REVISTA DA

FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS

16

COLEÇÃO ACADÊMICA DE DIREITO | 8 | 1999

SÍNTESE

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

VOLUME 16 – 1999

COLEÇÃO ACADÊMICA DE DIREITO

Volume 8

SÍNTESE EDITORA

Av. Pernambuco, 2810 – 90240-002 – Porto Alegre-RS – Fone e Fax: (51) 346.1300
Praça da República, 376/9º andar – 01045-000 – São Paulo-SP – Fone e Fax: (11) 224.9600
Av. Nilo Peçanha, 50 – sala 1301 – 20044-900 – Rio de Janeiro-RJ – Fone e Fax: (21) 253.8168
Av. Marquês de Olinda, 200/310 – 50030-000 – Recife-PE – Fone e Fax: (81) 224.2440
Internet: 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 – Diretor
Professor Plinio de Oliveira Corrêa – Vice-Diretor

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. 16 – Porto Alegre: UFRGS, 1999 – 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: (51) 231-7988 Fax: (51) 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: (51) 346.1300
Praça da República, 376/9º andar – CEP 01045-000
São Paulo-SP – Fone e Fax: (11) 224.9600
Av. Nilo Peçanha, 50 – sala 1301 – CEP 20044-900
Rio de Janeiro-RJ – Fone e Fax: (21) 253.8168
Av. Marquês de Olinda, 200/310 – CEP 50030-000
Recife-PE – Fone e Fax: (81) 224.2440
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 Lima

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

Efetividade e Processo de Conhecimento 7
Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Igualdade entre Filhos no Direito Brasileiro atual – Direito pós-moderno? 21
Claudia Lima Marques

Direito Constitucional Comparado e Constitucionalismo Brasileiro 41
Eduardo Kroeff Machado Carrion

Busca e Apreensão em Dependências Comerciais de Bancos 47
Gerhard Laule

Integração Jurídica na Europa 63
Harriet Christiane Zitscher

O Ministério Público como Fiscal da Lei no Processo Civil 79
José Maria Tesheiner

Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil 111
Luís Afonso Heck

Brazil - Case Comment – Internet Domain Name
"aol.com.br" - The Leading Case 127
Luiz Edgard Montaury Pimenta

Prova Criminal: o Testemunho Infantil 131
Ney Fayet de Souza Júnior

O Projeto de Código Civil e o Direito Comercial 139
Norberto da Costa Caruso Mac-Donald

Redes Contractuales: Conceptualizaciòn juridica, relaciones internas
de colaboracion, efectos frente a terceros 161
Ricardo Lorenzetti

Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático 203
Robert Alexy, KIEL – Alemanha

Reparación Limitada del Daño en Materia de Accidentes 215
Roberto M. Lopez Cabana

Direitos Fundamentais 229
Sérgio Borja

Efetividade e Processo de Conhecimento

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira
Professor Titular de Direito Processual da Faculdade de Direito da UFRGS
Doutor em Direito pela USP

1. Enquanto ciência cultural, voltado essencialmente à resolução de problemas práticos, o direito sempre tende à realização. Já o havia assinalado Rudolf von Jhering na grande obra que é o Espirito do Direito Romano (cito da 5. ed. alemã, de 1898, a 1. ed. data de 1858): "O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza como direito é direito, mesmo quando não se encontre na lei e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência"[1]. Assim é porque, sobretudo no direito como entidade prática, a determinação da "essência" não comprova a "existência": o direito não é direito sem se manifestar na prática e como prática. Só o cumprimento histórico-concreto, naquele modo de ser que é a vigência e que lhe permite se afirmar como efetiva dimensão da prática humano-social, transforma a juridicidade em direito[2].

No plano processual, a questão da efetividade ganha corpo a partir da consciência adquirida no início do século XX quanto ao caráter público do processo, considerado um mal social ("sozial Übel", expressão de Frederico, o Grande), um fenômeno doentio, a ser extirpado o mais rápido possível[3].

No Brasil, o movimento nessa direção também se agiganta — e parece ser esta uma causa nada desprezível — em razão das notórias deficiências da administração da Justiça, agoniada cada vez mais pela intensificação dos litígios, principalmente após o processo de redemocratização iniciado com

1. Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 2, Abteilung 2, Unveränderter Neudruck der 5. (lezten veränderten) Auflage Leipzig 1898, Aalen, Scientia Verlag, 1968, nº XXXVIII, p. 322. Tomo III, nº43, p. 17, da edição espanhola de 1910, trad. de Enrique Príncepe y Satorres, Madrid, editorial Bailly-Bailliere.
2. Cf., sobre esse tema primordial, A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra ed., 1993, p. 25.
3. F. Klein, *Zeit-und Geistesströmungen im Prozess*, conferência proferida em Dresden em 1901, in *Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe*, Wien, Manz, 1927, vol. I, p. 117-138.

a promulgação da Constituição de 1988. Dentro desse quadro atuam como reagentes a permanência do entulho legislativo autoritário, as dificuldades de ordem econômica, política e social por que passa a Nação, os anseios de grande parte dos cidadãos brasileiros, a recorrer em desespero ao Judiciário para solução de conflitos agudos, que normalmente deveriam ser resolvidos pelos demais órgãos do Estado, as contradições entre a velha ordem e as idéias neoliberais, redobradas pelo fenômeno da globalização, pregando a redução do aparelho estatal, mesmo a preço de afrontas ao direito adquirido de significativas parcelas da população. Certamente, tudo isso colabora para o descrédito da Jurisdição e acarreta a demora excessiva do processo, fazendo com que se forme um caldo de cultura propício a que, no limite, se tenda a ver a efetividade não como um meio, mas como um fim em si mesmo.

