguesa é, no mínimo, **equívoca**; vigorando, em ambas, a interpretação eminentemente **subjetiva** do Ministério Público, que pode denunciar sem qualquer critério objetivo.

Como já foi acentuado, os indícios – idôneos ou suficientes – estão para a autoria e não para o fato, pois em relação a este é necessário **prova e não indício.** Neste ponto o atual Código Lusitano regrediu para bem antes do antigo Código de 1929, pois o artigo 345 do diploma revogado estatuía preceito mais consentâneo:

> *"Se não houver **prova bastante** dos elementos da infração ou de quem foram os seus agentes, aguardará o processo a produção de melhor prova..." (g. n.).*

Os indícios **"suficientes"** do atual sistema português, assim como os **"procedentes"** do espanhol, resultam da convicção íntima do acusador e não de prova objetiva da materialidade. São preceitos que valorizam o arbítrio de quem acusa, carecendo de elementos concretos e objetivos.

Aqui no Brasil – uma ação penal promovida com base no artigo 283, nº 1, do CPPP, ou no artigo 105 da LECRIM – certamente seria trancada e extinto o processo pela concessão de **habeas corpus por falta de justa causa,** nos termos do artigo 648, inciso I, do nosso Código de Processo Penal.

Com efeito, o princípio da **presunção de inocência** – previsto tanto na Constituição Portuguesa (art. 32, nº 2), quanto na Espanhola (art. 24, nº 2) e na Brasileira (art. 5º, LVII) – só pode ser quebrado em duas únicas circunstâncias:

> ***a) materialmente,** com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;*
>
> ***b) formalmente (ou processualmente),** com a presença de justa causa para o exercício da ação penal.*

No direito brasileiro, estando preso o indiciado, o inquérito policial deve ser concluído em **dez** (art. 10, CPP) ou em **quinze dias** (art. 66, Lei nº 5.010/66) e a inobservância deste prazo legitima a concessão de **habeas corpus** por excesso de prazo na formação da culpa (art. 648, II, CPP), cuja contagem deve ser feita **isoladamente** (RTJ 58/388). Em Portugal, é o Ministério Público que realiza o inquérito (art. 263 CPPP). E, estando o arguído preso ou em regime de prisão domiciliar (art. 276, CPPP), também cabe **habeas corpus** (art. 222, nº 2, letra "c", CPPP) se houver excesso do longo prazo legal, que, no caso, é de **seis meses.** Convenhamos, é muito tempo para que alguém, presumido inocente pela Constituição, permança preso, enquanto são procurados apenas **indícios suficientes,** a juízo exclusivo do Ministério Público.

A propósito, o Centro de Estudos Judiciários de Portugal promoveu um Ciclo de Conferências sobre o Novo Código de Processo Penal, do que resultou a publicação de um livro contendo a Primeira Fase das Jornadas de Direito Processual Penal. Dentre os inúmeros trabalhos, é oportuno destacar esta lição do Doutor JOSÉ SOUTO DE MOURA:

> ***"O Código não parece ser muito exigente para que os indícios se reputem 'suficientes'. No artigo 283, nº 2, do Novo Código de Processo Penal, fala-se não em 'forte possibilidade' ou 'possiblidade séria' de condenação. Basta uma possibilidade 'razoável', a juízo do Ministério Público".*** *(Ed.Livraria Almedina, Coimbra, 1989, ob. cit., pág. 115).*

Concluindo esta primeira parte, – Inobstante o aparecimento do sistema acusatório, valorizado pela Ordenação Francesa de 1539, bem como sua lenta, mas constante difusão; embora tenha surgido o sistema misto e com ele o **Code d'Instrucion Criminelle de 1808,** por influência da Declaração de Direitos de 1789; mesmo assim o sistema inquisitório sempre contou com o apoio de aliados inseparáveis, fortes e poderosos: os governos despóticos ou ditatoriais, que de tempos em tempos aparecem no curso da história para infelicitar a humanidade.

É por isso que, ainda hoje, encontramos nas diferentes legislações preceitos inspirados no inquisitorialismo, como resultado da pressão desta espécie de governantes, que, da mesma forma que esmagam, que usam e que escravizam o seu povo, procuram esmagar, usar e escravizar o Direito, não só para manterem os seus privilégios, mas para se perpetuarem no poder.

E objetivando a sonhada, mas difícil, varredura do inquisitorialismo do nosso Continente, estamos apresentando uma dupla proposição: 1ª) submeter o conceito de justa causa à judiciosa apreciação dos ilustrados juristas deste evento multinacional; e, 2ª) sugerir a adoção do instituto da justa causa, ou do seu conteúdo, como garantia processual do cidadão, a figurar na ordem jurídica de cada País.

VI. Justa Causa no Direito Penal

Cabe acrescentar, ainda, uma palavra sobre a **justa causa no Direito Penal.**

Bem ao contrário do que ocorre no Processo Penal, onde se constatou, no mínimo, oito posições diferentes a respeito do instituto da justa causa, - no Direito Penal as divergências são menores, podendo se afirmar, num primeiro momento, que o uso da expressão **"justa causa"** até tem significado convergente para um único direcionamento, ou seja, **para excluir a incidência penal na conduta do agente.**

Tanto é assim que os tipos penais não valorizam a expressão **"justa causa",** e sim

a alocução **"sem justa causa"** para a configuração de hipóteses delitivas.

Vejamos, exemplificativamente, os preceitos dos artigos 135, 153, 154, 244, 246, 248 do Código Penal.

A mesma orientação é seguida pelo Código Penal Militar, nos artigos 201, 228, 230 e 349.

Como se vê, o emprego da expressão **"sem justa causa"** integra o tipo na configuração da conduta delitiva, ao passo que, **havendo justa causa,** a ação ou omissão fica excluída do mundo jurídico penal.

Por conseguinte, – justa causa, considerada isoladamente em cada caso, equivaleria a uma excludente a mais no elenco de especificações do artigo 23 do Código Penal; e, visualizada de forma genérica, compreenderia todas as excludentes englobadamente, equiparando-se, assim, ao instituto da **inexigibilidade de conduta diversa,** concebida doutrinariamente e valorizada na legislação penal e processual penal militar (art. 39, **in fine,** CPM c/c art. 439, letra "d" CPPM).