O paroxismo chegou a tal ponto que para alguns espíritos mais práticos tudo se resume na solução rápida, expedita, fulminante às vezes do próprio valor Justiça. Essa conseqüência, porém, não vem por acaso e parece se iniciar com a condição do homem moderno, posto perante um mundo de faticidade empírica e de causalidade, e por isso axiologicamente neutro. Nessa linha de entendimento, segundo Max Weber o "desencantamento do mundo", o racionalismo, define o desenvolvimento histórico do Ocidente, por meio da substituição dos meios mágicos e extra-racionais pelo método e pelo cálculo racional em todos os setores da vida social[4]. Desse modo, a perspectiva "teleológica", entrosada com uma ordem valorativa, vai sendo substituída por uma visão "mecanicista" ligada a um "esquema causal". Os fins deixam de ser a expressão teleológica de uma ordem onto-axiológica — na qual o valor reina soberano— para se converterem em simples manifestações de pretensões subjetivas, acabando a ação por ser avaliada apenas pela sua eficiência quanto aos objetivos e sua eficácia nos efeitos. Na condição pós-moderna o resultado pode ser assustador: os padrões de avaliação, as categorias da ação e do comportamento em geral (pessoal ou institucional) deixaram de se pautar por valores como o bem, o justo, a validade (axiológica material), para serem as do útil, da oportunidade, da eficiência, da eficácia. Na base de tudo entroniza-se a "ideologia tecnocrática"; a legitimação dá-se pela *performance*, sendo o lugar da ética usurpado pelo conhecimento das relações entre os elementos do sistema e a técnica da sua manipulação eficiente: uma coisa é boa se ela se mostra adequada ao fim perseguido e este fim é ele próprio desejável por produzir resultados que satisfaçam a uma finalidade mais geral[5].

A questão que se coloca em semelhante contexto é se realmente se mostra desejável esse tipo de efetividade, indiferente à justiça, que conduz a uma negativa contraposição entre utilitarismo e justiça na

4. Max Weber, *Economia y sociedad (esbozo de sociología comprensiva)*, ed. preparada por Johannes Wincklemann, trad. de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez e José Ferrater Mora, México, Fondo de Cultura Económica, 7. reimpressão, 1984, *passim*.

5. J.-F. Lyotard, *A condição pós-moderna*, trad. port., p. 322 ss e 87 ss, *passim*, *apud* Castanheira Neves, ob. cit., p. 44. Castanheira Neves, ob. cit., p. 60.

medida em que a relativiza em função da performance, a transformar o juiz em burocrata, assimilando as funções executiva e judicial.

A nosso entender a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pelo da justiça, mas não só por este. Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do processo em prazo razoável, direito à prova). Por isso, a racionalidade do direito processual não há de ser a racionalidade tecnológica-estratégica, mas a orientada por uma validade normativa que a fundamente e ao mesmo tempo fundamentada pelo discurso racional do juízo, de modo a que a sociedade possa controlar tanto a correção material quanto a concordância dogmática da decisão[6]. Não desconheço, é claro, que o próprio valor justiça, espelhando a finalidade jurídica do processo, encontra-se intimamente relacionado com a atuação concreta e eficiente do direito material, entendido em sentido amplo como todas as situações subjetivas de vantagem conferidas pela ordem jurídica aos sujeitos de direito. Por isso mesmo, o acesso à justiça, elevado ao patamar de garantia constitucional na tradição jurídica brasileira, deve certamente compreender uma proteção juridicamente eficaz e temporalmente adequada. O que ponho em questão é a eficiência como fim, sem temperamentos, como meta absoluta, desatenta a outros valores e princípios normativos. O ponto é importante porque esses ditames axiológicos, além de se afinarem mais com a visão de um Estado democrático e participativo, poderão não só contribuir para a justiça da decisão como até para a própria efetividade.

Nessa perspectiva, dois aspectos devem ser destacados: a necessidade de um maior informalismo e a acentuação do princípio fundamental da cooperação entre o órgão judicial e as partes. Em tal concepção estão implicados, como se verá, valores indispensáveis para uma visão atualizada do fenômeno processual.

2. A história do direito processual, apesar dos naturais e inevitáveis retrocessos, marchas e contramarchas, aponta a um ciclo ascendente de evolução, que chamaria de helicoidal. Esse ciclo se inicia em épocas recuadas no tempo com um formalismo de caráter simbólico e religioso. Prossegue com o formalismo excessivo e exagerado da Idade Média, até atingir uma progressiva humanização, contemporânea ao racionalismo e ao iluminismo, com a lenta aproximação do juiz à realização da prova e ao contato direto com as partes. E culmina com o juiz ativista dos tempos que correm, idealmente em busca de permanente diálogo e colaboração com as partes, época em que se esgota o primado da forma e se con-

6. Cf. Esser, as diferentes dimensões da racionalidade jurídica se manifestam no controle da correção material (*Richtigkeitskontrolle*), referido ao problema concreto trazido à consideração do órgão judicial, e o controle da concordância dogmática (*Stimmigkeitskontrolle*), referido ao sistema da validade normativa (*apud* Castanheira Neves, ob. cit., p. 79)

cede maior atenção aos fins sociais e políticos do processo[7].

O direito brasileiro, embora tenha acompanhado essa linha de evolução, às vezes ao preço de alguma defasagem temporal, até agora não se preocupou em flexibilizar a conformação material do processo em homenagem ao princípio dispositivo — princípio esse que constitui, sem a menor sombra de dúvida, o maior limite formal à atuação do órgão judicial. O CPC de 1973 revela-se a esse respeito de uma rigidez extraordinária, numa visão mais afeiçoada com o espírito das legislações do século XIX: feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do réu (art. 264, 1ª. parte); depois do saneamento do processo em nenhuma hipótese tal alteração será permitida (art. 264, 2ª. parte).

Decerto razões de política judiciária, em que ganha destaque a imprescindível imparcialidade do órgão judicial, tornam oportuno o seu total afastamento tanto do pedido quanto da indicação da *causa petendi*. Todavia, parece-me de toda conveniência coordenar esse rigorismo formal com o princípio da economia processual, emprestando assim maior agilidade ao processo, em busca da boa efetividade.

Lembro a experiência alemã, ao permitir a modificação da demanda, independente de anuência do adversário, se entendido pelo órgão judicial estar presente o requisito da "utilidade" para a causa (*Sachdienlichkeit*: § 263, com a redação da Novela de 1933). Para a jurisprudência constituem elementos decisivos para a aplicação desse conceito o interesse público no rápido desenvolvimento do processo e as exigências de economia do juízo[8].

Na mesma esteira, o § 235, 3, da Ordenança Processual austríaca autoriza o juiz a permitir a modificação da demanda se não conduz ao "retardamento relevante" e ao "agravamento" do desenvolvimento do processo[9].

A esse modo de ver o problema não ficou alheia a Ordenança Processual de Berna, cujo § 94 admite a alteração da ação ou da reconvenção, sem o consentimento da parte contrária, se apoiada em causa de pedir semelhante à anterior pretensão ou conexa com a exercida, entendendo o órgão judicial não decorrer daí considerável agravamento ou demora no processamento da causa[10].

Nessa mesma perspectiva, revela-se interessante e original a solução preconizada na ampla e profunda reforma introduzida no processo civil português ocorrida em

7. Sobre o tema, amplo desenvolvimento em C. A. Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 11-60, *passim*.

8. Como informa Othmar Jauernig, *Zivilprozessrecht*, 2l. ed., München, Beck, 1985, § 41, III, p. 150, os tribunais alemães levam em conta a possibilidade de a modificação evitar um novo processo, mas a consideram inadmissível quando dela resulta a apreciação de relações jurídicas totalmente distintas entre as mesmas partes ou maior dificuldade de defesa do réu.

9. A respeito, Corrado Ferri, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, Cedam, 1975, p. 104-6.

10. Alois Troller, *Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1945, § 7, p. 94.

1995 e 1996 [11], em que se faculta, mesmo sem concordância da outra parte (CPC português, art. 273, incisos 1 a 6): a) a alteração ou ampliação da *causa de pedir* na réplica, se o processo a admitir, a não ser que a alteração ou a ampliação seja conseqüência de confissão feita pelo réu e aceita pelo autor; b) a alteração ou ampliação do *pedido* na réplica, podendo, além disso, o autor, em qualquer altura, reduzir o pedido e ampliá-lo até o encerramento da discussão em 1º grau de jurisdição se a ampliação consistir em desenvolvimento ou conseqüência do pedido primitivo; c) a ampliação ou alteração do *pedido* de aplicação de sanção pecuniária compulsória no caso de obrigações de prestação de fato infungíveis, ao abrigo do disposto no art. 829, I, do Código Civil, respeitados os termos do art. 273, 2, do CPC; d) ao autor requerer nas ações de indenização fundadas em responsabilidade civil, até o encerramento da audiência de discussão e julgamento em 1º grau de jurisdição, a condenação do réu em forma de renda vitalícia ou temporária (art. 567 do Código Civil), mesmo que inicialmente tenha pedido a condenação daquele em quantia certa; e) a modificação simultânea do *pedido* e da *causa de pedir*, desde que tal não implique convolação para relação jurídica diversa da controvertida.

Aliás, em havendo acordo das partes, já a reforma de 1967, dando nova redação ao art. 272 do CPC português, autorizara a alteração ou ampliação do pedido e da causa de pedir em qualquer altura do processo, tanto em 1º quanto 2º grau de jurisdição, salvo se ocorresse perturbação inconveniente da instrução, discussão e julgamento do pleito[12].

Entendo tratar-se aqui de efetividade virtuosa porque a flexibilização sugerida encaminha uma solução conveniente para a clara tensão verificada entre o direito processual e o direito material. Pense-se como a satisfação deste correria o risco de se prolongar, às vezes de maneira insustentável, por considerações puramente formais, dando lugar a incertezas e injustiças. E sabemos nós, os operadores práticos do direito, como é difícil na tensão carregada da atmosfera do processo articular de modo correto o pedido ou a *causa petendi*, cuja extensão e alcance só podem ser adequadamente aquilatados no final da instrução, ou mesmo depois de prolatada a sentença. Quantas vezes os advogados não arrancam os cabelos e os bons juízes se desesperam ao constatar que anos de trabalho foram perdidos por incorreta formulação do pedido inicial ou em conseqüência de deficiências na fixação do fato jurídico fundamental!

11. Essa reforma, cuja importância é indesmentível, pelo que representa de modernidade e de adequação às determinantes axiológicas do processo atual, decorre da profunda alteração determinada pelos decretos-lei 329-A, de 12 de dezembro de 1995, e 180, de 25 de setembro de 1996. Visão ampla e abrangente a respeito em Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2. ed., Lisboa, Lex, 1997, *passim*.