Com efeito, as causas de exclusão da ilicitude – assim consideradas excludentes, justificativas ou descriminantes – podem ser divididas em duas grandes categorias: as **exemplificativas e as taxativas**, abrindo-se neste ponto, um inconciliável debate doutrinário.

As primeiras não se esgotam nas especificações legais, como ocorre no Código Penal Português de 1982, o qual contempla uma cláusula âmpla de justificação, admitindo que o **"facto não é criminalmente punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade"** (art. 31, nº 1).

As segundas estão enumeradas nos tipos penais permissivos, sujeitas ao princípio do **numerus clausulus,** como, aparentemente, se dá com o Código Penal e o Código Penal Militar, nos artigos 23 e 42, respectivamente.

O Professor **PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR,** porém, considera o nosso sistema **omisso,** possibilitando o reconhecimento de causas extralegais de ilicitude (descriminantes tácitas ou não codificadas) e conclui:

> ***"As causas de justificação não são apenas aquelas que o Código enumera, porque a juridicidade ou a antijuridicidade deve ser encarada em face de todo o direito positivo, considerado unitariamente"*** *(in, Direito Penal Objetivo, pág. 62, 1º ed. FV).*

A propósito, é oportuno sublinhar, entre outras, estas duas referências inseridas nos **Comentários ao Código Penal Brasileiro:**

Quanto à divulgação de segredo (arts. 153 e 154, CP), assim preleciona **HUNGRIA**, estreitando a sua compreensão:

> *"Somente exclui o crime a justa causa, entendendo-se por tal toda causa explícita ou implicitamente, direta ou indiretamente, aprovada pela ordem jurídica.*
>
> ***Assim, constituem justa causa: a) o consentimento do interessado (pois se trata, na espécie, de direito disponível); b) a faculdade de comunicação de crime de ação pública (art. 5º, § 3º, do Cód. de Proc. Penal); c) o dever de testemunho em juízo; d) a defesa de direito ou interesse legítimo; e) comprovação de crime ou sua autoria (art. 240, § 1º, letra f, do Cód. de Proc. Penal)".*** *(Vol. VI, pág. 253, Forense, 4ª edição).*

Quanto ao abandono intelectual (art. 146 CP), CÔRTES DE LACERDA adota posição mais flexível:

> *"O texto legal acentua que a existência do crime está subordinada à ausência de justa causa. Todo impedimento de força maior é justa causa; mas não só: dificuldades de ordem econômica da família, quando, por exemplo, a escola fica longe e a família não dispõe de meios para pagar o transporte, podem constituir justa causa. Ao juiz compete aferir quando o dolo é excluído pela justa causa".*
>
> *(Vol. VIII, pág. 446, Forense, 4ª edição);*

Enquanto a concepção de **HUNGRIA** pode ser considerada restritiva, aproximando-se do entendimento de **MICHELE LONGO (in** Comentários ao Código Penal Italiano, pág. 499), – a posição de **CÔRTES DE LACERDA** é mais liberal, identificando-se com a lição do Mestre **FLORIAN (apud** N.Hungria, **in** Comentários ao Código Penal, Vol. VI, pág. 253, Nota 89, Forense, 4ª ed.):

> ***"A expressão justa causa é de se entender com*** *maior amplitude, pois poderá haver causa justa não só na estrita previsão legal, mas também no âmbito da moral, do social, da política e da religião".*

Face a omissão do nosso sistema, que não impede o reconhecimento de causas extra legais de ilicitude, nos alinhamos com esta última corrente doutrinária, que alarga os horizontes da justa causa no Direito Penal.

E finalizando estas considerações, nos colocamos à disposição do plenário para debater os temas abordados e conceitos aqui emitidos.

Proteção ao Meio Ambiente. Uma Prioridade Alemã

Renata Lucas de Carvalho

Advogada, Faculdade de Direito Candido Mendes-Centro (1993 - Rio de Janeiro), Pós-graduação em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Candido Mendes-Ipanema (1995, Rio de Janeiro), aluna da Faculdade de Direito em Hannover, Alemanha (Universität Hannover, Rechtswissenschaft) desde agosto de 1997.

Introdução

No momento em que vivemos as preocupações com a proteção ao meio ambiente atingiram níveis bastante elevados. Governantes do mundo inteiro voltam-se para este problema com grande afinco, na tentativa de reverter o processo de degradação ambiental. A grave situação atual faz com que se torne indispensável que os danos ambientais sejam reparados com rapidez e de modo adequado. Deste modo que o quadro geral de degradação das já precárias condições em que a vida é sustentada não seja ainda mais comprometido, sob pena de se configurar um cenário de irreversibilidade.

Na Alemanha, enfoque do nosso estudo, o pensamento de proteção ao meio ambiente e o desdobramento de uma lei particularmente ligada a este assunto teve início em 1971 com o Programa do Meio Ambiente do Governo Alemão (Das Umweltprogramm der Bundesregierung). O Programa definia a proteção ao meio ambiente como o conjunto de medidas, que são necessárias para assegurar ao homem um meio ambiente, que o possibilita de levar uma vida saudável; para o solo, o ar e as águas, as plantas e os animais serem protegidos dos efeitos prejudiciais da usurpação do homem; e para os danos ou prejuízos da usurpação do homem serem abolidos ou evitados.

Estes princípios básicos foram adotados no Relatório do Meio Ambiente do Governo Alemão (Umweltbericht der Bundesregierung), escrito em 1976 e serviram como base para as leis hoje existentes sobre meio ambiente.

Os cuidados ambientais na Constituição Alemã (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – GG) estão no art. 20a que regula a proteção ao meio ambiente e se responsabilisa pela geração futura.

Princípios do Direito de Proteção ao Meio Ambiente

Derivados do Programa e do Relatório do Meio Ambiente do Governo Alemão surgiram os seguintes princípios:

I. Princípio da Precaução

II. Princípio da Causalidade

III. Princípio da Cooperação

I. Princípio da precaução

O Princípio da Precaução pode ser visto como um modelo moderno de política do meio ambiente. Tem como objetivo evitar resultados possíveis do desgaste ambiental, através de prospectivos ajustes e com os recursos naturais disponíveis assegurar uma base ecológica a longo prazo. O Princípio da Precaução estabelece uma zona de segurança em relação aos perigos limiares ao meio ambiente.