12. Especificamente sobre o ponto, José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil (conceito e princípios gerais à luz do Código revisto)*, Coimbra, Coimbra ed., 1996, nº 6.3, p. 128-9, nº 10.2.4, p. 169-72, nº 10.2.5, p. 172. Para Lebre de Freitas, ob. cit., p. 171-2, a modificação simultânea do pedido e da causa de pedir é possível não só quando alguns do fatos que integram a nova causa de pedir coincidam com fatos que integram a causa de pedir originária ou a causa de pedir reconvencional ou fundem exceções deduzidas, mas também quando, pelo menos, o novo pedido se reporte a uma relação material dependente ou sucedânea da primeira. Ainda sobre a questão, na ótica da insuficiência das alegações e do princípio dispositivo, as interessantes e relevantes observações de Paula Costa e Silva, *Saneamento e condensação no novo Processo Civil*, Lisboa, Lex, separata s.d., p. 228-34.

Ainda na seara da contraposição formalismo versus informalismo, registro uma da mais preocupantes tendências atuais do direito brasileiro: o formalismo excessivo, exagerado, na admissão dos recursos. Um dos casos típicos é a formação do instrumento de agravo, agora posta como encargo da parte (art. 525, I, do CPC). Assim, se um dos documentos ali relacionados não integra o instrumento, os tribunais brasileiros quase que invariavelmente, mesmo na instância ordinária, não mandam suprir a falta e se negam a conhecer do recurso por inadmissível. Às vezes o formalismo chega a se alçar aos píncaros dos exageros do processo romano-canônico: o recurso deixa de ser conhecido porque a tempestividade foi demonstrada com cópia do Diário da Justiça e não com certidão do cartório judicial ou porque não se apresentou certidão de inteiro teor da decisão agravada, conquanto reproduzida integralmente no órgão oficial, que o diligente recorrente cuidou de juntar aos autos! Os resultados dessa forma obtidos podem impressionar do ponto de vista meramente estatístico, mas com certeza não servem à justiça. A efetividade que sustenta essa maneira de ver o problema é a efetividade ruim, preocupada tão somente com a performance.

Todavia, o processo não foi feito para punir desatenções, e sim para fazer justiça, desiderato essencial muitas vezes afastado com o não-conhecimento do agravo em questão de extrema importância para a boa solução do litígio. O mero defeito formal não pode servir de fundamento para impedir o acesso à jurisdição. Inexistirá verdadeira efetividade — e assim se entende a efetividade com justiça — na ausência de colaboração entre o órgão judicial e as partes, porque este é realmente o único caminho para serem solucionadas as inúmeras dificuldades decorrentes da angustiante tarefa de prestar jurisdição de forma democrática. O ponto é assaz significativo, na medida em que o Judiciário só pode se legitimar e ser prestigiado — como é altamente desejável pela importância de seu papel institucional — quando se torne real e efetiva essa cooperação, mormente porque o advogado é a interface do Judiciário com a sociedade civil. Colaboração aqui significa, da perspectiva do órgão judicial, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer esclarecimentos sobre a matéria de fato ou de direito, assim como para suprir as faltas acaso existentes.

É com esse espírito, com essa inclinação por fazer justiça, que a jurisprudência da mais alta corte da Suíça, o *Bundes Gericht*, tem considerado excesso de formalismo e qualificado como denegação de justiça as hipóteses, entre outras, de não-recebimento de recurso interposto por pessoa sem procuração escrita, de manifestação recursal desacompanhada de cópia certificada da decisão impugnada ou posta no correio no último dia do prazo e recebida pela autoridade judiciária a destempo. Tudo isso com base no art. 4º da Constituição Federal suíça, cuja única preocupação é assegurar a igualdade de todos perante a lei [13]!

13. Cf., por todos, Alois Troller, *L'influence de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse sur les droits de parties devant les tribunaux cantonaux en matière de procédure civile*, in Cappelletti e Tallon (organizadores), *Fundamental guarentees of the parties in civil litigation*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 637. Indicação bibliográfica mais ampla em C. A. Alvaro de Oliveira, *Do formalismo*, cit., p. 193-5.

Registro de passagem inexistir no regime atual do Código de 1973 qualquer regra a impor ao relator do agravo o indeferimento liminar na falta de peças essenciais, pois vedado não está o suprimento da falta, seja no art. 527, *caput*, seja no art. 557. A sanação aqui defendida encontra-se, aliás, em sintonia com o valor relativo das formas legais, assentado no sistema das nulidades adotado entre nós[14]. De qualquer modo, entendo de bom alvitre sugerir à consideração dos doutos, para possível inclusão na próxima reforma do processo civil, a criação de regra semelhante à contida no simples e eficiente art. 742, 4, do CPC português: "Se faltar algum elemento que o tribunal superior considere necessário ao julgamento do recurso, requisitá-lo-á por simples ofício."

3. As últimas considerações introduziram na discussão o valor capital da cooperação, sobre o qual penso ser conveniente centrar agora o foco da análise.