II. Princípio da causalidade

O Princípio da Causalidade significa que um prejuízo efetivado ao meio ambiente produz uma responsabilidade financeira para quem o causou. Gerando não só uma responsabilidade financeira como consequências legais no âmbito civil.

III. Princípio da cooperação

O Princípio da Cooperação basea-se no pensamento que a proteção ambiental não é somente um dever do Estado, mas sim o esforço de um trabalho em conjunto entre a sociedade e o Estado. Para tal é preciso que a execução das normas legais sejam facilitadas e a perícia no âmbito social seja feita de uma maneira proveitosa. Um exemplo foi a espontânea participação de indústriais no acordo para a limitação na produção de um tipo de cloro na fabricação de produtos de limpeza, por este ser prejudicial ao meio ambiente.

Principais Instrumentos do Direito de Proteção Ambiental

Os principais instrumentos do direito de proteção ambiental são: o Planejamento, o Procedimento Governamental Direto e o Indireto.

I. Planejamento

O planejamento do meio ambiente, como ponto principal de precaução para a política ambiental, facilita a coordenação entre as causas ambientais complexas com os diversos objetivos e interesses do homem (§29 Kreislaufwirtschafts-und Abfallgesetz – KrW AbfG). Serve também como instrumento de controle na execução e construção de rodovias, estradas de ferro e aeroportos, por exemplo, analisando a interação e consequências com o meio ambiente (§31 II Kreislaufwirtschafts-und Abfallgesetz – KrW AbfG). Para que um planejamento seja aceito é preciso que passe pelo Processo de Licenciamento do Plano, que tem como objetivo a apreciação e legalização de um projeto.

II. Procedimento governamental direto

Podem ser qualificados de Procedimentos Governamentais Diretos os Instrumentos de Controle Administrativos, as Proibições e Ordens legais, como também as Obrigações Ambientais. Impõem para os seus destinatários um certo tipo de comportamento, que somente possibilita aceitar a exigência ditada pelo Estado, ou desistir da atividade.

IIa. Instrumentos de controle administrativos

Os instrumentos de controle administrativos são baseados na notificação obrigatória, nas licenças, no mandado de revogação e na competência de fiscalização (por meio do Poder Executivo). Através da notificação obrigatória, a Administração recebe informações, que servem como contínua fiscalização das atividades possivelmente nocivas ao meio ambiente (Umweltstatistikgesetz - UStatG).

As licenças são dadas para a execução de um projeto após o cumprimento de normas já pré-estabelecidas pelo governo que proíbem atividades sabidamente deletérias ao meio ambiente. De modo que possíveis danos ao meio ambiente por meio da instalação de uma indústria, por exemplo, sejam minimizados através da execução de normas técnicas (§7 Wasserhaushaltsgesetz – WHG; §4 Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG; §7 Atomgesetz - AtomG).

Podemos destacar duas importantes licenças que são concedidas após as seguintes restrições: 1. da proibição preventiva e 2. da proibição repressiva. A proibição preventiva existe para proteger os recursos naturais. Entretanto o Estado concede algumas licença para certas atividades que embora prejudiquem o meio ambiente, favorecem outras atividades sócio-econômicas. (§6 Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG). A proibição repressiva existe para bloquear uma atividade que está sendo prejudicial ao meio ambiente. Uma vez que o nível de poluição da atividade for controlada, a proibição é revogada (§7 II Atomgesetz - AtomG).

A licença é concedida através dos processos de admissão de um projeto. O processo simples de autorização caracteriza-se por ser flexível na sua execução uma vez que avalia projetos normalmente não prejudiciais ao meio ambiente. Logo, este pode ser conduzido de maneira conveniente para os interessados e com maior rapidez (§10 e seg. Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG).

O processo formal de autorização dispõe de normas legais detalhadas do processo administrativo. O primeiro passo é entrar com o pedido escrito de autorização junto com os documentos necessários e requerer uma publicação, tornando público o projeto para todos. Durante o decorrer da publicação pode ser apresentada uma réplica por um terceiro interessado, que será discutida e decidida em uma Audiência Pública. O direito de participação no processo por um terceiro, pode ser tanto em favor de um interesse individual, quanto de um interesse coletivo, em que ele atua como representante. O processo termina com a concessão, completa ou em parte, ou a negação da autorização, cabendo recurso da decisão (§63 e seg. Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG).

O processo de licenciamento do plano é um processo de autorização especial para projetos que reivindicam e influenciam um espaço, como por exemplo, a construção de uma auto estrada.

O seu andamento basea-se no processo formal de autorização com a apresentação do plano junto com os devidos documentos, o pedido de publicação oficial, a oportunidade de imposição de réplica

seguida da Audiência Pública e sentença final (§72 e seg. Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG).

Os processos no direito ambiental alemão não possuem uma regra fixa, pois não são baseados em somente um código de leis. Para cada caso, existe uma lei e uma instituição responsável diferente. Entretanto todo projeto tem que passar pela Avaliação do Impacto Ambiental, que identifica, descreve e avalia os efeitos, diretos e indiretos, de um projeto no meio ambiente (Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz - UVPG).

O mandado de revogação serve para cessar atividades que estão prejudicando o meio ambiente, mesmo que estas já estejam em andamento. É exercido quando, apesar das inúmeras medidas preventivas ao meio ambiente, uma certa atividade atinge um ponto crítico com relação ao dano ambiental, necessitando de um ato repressivo radical e imediato.

A competência de fiscalização do Estado na proteção ao meio ambiente tem dois deveres fundamentais. O primeiro, serve como controle único com relação ao cumprimento das exigências de comportamento no direito ambiental pelas pessoas civis e jurídicas, através das afirmações oficiais e dos decretos proibindo a execução de ações nocivas ao meio ambiente. Além disso, tem a função de observar o meio ambiente, ou seja, registrar continuamente o desenvolvimento da situação ambiental.

IIb. Proibições, ordens legais e obrigações

A Proibição Legal é declarada, quando o legislador quer impedir um prejuízo ao meio ambiente. A Ordem Legal tem apenas um caráter de apelo, como por exemplo, sugerir o uso de produtos compatíveis com o meio ambiente. Tanto a proibição quanto a ordem legal são geridos através do Poder Legislativo.

As obrigações no direito ambiental alemão são divididas em materiais e formais, que se distinguem por serem originárias ou derivadas e fazem parte do Poder Executivo.