O *iudicium* ou *ordo iudiciarius*, vigorante até o século XVII, era fartamente influenciado pelas idéias expressas na retórica e na tópica aristotélica, concebido e pensado como *ars dissedendi* e *ars opponendi et respondendi* tudo com vistas a resolver o problema, que ocupava o centro da discussão. Na lógica do provável, pressuposta por tal concepção, a investigação da verdade não se apresentava como o resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos "pontos de vista" do outro e o caráter de sociabilidade do saber. Como o *iudicium* era imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer assento em regra escrita, reclamava de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário [15]. O ponto de importância para o nosso tema é essa "ordem isonômica", que visava a garantir a igualdade entre governantes e governados, entre o juiz e as partes e entre as próprias partes[16].

A mudança de perspectiva, introduzida pela lógica de Petrus Ramus (1515-1572)[17], já antecipa uma alteração de rumo que busca incorporar ao direito

14. Atento a esses valores essenciais, Galeno Lacerda já na sua tese de cátedra, nos idos de 1953, o hoje clássico *Despacho Saneador*, p. 112, afirmava, com inteira razão, que "será sempre sanável a falta de representação das partes por profissional habilitado." Dando exata interpretação ao art. 13 do CPC, o STJ, Corte Especial, un., (*RSTJ*, 68/383), julgou que "A falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável nas instâncias ordinárias, aplicando-se, para o fim de regularização da representação postulatória, o disposto no art. 13 do CPC." No mesmo sentido: STJ, 2ª. Seção, com três votos vencidos, *RSTJ*, 60/85; 3ª. Turma, RESp 115.678-MT, rel. Ministro Nilson Naves, v. u., DJU de 23.6.97, p. 29.128.

15. A respeito, a obra fundamental de Alessandro Giuliani, *Il concetto de prova (contributo alla logica giuridica)*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 145-6, *passim*. Ver, ainda, do mesmo autor, *Logica del diritto (teoria dell'argomentazione)*, in *Enciclopedia del Diritto*, *XXV*(1975)13:34. Instigante e por demais reveladora a admirável síntese de Nicola Picardi, *Processo Civile (dir. moderno)*, in *Enciclopedia del Diritto*, *XXXVI*(1987):101-118.

16. Picardi, *Processo Civile (dir. moderno)*, cit., p. 116.

17. Revela-se significativo o título da tese de graduação de Pierre de la Ramée: "*Tudo que Aristotéles ensinou é falso*" (1536). A crítica à velha lógica atingiu sua plenitude com a publicação da obra *Aristotelicae Animadversiones* (1543). A influência de sua lógica pode ser aferida pelo fato de que, dois anos antes da morte de Ramus, Milton tivesse publicado um pequeno tratado a respeito: *Artis logicae Plenior Institutio ad Petri Rami Methodum concinnata.*

os métodos próprios da ciência da natureza, um pensamento orientado pelo sistema, em busca de uma verdade menos provável, com aspirações de certeza, a implicar a passagem do *iudicium* ao *processus*. Tudo isso se potencializa, a partir do século XVII, com a estatização do processo, com a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo soberano, pelo príncipe, que passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual, tendência incrementada depois pelas idéias do iluminismo e pelo verdadeiro terremoto produzido pela Revolução francesa.[18] Perde-se, assim, a dimensão retórica do processo. Mais do que isso, a intromissão estatal do processo judicial passa a se refletir nos poderes do juiz. O órgão judicial assume uma posição dominante e superior em relação às partes. O novo *ordo* apresenta um caráter "assimétrico" na medida em que baseado na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática[19].

A partir dos anos cinqüenta do século XX, com a renovação dos estudos de lógica jurídica[20] e a ênfase emprestada ao sentido problemático do direito, resgata-se em certa medida a dimensão retórica e dialética do processo. Tal fenômeno ocorreu exatamente quando — já prenunciando o pós-modernismo — mais agudos e prementes se tornavam os conflitos de valores e mais imprecisos e elásticos os conceitos[21].

Recupera-se, assim, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. Essa conseqüência, por outro lado, reforça-se pela percepção de uma democracia mais participativa, com um conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual. Ora, a idéia de cooperação há de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, mas também a recuperação do caráter isonômico do processo, com a participação ativa das partes. O diálogo assim estimulado substitui com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa. Esse objetivo só pode ser alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, dentro de uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o

18. Picardi, *Processo Civile (dir. moderno)*, cit, p. 110-117.

19. Picardi, *Processo Civile (dir. moderno)*, cit, p. 117. Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos*, cit., p. 87-8.

20. Assim a obra de Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz (Ein Beitrag zur rechtswissenchaftlichen Grundgenforschung)*, cuja 1. edição data de 1953, de Giuliani, acima citada, e de Chaïm Perelman (v.g., *Tratado da Argumentação (a nova retórica)*, em colaboração com Lucie Olberechts-Tyteca, 1958, edição brasileira na trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo, Martins Fontes, 1996).

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

órgão judicial e as partes[22]. Aceitas essas premissas axiológicas, cumpre afastar a incapacidade para o diálogo estimulada pela atual conformação do processo judicial brasileiro, assentado em outros valores[23]. Por todas essas razões, é da maior conveniência restabelecer o *ordo* isonômico, propósito que parece ser de magna importância para a efetividade virtuosa no processo de conhecimento.

Claro está que esse desiderato, além da necessária e indispensável predisposição cultural, só pode ser atingido mediante reformas de cunho legislativo. Sem preocupação de esgotar a matéria, alinho rapidamente algumas sugestões que me parecem significativas.

Antes de mais nada, impõe-se a adoção do princípio da cooperação, como pedra angular e exponencial do processo civil[24].