As obrigações materiais impõem aos cidadãos uma atitude de proteção e conservação do meio ambiente. São formadas pelas obrigações de realização (fazer) e de omissão (não fazer). Um exemplo de obrigação de fazer é o lixo jogado fora. O cidadão tem a obrigação de separar o lixo (vidro, papel, plástico, resto de comida) e o Estado de tratá-lo adequadamente.

As obrigações formais, por outro lado, estão relacionadas com a fiscalização do Estado nas suas obrigações para com a pessoa física e jurídica com o objetivo de evitar o dano ambiental. Logo, existe por parte do cidadão uma responsabilidade civil com relação ao controle e preservação do meio ambiente.

III. Procedimento governamental indireto

Os instrumentos do Procedimento Governamental Indireto são: a Informação, o Apelo e a Advertência; as Subvenções Diretas e Indiretas; os Tributos; os Acordos e as normas de Responsabilidade. Este procedimento serve para mobilizar um interesse comum na proteção ao meio ambiente e é uma forma de conduta legal.

IIIa. Informação, apelo e advertência

É dever do Estado fornecer e dar acesso as informações públicas sobre questões ambientais (Umweltinformationsgesetz – UIG). Não somente através de relatórios sobre a política do meio ambiente, como também aconselhando o cidadão, por exemplo, a poupar energia, usar produtos menos nocivos ao meio ambiente, ou utilizar meios de transportes públicos. A informação pública pode ser efetuada por meio de propagandas que apontam os prejuízos realizados ao meio ambiente e soluções para diminuí-los ou evitá-los.

Através deste programa educativo o Estado faz o Apelo para uma conduta e uma consciência ambiental. Além disso, o Estado exige que haja uma Advertência para a população com relação aos produtos que possam ser maléficos ao meio ambiente. Como por exemplo a advertência escrita nos produtos de limpeza e outros similares para que o consumidor, através da sua "consciência ambiental", tenha a informação necessária para que possa escolher outro produto menos prejudicial a natureza.

IIIb. Subvenções diretas e indiretas

As subvenções são auxílios pecuniários concedidos pelo Governo. As subvenções diretas são financiadas através dos subsídios, doações ou empréstimos reembolsáveis. As subvenções indiretas tem como objetivo a redução de impostos de firmas ou empresas.

Com a ajuda financeira e o pagamento deduzido dos impostos, os favorecidos podem investir em produtos e empreendimentos mais benéficos ao meio ambiente.

IIIc. Tributos

Entende-se por tributo ambiental um rendimento em dinheiro arrecadado pelo direito público através de imposto, taxa e contribuição. Podem ser arrecadados para o financiamento de projetos de proteção ao meio ambiente ou como recursos para o incentivo da política ambiental.

A política ambiental tem interesse de lançar os impostos sobre: os detritos, a poluição sonora e as radiações que causam influências sobre pessoas, animais, plantas, construções e semelhantes; e a poluição gasosa que se alastram no ar atmosférico (Bundes-Immissionsschutzgesetz - BImSchG).

Os impostos têm como finalidade estimular evitáveis danos ambientais através de invenções e modificações nos produtos já existentes no mercado. Exemplo é o imposto sobre veículos motorizados que proporcionou a criação do catalisador diminuindo consequentemente o grau de poluição na combustão do combustível dos veículos motores (imposto de condução). Além disso, os impostos podem ser utilizados na recuperação de fontes naturais já lesadas (imposto de compensação).

IIId. Acordos

Os acordos são contratos celebrados entre o Estado e pessoas civis ou jurídicas, acertando o cumprimento de deveres e obrigações, por ambas as partes (Princípio da Cooperação). Uma das grandes vantagens do acordo é que, sendo uma norma infor-

mal da Administração, evita as, às vezes, demoradas normas formais legais.

IIIe. Normas de responsabilidade

A norma geral de responsabilidade civil que protege a propriedade e a saúde encontra-se no parágrafo 823 do Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB).

Esta pode ser utilizada como um dos fundamentos para o ressarcimento de danos causados contra o meio ambiente. Gera a obrigação de reparação de dano (obrigação de compensação) quando ocorre: lesão à bens da vida e direitos (§823 I, BGB) e infração de outras leis que visam a proteção do meio ambiente (§823 II, BGB). Mas é necessário a comprovação de ato ilegal e culposo por parte do agente.

A lei específica de responsabilidade com relação aos danos ao meio ambiente é a Lei de Responsabilidade Ambiental (Umwelthaftungsgesetz - UmweltHG), de 10 de dezembro de 1990. Foi criada com o objetivo de aperfeiçoar os tipos legais de responsabilidade, facilitar a prova da causalidade, obter o ressarcimento do dano mais rapidamente e realizar projetos de proteção ambiental. Os pressupostos para a responsabilidade são que a atividade danosa esteja listada no Anexo 1 da UmweltHG, que a agressão ao meio ambiente descenda destas instalações e que exista uma ligação de causalidade entre o fato danoso e a lesão ambiental.

As hipóteses de exclusão de responsabilidade são: danos causados por força maior; danos não substanciais de acordo com as circunstâncias locais, desde que a instalação esteja desenvolvendo suas atividades adequadamente; danos ocorridos antes da entrada da Lei em vigor, em 1 de janeiro de 1991.

Para a garantia da responsabilidade de algumas instalações especificamente perigosas, que estão enumeradas no Anexo 2 da UmweltHG, é obrigatório a tomada de precauções de segurança, como obter um seguro de responsabilidade civil.

Direito europeu ambiental

Não podemos deixar de citar o direito europeu ambiental. Entre 1972 e 1987 foram utilizadas pela Comunidade Européia as Atas Legais com 200 regras ambientais. Com a celebração da Ata Comum Européia (EEA – Einheitlichen Europäischen Akte) foi admitido em 1987, o título de política ambiental, art. 130r e segs. do Tratado da Comunidade Européia (EGV – Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft) pelo Tratado da Comunidade Européia de Economia (EWGV – Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft).

A política ambiental da Comunidade Européia (art. 130r EGV) contribui para que o meio ambiente seja mantido e protegido; que sua qualidade seja melhorada; que a saúde do homem seja protegida; que os recursos naturais sejam empregados de forma cautelosa e razoável, e que medidas sejam promovidas a nível internacional para problemas ambientais, tanto para realizações locais como globais. Apesar de levar em consideração as diferentes realidades das regiões da Comunidade Européia, tende

sem dúvida alguma à um alto nível de proteção ambiental (art. 100a III EGV).

Para que uma política ambiental fosse alcançada, a Comunidade Européia atendeu aos dados econômicos e técnicos dos diferentes países, a condição ambiental de cada região da Comunidade, e o desenvolvimento econômico e social da Comunidade no âmbito geral e regional.

Direito ambiental das nações

Os problemas ambientais assumiram uma dimensão internacional, pois certos episódios tem enorme repercussão fora do território onde se verificam, devido sua amplitude ou gravidade. Como exemplos de acidentes de âmbito internacional podemos citar o de Bhopal, na Índia, em 1984, com 2.000 mortos e mais de 200.000 feridos pelo vazamento de gás tóxico; o de Chernobyl, na Ucrânia, em 1986, ocasionando as primeiras mortes por radiação nuclear pela explosão do reator nuclear e cujo material radiotivo cruzou os oceanos e chegou até o Brasil; o derramamento de 30 toneladas de produtos químicos no rio Reno, na Suíca, em 1986, uma das mais graves lesões ambientais já ocorridas na Europa; e o desastre com o petroleiro Norte Americano Exxon Valdez que derramou toneladas de óleo no mar do Alaska.

A Alemanha, devido a sua localidade geográfica com nove países vizinhos, grandes rios internacionais (Reno, Dossau, Mosel, Elbe) e sua localização central que serve de passagem para transportes, tem enorme interesse em efetivar uma política ambiental internacional. Entretanto, vários obstáculos dificultaram um bom andamento do direito das nações como a ausência, tanto de uma jurisdição obrigatória, como de um orgão executivo central para fiscalização e consolidação de direitos. A reforma deste bom andamento manifestou-se na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (United Nations Conference on Environment and Development, UNCED) no Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992. Teve como participantes 178 países. Um recorde mundial!

A Declaração do Rio foi continuidade da Declaração de Estocolmo. Novos princípios foram criados: a Integração da Proteção Ambiental com o Processo de Desenvolvimento; a Obrigação do Trabalho em Conjunto na Luta contra a Pobreza; a Obrigação de Troca de Informações Científicas e Promoção de Transferências de Tecnologia; o Princípio da Precaução; o Princípio da Causalidade; a Obrigação do Trabalho em Conjunto com Boa Fé e Espírito de Parceria. A responsabilidade de cada país foi graduada de acordo com seu poder econômico e financeiro.

O Princípio de Integração da Proteção Ambiental com o Processo de Desenvolvimento tem uma grande importância, pois está relacionado com o "desenvolvimento sustentado", que conforme a definição da Comissão Brutland, da ONU, no relatório "Nosso Futuro Comum", em 1987, é o desenvolvimento social, econômico e cultural que atende as exigências do presente sem comprometer as necessidades das futuras gerações.

A Agenda 21 (plano de metas direcionado para o século XXI) concebida

durante a UNCED tem como objetivo um programa que inclui a criação de mecanismos de financiamento para projetos de preservação ambiental e de transferência de tecnologia da comunidade internacional.

Na Convenção das Florestas (UNCED, Rio de Janeiro, 1992) ficou decidido que é direito soberano e intransferível do Estado a utilização das florestas, a necessidade de proteger a nação indígena e a necessidade de uma administração para o racionamento da exploração das florestas. E faz parte de alguns programas da Agenda 21. Também criada durante a UNCED a Convenção do Clima, tem como finalidade devido as mudanças climáticas ocorridas no mundo todo, a estabilização das consequências do uso dos gases que causam o efeito estufa e prejudicam a camada de ozônio.

Um fato digno de nota é que, embora a atenção dos ambientalistas tenha subitamente se voltado para o terceiro mundo e para o Brasil, especialmente devido a questão da Floresta Amazônica – os problemas ambientais que são de caráter global – isto é, que afetam toda a comunidade internacional indistintamente – são de responsabilidade quase exclusiva dos Países do primeiro mundo, como a destruição da camada de ozônio, a chuva ácida ou o "efeito estufa". Como bem observado pelo Governo Brasileiro para a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, "além de sofrerem os efeitos negativos desses problemas, sem no entanto usufruir dos benefícios do desenvolvimento, os países do Sul são convocados a compartilhar a responsabilidade e o custo das medidas para atenuar a situação de crise."

Atualidade

Um dos maiores problemas ambientais que tem ocorrido na Alemanha no últimos anos é o transporte do lixo atômico. A lei atômica (Atomgesetz) declara quais são os elementos radioativos (§2) e como deve ser tratado e eliminado o lixo nuclear (§9a).

O tratamento do lixo atômico é feito com o objetivo de adequá-lo a uma forma e diminuí-lo até um certo volume para um longo espaço de tempo de armazenagem. Os lixos nucleares de alta radioatividade são envidraçados e soldados em um container de aço e os de média e baixa radioatividade são misturados com betume, cimento ou material plástico e embalados em tonéis. A eliminação do lixo nuclear tem duas etapas: primeiro é remetido para uma armazenagem intermediária até que perca sua meia-vida e depois o Estado estabelece em que instalação será o armazenamento final. A armazenagem é realizada através da colocação do lixo atômico vários metros abaixo do nível da terra entre maciços de sal ou formações de ferro. Na Alemanha existe duas instalações para armazenagem de material radioativo: em Gorleben, de maciço de sal, e em Konrad, de formação de ferro.

O container que serve para o transporte e armazenagem intermediária de elementos radioativos de reatores de energia nuclear é chamado de CASTOR (Cask of Storage and Transport of Radioactive Material). Foi desenvolvido na Alemanha e consiste em um corpo de aço fundido com

paredes grossas e tampa dupla que deve reter os raios de alta radioatividade. Custa 2,3 milhões de marcos, mede 6,1 metros de altura e 2,5 metros de comprimento, e pesa 112 toneladas. Passou por vários testes de segurança: tiros de arma de fogo, colisão com uma locomotiva a 160 km/h, temperatura de 800 graus durante 30 minutos e queda de 9 metros de altura. O carregamento do CASTOR é feito com elementos radioativos, já consumidos, dentro do recipiente de extinção de energia nuclear e é fechado debaixo d'água. Depois passa por um processo de limpeza para a descontaminação de resíduos. Em seguida é feita uma verificação se possui raios radioativos e então é transportado para a instalação de armazenagem. Apesar dos inúmeros testes para evitar riscos que possam originar perigos para a população ainda há problemas de segurança com o CASTOR.