De bom alvitre seria também, dentro dessa linha de orientação, eliminar os reflexos gravosos, de ordem processual, acarretados pelo não pagamento de custas ou de taxa judiciária. O processo não deve ser extinto nem o recurso julgado deserto pelo descumprimento desses encargos, devendo a parte sofrer apenas uma sanção estritamente pecuniária, traduzida pelo agravamento, eventual e substancial, dos montantes devidos [25].

O estabelecimento, como princípio geral do processo, do princípio da adequação formal, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo [26].

Veto ao órgão judicial para decidir questões de fato ou de direito, mesmo que de conhecimento *ex officio*, sem prévio pronunciamento das partes a respeito, de modo a emprestar outra dimensão ao contraditório, afeiçoando-o a uma visão cooperativista do processo. Hoje, esse resultado só é alcançável no direito brasileiro por via interpretativa [27].

Extinção dos chamados "privilégios processuais" dos entes estatais nos litígios em que estejam envolvidos. Esse aspecto

22. A respeito dessas idéias, C. A. Alvaro de Oliveira, *Do formalismo*, cit., p. 133-140, *passim*.

23. Como bem pondera Hans-Georg Gadamer, *La incapacidad para el diálogo (1971)*, in *Verdad y Metodo*, vol. II, 2. ed., trad. de Manuel Olasagasti, Salamanca, Sígueme, 1994, p. 203-210, embora a capacidade para o diálogo seja um atributo natural do homem, pois a linguagem só se dá no diálogo, muitas vezes não se quer ouvir o outro, ou se ouve mal.

24. No CPC português, a cooperação intersubjetiva encontra-se expressamente regulada no art. 266, mas tem inflexão direta em diversos dispositivos. Ver, a propósito, Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos*, cit., p. 62-69.

25. Dentro desse espírito, assim regulam a matéria em Portugal os arts. 13 e 14 do mencionado decreto-lei 329-A/95.

26. Assim preceitua o art. 265-A do CPC português: "Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações."

27. Sobre essa nova perspectiva do princípio, cf. C. A. Alvaro de Oliveira, *A garantia do contraditório*, in *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, coordenação de José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo, RT, 1999, p. 132-150.

mostra-se particularmente relevante diante da recente duplicação do prazo de decadência para o ajuizamento de ação rescisória de sentença pelo Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas autarquias e fundações[28], em flagrante ofensa ao princípio da igualdade

Intensificação do dever de boa fé processual, sancionando-se como litigante de má fé a parte que, não apenas com dolo, mas com negligência grave, deduza pretensão manifestamente infundada, altere, por ação ou omissão, a verdade dos fatos relevantes da causa, pratique omissão indesculpável do dever de cooperação ou faça uso reprovável dos instrumentos processuais.

Também nesse contexto impõe-se o dever de recíproca correção entre o juiz e os diversos intervenientes ou sujeitos processuais. Como necessário reflexo dessa correção, ao ângulo visual do órgão judicial, podem ser citados, a título de exemplo, os deveres de pontualidade no início dos atos e audiências realizados em juízo [29], o de não motivar falsamente a decisão judicial e o de apreciar integralmente os fundamentos relevantes dos arrazoados das partes.

Por outro lado, o sistema jurídico brasileiro tem se inclinado por uma crescente supervalorização do trabalho do perito oficial nomeado pelo diretor do processo, reduzindo dessa forma, com intensidade cada vez maior, a importância dos laudos apresentados pelos assistentes técnicos das partes. Essa conseqüência torna-se ainda mais grave pelo notável incremento verificado no número de demandas, a tornar mais rarefeito o exame das conclusões da perícia pelo juiz. Não bastasse essa circunstância, a reforma introduzida pela Lei nº 8.455, de 24.8.1992 no instituto da perícia só veio a estimular, na contramão da história, esses inconvenientes, por ter reduzido de maneira considerável o papel até então desempenhado pelos assistentes técnicos, que, de verdadeiros auxiliares do juízo, passaram à condição de simples informantes e pareceristas pagos pelas partes. Semelhante conclusão encontra-se alicerçada na nova redação do § 2º, 2ª. parte, do art. 422, — a dispensar os assistentes técnicos de prestarem compromisso de cumprir conscienciosamente o encargo que lhes for cometido—, do art. 423, — a determinar que os assistentes técnicos não podem mais ser recusados por impedimento ou suspeição—, do art. 424, *caput*, a não mais prever a possibilidade de substituição do assistente técnico pelo juiz —, e ainda na revogação dos arts. 430 e 431, que impunham prévia conferência

28. Medida Provisória 1.774-20, de 14.12.1998, art. 5º.

29. O CPC português, art. 456, 2, alargou com boas razões o âmbito da má fé processual aos casos de negligência grave. No mesmo estatuto, o dever de colaboração do órgão judicial com as partes foi sublinhado nos arts. 266, 2, 266, 4, 508, 1, "b", 508-A, 1, "c", 690, 4, e 701, 1. No Brasil, o anteprojeto de lei nº 13, em tramitação no Congresso Nacional, não só propõe a alteração do *caput* art. 14 do CPC, como também a inclusão de novo inciso: "Artigo 14. São deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: V — cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, antecipatórios ou finais." A declarada intenção da reforma legislativa, como se lê na exposição de motivos, é reforçar a ética no processo, o que só merece aplausos. Na perspectiva do texto, poder-se-ia ainda afirmar que, além disso, a inovação intensifica o dever de cooperação.

entre o perito e os assistentes técnicos e a elaboração de laudo em separado somente em caso de divergência.

A nova realidade aqui retratada está a determinar reflexão mais acurada sobre o *modus operandi* da perícia no sistema jurídico brasileiro. Tudo aconselha — nomeadamente nos parâmetros de uma desejável e inafastável visão cooperativa do processo — a prévia audição das partes a respeito da escolha do *expert*, facultando-se-lhes sugerir quem deve realizar a diligência, não podendo o juiz se eximir de nomear o perito por elas indicado de comum acordo, salvo se tiver fundadas razões para questionar sua idoneidade ou competência[30]. Com essa providência em muito ganharia a busca da verdade dentro do processo, mormente nas espécies de alta complexidade técnica ou científica, ainda mais que a prática do foro demonstra que, no presente estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, seria de todo conveniente desfrutasse o perito da confiança não só do órgão judicial mas também dos litigantes.

4. Penso, porém, que as medidas pontuais sugeridas e outras de caráter puramente legislativo não se mostrarão suficientes para resolver de todo a crise profunda da administração da Justiça entre nós. Aliás, o problema apresenta perfil mundial, pois em todos os países verifica-se aumento desmesurado do número de demandas, intensificação dos litígios e escassez de recursos e material humano para diminuir ou eliminar a defasagem entre o número de juízes e de causas[31].

Paralelamente, o tempo tornou-se em nossos dias um dos parâmetros fundamentais da Justiça moderna, em face da mudança de natureza qualitativa na natureza dos litígios, na maior parte surgidos em virtude da massificação da economia, abrangendo um número enorme de pessoas de poucos ou médios recursos [32]. A tudo isso se acrescenta a extraordinária velocidade do mundo atual, decorrente da revolução informática, a exigir um novo paradigma de Justiça, certamente diverso do modelo iluminista que inaugurou a modernidade.

Esse novo paradigma há de ser criado a partir da experiência brasileira, das suas dificuldades e das suas potencialidades, por meio de uma discussão aber-

30. Assim o art. 568, 2, do CPC português. A crítica ao atual sistema brasileiro encontra-se em C. A. Alvaro de Oliveira, *Problemas atuais da livre apreciação da prova*, in *Prova Cível*, coordenação de C. A. Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 47-60.

31. Roger Perrot, *O processo civil francês na véspera do século XXI*, trad. de J. C. Barbosa Moreira, *Revista Forense*, 342(abril-maio-junho de 1998):161-168, esp. p. 163, mostra bem como em nossos dias o tempo tornou-se um dos parâmetros da Justiça moderna e como estão os tribunais franceses entulhados de contencioso sempre mais abundante, sem que se possa pensar no aumento do número de juízes, seja por impossibilidades de ordem orçamentária, seja por inexistência de material humano, pois um aumento rápido importaria baixar perigosamente a qualidade do recrutamento.

32. Cf. Roger Perrot, ob. e loc. cits., "Quando se litigava, como no começo do século, sobre a definição de sucessões, sobre o direito de propriedade, sobre servidões ou usufrutos, a lentidão dos processos era talvez algo de irritante, mas a gente acabava por se resignar a ela, atribuindo a responsabilidade ao formalismo judicial, a cujo respeito ocasionalmente se pilheriava. Hoje, levando em conta a natureza dos litígios, já não é possível resignar-se: uma pensão alimentar, uma indenização por despedida ou destinada a ressarcir um dano não pode esperar meses. Eis porque a celeridade se converteu num dos primeiros imperativos da Justiça moderna."

ta com toda a sociedade civil, com participação ativa das sociedades representativas dos advogados, dos juízes, dos promotores, dos especialistas, professores e juristas e dos operadores do direito em geral. A meu ver, uma das questões fundamentais de tal pauta deverá ser constituída da necessidade de ser preservado o Poder Judiciário para a solução das controvérsias realmente importantes e, do mesmo passo, estimuladas soluções à margem do sistema estatal, de modo a desafogá-lo e permitir o exercício adequado de suas altas funções. O tema, contudo, pela sua complexidade e extensão, não comporta exame nesta sede.

Bibliografia

Alvaro de Oliveira, C. A. *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1997.

_____ . *A garantia do contraditório*, in *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, coordenação de José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo, RT, 1999, p. 132-150.

_____ . *Problemas atuais da livre apreciação da prova*, in *Prova Cível*, coordenação de C. A. Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 47-60.

Baur, Fritz. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en République Fédérale d'Allemagne*, in Cappelletti e Tallon (organizadores), *Fundamental guarentees of the parties in civil litigation*, Milano, Giuffrè, 1973.

Castanheira Neves, A. *Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra ed., 1993.

Costa e Silva, Paula. *Saneamento e condensação no novo Processo Civil*, Lisboa, Lex, separata s.d.

Ferri, Corrado. *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, Cedam, 1975.

Gadamer, Hans-Georg. *La incapacidad para el diálogo (1971)*, in *Verdad y Metodo*, vol. II, 2. ed., trad. de Manuel Olasagasti, Salamanca, Sígueme, 1994.

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

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

Jauernig, Othmar. *Zivilprozessrecht*, 21. ed., München, Beck, 1985.

Jhering, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 2, Abteilung 2, Unveränderter Neudruck der 5. (lezten veränderten) Auflage Leipzig 1898, Aalen, Scientia Verlag, 1968. Tomo III, da edição espanhola de 1910, trad. de Enrique Príncepe y Satorres, Madrid, editorial Bailly-Bailliere.

Klein, F. *Zeit-und Geistesströmungen im Prozess*, conferência proferida em Dresden em 1901, in *Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe*, vol. I, Wien, Manz, 1927.