No ano passado saíram vários containers para uma instalação de armazenagem, e quando chegaram ao destino, entre cada cinco um estava externamente com um nível de contaminação acima das normas estabelecidas.

A causa da contaminação ainda não foi esclarecida, mas há a suspeita de que quando foi feito o transporte, através da movimentação e diferentes temperaturas podem ter sido liberados resíduos de água radioativa, que apesar da alta precisão de limpeza e a milimétrica junta de calafetagem, podem ter ficado presos na parte externa do container. Assim, os resíduos de água radioativa chegam como aerosol no ar e podem ser inspirados pelas pessoas que estão nas proximidades. Policiais, que protegiam o CASTOR, demonstrantes, que protestavam contra o transporte, o condutor da locomotiva e moradores que estavam ao longo da estrada de ferro, foram expostas a uma fonte de radiação nuclear que futuramente podem causar graves danos a saúde.

Na tentativa de solucionar o problema, a Sociedade de Segurança dos Reatores Nucleares está estudando um invólucro de plástico para proteger a parte de fora do CASTOR da água radioativa. Por enquanto o transporte de CASTOR está parado mas, com certeza, voltará depois da Eleições para Chanceler na Alemanha, em 27 de setembro deste ano.

Bibliografia

Barroso, Luis Roberto. "A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira." In: Revista Forense. V.317. - Rio de Janeiro: Forense, 1992.

Baum, Fritz. Umweltschutz in der Praxis. 3ª ed. - Munique: R.Oldenbourg Verlag, 1998.

Der Spiegel. Atommüll - Der strahlende Castor. V.22. - Alemanha, 1998.

Der Spiegel. Atomtransporte - Sicher im Plastikhemd. V.36. - Alemanha, 1998.

Internet - http: www.polizei-lg.de allg.htm

Kloepfer, Michael. Umweltrecht. 3ª ed. - Alemanha: C. H. Beck, 1989.

KPMG, Deutsche Treuhand Gruppe (HrSG). Umweltrecht in Deutschland. - Düsseldorf: IDW - Verlag GmbH, 1995.

Rebello Filho, Wanderley e Bernardo, Christianne. Guia Prático de Direito Ambiental. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1998.

Sampaio, Francisco José Marques. "O dano ambiental e a responsabilidade". In: Revista Forense. V.317. - Rio de Janeiro: Forense, 1992.

Sampaio, Francisco José Marques. Responsabilidade Civil e Reparação de Danos ao Meio Ambiente. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1998.

Schmidt, Reiner. Einführung in das Umweltrecht. 4ª ed. - Munique: C. H. Beck, 1995.

Direitos Fundamentais de Terceira Geração

Teori Albino Zavascki
Professor na Faculdade de Direito da UFRGS

SUMÁRIO

I - Introdução.

II - Os direitos fundamentais e sua evolução.

III - Direitos de primeira geração: a liberdade.

IV - Direitos de segunda geração: a igualdade.

V - Direitos de terceira geração: a fraternidade.

VI - Os juristas do novo tempo.

VII - Conclusão: a valorização das qualidades humanas do jurista.

I. Introdução

Solenidades como esta, de colação de grau, constituem uma espécie de cerimônia no convés de um navio que atraca no porto, chegado de uma longa viagem. Presentes, alguns dos marinheiros responsáveis pela navegada, nosso diretor, os professores e funcionários homenageados. Perfilados, os formandos, viajantes sorridentes, semblantes iluminados, olhar feliz, prontos para o desembarque, a jornada chegou ao seu final; no peito, quiçá um aperto estranho, já uma ponta de nostalgia, porque se aqui é um porto de chegada, é igualmente um lugar de despedidas. Ali, no cais, familiares e amigos, ansiosos para o abraço e o aconchego. Mais adiante, a cidade e as suas ruas, e depois as estradas e os seus rumos, a vida e os seus destinos. É da tradição que nessa hora - a um só tempo de chegada e de partida - se ouça a palavra do paraninfo. Sei bem o que isso significa: antes de ser marinheiro também já fui viajante, e, passados vinte e três anos, ainda sinto aqui a presença do Professor Pereira Leite, paraninfo de minha Turma, a quem presto

saudosa homenagem; ouço ecoar neste salão de atos sua voz corajosa, suas palavras candentes na defesa do estado de direito, à época comprometido pela ditadura militar. Por razões que só o afeto explica, sou eu quem traz consigo hoje a imerecida honra de paraninfar a turma de acadêmicos.

II. Os direitos fundamentais e sua evolução

Meus queridos afilhados, nesse tempo todo em que estivemos juntos, ouvistes de mim palavras sobre processo civil e seus institutos, sobre petições e litisconsórcios, sobre ônus da prova e medidas cautelares. Juntos procuramos o despertar para o raciocínio da lógica jurídica, seus sistemas de valores e seus princípios. Pois nesta noite, gostaria de falar de um tema sobre o qual não tenho lembrança de termos conversado abertamente, e isso talvez pela singela razão de que não é tema que costume freqüentar, ao menos com a intensidade que deveria, os programas acadêmicos. Quero falar sobre sentimentos. Sobre coisas do coração.

Muitos hão de imaginar que o assunto escolhido quebra uma das boas tradições da Casa. Muito pelo contrário. O que desejo justamente demonstrar é que não há a incompatibilidade temática. Sentimento e direito devem andar juntos, de mãos dadas, já que o verdadeiro Estado de Direito, nesses albores do século XXI, não se alcançará sem que se promova uma profunda renovação dos espíritos.

Conta-se que Piero Calamandrei, um dos grandes mestres do direito processual italiano, costumava propor ao estudo de seus alunos um tema de sua especial predileção: o sentimento da sentença[1]. Nessas oportunidades, ensinava que a própria palavra "sentença" provem do verbo "sentir", tal como a palavra sentimento. Não que as sentenças fossem um simples produto dos impulsos subjetivos dos juízes, sem qualquer referencial de natureza jurídica. Claro que não. Porém, dizia ele, em muitas ocasiões, a motivação verdadeira, real e efetiva de uma sentença não está completamente revelada na sua fundamentação técnica. Há nela também razões ocultas, implícitas, inconscientes quase sempre, a influenciar a decisão. É preciso sensibilidade para captá-las. São produto do sentimento do juiz, de suas inclinações, de sua formação, de suas circunstâncias, de seus afetos, de suas tendências, de suas convicções, enfim de todas as variações desta realidade misteriosa, maravilhosa, terrível, que é o espírito humano, refletida, com ou sem véus, nas frias expressões dos repertórios de jurisprudência e nos silenciosos escaninhos dos cartórios.

Esse modo como Calamandrei via o processo final de interpretação e aplicação do direito pelos juízes constitui, na verdade, o estuário de uma corrente evolutiva desenvolvida sobretudo nesses últimos três séculos. Um olhar para a história do direito moderno evidencia, com efeito, que no decorrer do século XVIII começou a brotar e ganhar corpo, no mundo ocidental, a idéia dos chamados "direitos fundamentais", vindo eles a alcançar significado universal com a célebre "Declaração dos Direitos do Homem", da Revolução Francesa. O gênio francês conseguiu sintetizar em seu lema revolucionário, os princípios básicos da dignidade humana: *liberdade, igualdade, fraternidade*. Desde então, o que se tem verificado na história do direito é um processo de gradativa, cumulativa e seqüencial institucionalização dessas aspirações, que aos poucos vão sendo retiradas de sua dimensão puramente filosófica e abstrata e vão sendo inseridas nos ordenamentos jurídicos positivos, de modo a ganhar as indispensáveis condições para a sua concretude material.

1. A propósito: Mauro Cappelletti, "A ideologia no processo civil", trad. Athos Gusmão Carneiro, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vol. 4, p. 1.

III. Direitos de primeira geração: a liberdade

Assim, o século XIX foi tomado pela normatização do primeiro desses ideais: os direitos fundamentais de *liberdade*, por isso denominados "direitos de primeira geração". Naquele século, ganharam densidade normativa os direitos civis e políticos, direitos do indivíduo contra o Estado. Quebrou-se a espinha dorsal do Estado absolutista e de suas cinzas se modelou um Estado liberal, não intervencionista, garantidor das liberdades individuais, com escassa margem de atuação nas relações sociais.

O liberalismo individualista - substrato ideológico dos direitos de primeira geração - tinha como princípio político o de que os homens e a sociedade por eles formada têm que realizar diretamente o seu próprio destino. Ao Estado caberia, apenas, deixar as pessoas agirem livremente. Imaginava-se que, rompida a opressão estatal, os direitos de liberdade fariam frutificar uma espécie de harmonia espontânea na convivência sociopolítica.

Todavia, superada a fase de combate ao absolutismo, percebeu-se que era insuficiente, e até mesmo falsa, a idéia de harmonia social espontânea. Como a experiência histórica acabou demonstrando, o liberalismo puro aniquilava o segundo ideal dos revolucionários franceses: o ideal da igualdade. Num estado absenteísta e omisso, a igualdade entre as pessoas era simplesmente formal, desprovida de qualquer representatividade no plano dos fatos, um mero catálogo de ilusões.

IV. Direitos de segunda geração: a igualdade

E então, a grande crise do Estado liberal em fins do século passado, fez a humanidade dar um passo adiante. Sem renunciar aos direitos de liberdade, conquistados a duras penas, sem voltar atrás no longo caminho percorrido, o novo século já nasceu iluminado pela necessidade de implementar os direitos de igualdade. A doutrina social da Igreja, as filosofias igualitárias e humanistas, a Constituição Mexicana de 1917, a Alemã de 1919, foram marcos importantíssimos na configuração de uma "segunda geração" de direitos fundamentais: os chamados direitos econômicos e sociais. Operou-se, na verdade, um fenômeno de expansão qualitativa dos próprios direitos de liberdade. Já não se buscava, apenas, assegurar a liberdade do indivíduo em face do Estado, mas, mais que isso, procuravam-se os meios aptos para assegurar a liberdade do indivíduo em face

dos demais indivíduos. Em outras palavras, os direitos sociais e econômicos entraram na história do constitucionalismo pela indeclinável obrigação ética e jurídica de serem estabelecidos padrões mínimos de uma sociedade igualitária.

Modelado à base dessa segunda geração de direitos fundamentais, nasceu o chamado Estado do bem-estar social. E, assim, o século XX foi todo ele dominado pela força propulsora dos direitos fundamentais inspirados na igualdade. Não há estatuto jurídico, no atual estágio de nosso direito ocidental, que não contenha pautas de reconhecimento explícito de direitos desta natureza igualitária, como por exemplo, o direito à saúde, o direito à habitação, o direito à educação, o direito a padrões salariais indispensáveis à sobrevivência, o direito à seguridade social. Os Estados, outrora omissos, agora proclamam compromissos solenes de estabelecer políticas públicas destinadas a eliminar desigualdades sociais e de promover, em todos os seus aspectos, a dignidade da pessoa humana.

Porém, neste final de século, também os direitos sociais estão em crise. Há uma profunda crise de efetividade. O modelo estatal imaginado para implementar os direitos de segunda geração, conseguiu vê-los reconhecidos no plano das normas, o que, sem dúvida, representou um notável avanço; mas não teve força ou vontade suficiente para implementá-los, de modo satisfatório, no plano dos fatos. Ruíram os regimes socialistas e as chamadas "democracias ocidentais" se mostram ainda incapazes de transformar em realidade o ideário de suas plataformas humanistas.

V. Direitos de terceira geração: a fraternidade

O esgotamento do modelo, todavia, faz com que, mais uma vez, os homens e as mulheres do nosso tempo sejam chamados a dar um novo e importante passo à frente. Têm-se consciência, no moderno constitucionalismo, de que, assim como o ideal de liberdade não pôde ser adequadamente cumprido sem a implementação efetiva e material dos direitos de igualdade – e daí o surgimento do Estado do bem-estar social – também não se poderá implantar uma sociedade igualitária sem que se promova a efetivação do terceiro sonho dos revolucionários franceses: o sonho da fraternidade.

Nascem, assim, neste limiar de um novo século, os chamados direitos de "terceira geração", inspirados nos valores da solidariedade[2]. O que vemos, hoje, são sinais marcantes de que a humanidade está modelando Estados sem fronteira e fazendo surgir um novo cidadão, um cidadão universal, um cidadão de todas as pátrias. Ganha força e valorização a idéia de que o verdadeiro Estado de Direito – de liberdade e de igualdade entre as pessoas – somente poderá ser construído com reformas não apenas das leis ou das estruturas de poder. A reforma mais urgente, mais profunda, e certamente a mais difícil, mas que precisará ser feita, é a reforma do próprio ser humano, é a renovação dos espíritos, é a

2. German J. Bidart Campos, *Teoria General de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1991, p. 189; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 481.

mudança que se opera pela via do coração. O século XXI há de ser marcado, necessariamente, pelo signo da fraternidade[3]. O Estado do futuro não deverá ser apenas um Estado liberal, nem apenas um Estado do social: precisará ser um Estado da solidariedade entre os homens.

VI. Os juristas do novo tempo

E é esse o ponto onde eu queria chegar, meus queridos afilhados, quando me propus a falar sobre "coisas do coração". O maior desafio de nosso tempo é quase utópico. É mais do que um desafio, porém. É um dever: o dever de implementar os direitos fundamentais de "terceira geração", os direitos de fraternidade. Está escrito em nossa Carta Política de 1988: constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil "construir uma sociedade livre, justa e *solidária*". Esse é o nosso compromisso perante a história.

Portanto, o que esperar do jurista afinado com o novo tempo? Diria que o jurista há de ter, em primeiro lugar, uma visão do seu ofício voltada à eficácia social das normas. E o que isso significa? Significa dirigir a sua energia e a sua inteligência no sentido de reduzir, o quanto possível, a ainda imensa distância que existe entre o mundo normativo e o mundo real. Cumprida toda uma trajetória de avanços sociais no plano formal, já não se reclamam direitos, mas garantias de cumprimento dos direitos. Os direitos, na esfera programática, foram quase todos atendidos pelo constituinte, de modo que não deve ser esse o objeto principal de nossos cuidados. Formalismos à parte, o verdadeiro problema da nossa época consiste em criar mecanismos para garantir a *efetividade* dos direitos sociais básicos previstos nos textos legislativos. Decididamente, os tempos atuais já não comportam juristas encastelados num mundo de elucubrações teóricas, de costas para a realidade e para a sociedade em que vivem. Não podemos dar razão aos que acham que os juristas, pelas suas tresnoitadas teorias, conceitos e formulações, representam, aos olhos da generalidade dos demais seres humanos, espécimes de uma fauna em vias de extinção, e, por isso mesmo, menos decisiva no curso da vida social, enquanto juristas[4].

Também não se permite ao jurista autêntico supor que o caminho da efetividade social possa ser alcançado pela substituição dos juízos de legalidade por juízos subjetivos de mera oportunidade circunstancial, ou pela substituição da axiologia constitucional por ideologias pessoais. Não nos iludamos com os chamados sistemas alternativos de direito. Não podemos supor legítimo o desprezo das normas jurídicas criadas por mecanismos ungidos pelo voto popular, em favor de normas criadas aleatória e arbitrariamente ao sabor das circunstâncias. Tais caminhos representariam a negação da única fonte de legitimidade do direito, que é a Constituição democrática. A busca da eficácia social do

3. Adolfo Gelsi Bidart, *De Derechos, Deberes y Garantias, del Hombre Comum*, Montevideo, Fundacion de Cultura Universitária, 1987, p. 147.

4. Eduardo Novoa Monreal, *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*, trad. Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1988, p. 36.

direito deve ser empreendida, isto sim, com a exploração dos mecanismos de hermenêutica oferecidos pelo próprio sistema, que não são poucos, são quase inesgotáveis. É preciso descobri-los, com criatividade, com inteligência, com estudo, com sensibilidade.

VII. Conclusão: a valorização das qualidades humanas do jurista

Porém, há um componente no ofício dos juristas, sejam eles advogados, juízes ou promotores, que não é alcançado apenas com os recursos da racionalidade ou da técnica interpretativa. É que nesse ofício, meus caros afilhados, nós lidamos, invariavelmente, com pessoas e não com artefatos sem alma; pessoas que sentem, que sofrem, que se alegram, que choram. E a criatura humana é fantástica, é mágica, é imprevisível, a vida é rica, a lei nem sempre alcança os seus segredos e os seus mistérios. Imprescindível, por isso, que o cultor do direito, mais que vasculhar, com o auxílio de lupas, todos os possíveis desdobramentos formalísticos das palavras nos textos das leis, tenha sensibilidade para apreender as mensagens de vida que do seu conjunto invariavelmente resulta. Isso o levará a descobrir, para seu encanto, que o direito, quando visto como sistema, oferece ao intérprete alternativas nem sempre perceptíveis ao primeiro olhar. Pois é nessa hora sagrada, em que se impõe ao jurista a tarefa de escolher uma dentre as várias opções que a razão lhe oferece, é nessa hora que o ser humano entra em cena, se levanta, se expõe e se entrega por inteiro, a dar razão ao velho e sábio Professor Calamandrei: nas sentença há razão, mas nas sentenças há também sentimento[5].

Enfim, meus queridos afilhados, é essa a mensagem que gostaria de deixar marcada na hora em que nos despedimos: o Direito se faz com boas leis e com bons técnicos, certamente. Mas o bom direito se faz, sobretudo, com juristas que tenham sensibilidade para captar o drama humano que os papéis e os processos insistem em encobrir com frieza. O bom direito se faz com juristas de mente esclarecida, coração aberto e alma iluminada. Muito obrigado.

(Discurso de paraninfo da Turma 96/1 da Faculdade de Direito da UFRGS, proferido em 27.07.96)

5. Piero Calamandrei, *Estudios sobre el Proceso Civil*, trad. Santiago Sentis Melendo, Ed. Jurídica Europa-América, 1986, vol. III, p. 235.

Impresso com filme fornecido pelo cliente nas oficinas da: E. P. La Salle GRÁFICA - EDITORA - CANOAS - RS - 1998
Av. Getúlio Vargas, 5524 - Fone (051) 472.5899 - Fax (051) 472.5061 - CEP 92010-012