Lacerda, Galeno. *Despacho Saneador*, Porto Alegre, La Salle, 1953.

Lebre de Freitas, José. *Introdução ao Processo Civil (conceito e princípios gerais à luz do Código revisto)*, Coimbra, Coimbra ed., 1996.

Perelman, Chaïm. *Tratado da Argumentação (a nova retórica)*, em colaboração com Lucie Olberechts-Tyteca, 1958, edição brasileira na trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo, Martins Fontes, 1996.

Perrot, Roger. *O processo civil francês na véspera do século XXI*, trad. de J. C. Barbosa Moreira, *Revista Forense*, 342(abril-maio-junho de 1998):161-168.

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

Teixeira de Sousa, Miguel. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2. ed., Lisboa, Lex, 1997.

Troller, Alois. *Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1945.

_____ . *L'influence de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse sur les droits de parties devant les tribunaux cantonaux en matière de procédure civile*, in Cappelletti e Tallon (organizadores), *Fundamental guarentees of the parties in civil litigation*, Milano, Giuffrè, 1973.

Viehweg, Theodor. *Topik und Jurisprudenz (Ein Beitrag zur rechtswissenchaftlichen Grundgenforschung)*, 5. ed., München, Beck, 1974.

Weber, Max. *Economia y sociedad (esbozo de sociología comprensiva)*, ed. preparada por Johannes Wincklemann, trad. de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez e José Ferrater Mora, México, Fondo de Cultura Económica, 7. reimpressão, 1984.

Igualdade entre Filhos no Direito Brasileiro atual – Direito pós-moderno?[1]

Claudia Lima Marques

Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Alemanha e **Maria Cláudia Cachapuz**, Juíza de Direito, **Ana Paula da Silva Vitória**, Bacharel em Direito, Mestrandas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Introdução

Com a utilização da expressão sócio-filosófica "pós-moderno"[2] procura o Professor da Universidade de Heidelberg, Alemanha, Erik Jayme , demonstrar o caráter de mudança, de crise, de variabilidade (*Umbruchcharakter*) de nosso tempo e de nosso direito.[3] A Tese de Jayme voltou-se inicialmente para os reflexos da pós-modernidade no direito internacional privado[4], como ramo mais sensível aos contatos humanos internacionais de nosso tempo[5] e as mudanças nos valores e modelos da sociedade.[6] Mas a hipótese de trabalho de Jayme, qual

1. Trabalho apresentado no X Congresso Internacional de Direito de Família, Mendonça, Argentina, Painel do dia 22 de novembro de 1998. As autoras agradecem as outras participantes do Grupo de Pesquisa do Mestrado em Direito "Direito de Família na pós-modernidade" pelas instigantes discussões, em especial as Mestrandas Luciana Liz, Márcia Lippert e Sandra Lima Alves, assim como a professora visitante alemã, Dra. Harrriet Christiane Zitscher, DAAD-CAPES, UFRGS.
2. Veja Lyotard, Jean-François, Das postmoderne Wissen - Ein Bericht, Peter Engelmann (Hrsg.), [Aus dem Franzõsischen von Otto Pfersmann], Viena: Passagen Verlag, 1994, p. 13: "Dieses Wort [postmodern] ist auf dem amerikanischen Kontinent, bei Soziologen und Kritikern gebräuchlich. Es bezeichnet den Zustand der Kultur nach den Transformationen, welche die Regeln der Spiele der Wissenschaft, der Literatur und der Kunste seit dem Ende des 19 Jahrhunderts getroffen haben."
3. Jayme, Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - Cours général de droit international privé 1995,in: Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye, 1995,II, p. 36 e seg.
4. Veja Jayme, Cours, p.28 e seg. e também Brilmayer, Lea „Post-modernism in American Choise of Law, Mélange Frangões Laurent, p. 695 e seg.
5. Assim também conclui Ciuro Caldani, Miguel, Lineas de semejanza entre el Derecho Internacional Privado clasico y el Derecho de la postmodernidad, in Boletim del Centro de Investigaciones, UNR, nr. 6, 1997, p. 65 e seg.
6. Assim Jayme, p. 2 (Avant-propos) e Sánchez Lorenzo, Postmodernismo y Derecho Internacional Privado, in Rev. Esp. de Der. Int., 1994, p. 557 e seg.

seja de que o direito, como expressão cultural de um povo[7], sofre reflexos maiores ou menores das mudanças valorativas, econômicas, históricas, éticas e mesmo religiosas de seu tempo, é válida também para outros ramos do direito. Assim, em um tempo conhecido como pós-industrial, com uma filosofia pós-estruturalista e discursiva,[8] uma era do vazio e de caos[9], de desregulamentação, de privatizações[10], de forte exclusão social[11], da "euforia do individualismo e do mercado"[12], era de globalização e radicalismo tribal, de convivência e intolerância, de antinomias tão fortes que já se prevê o fim da história, a morte da ciência, o fim dos valores e outras catástroficas previsões para a nova era[13], em resumo, em uma época de crise pós-moderna[14], também o direito de família[15], ramo mais próximo da realidade social e quase antropológica de uma sociedade, estaria em crise. [16] Uma crise de mudança.

Como já tivemos oportunidade de observar,[17] os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito civil como

7. Veja tamém Sánchez Lorenzo, p. 557: "El Derecho es un producto cultural. Como tal, responde necesariamente a las características de un determinado momento histórico y evoluciona paralelamente a otras manifestaciones o productos de determinada cultura."...und p. 577 "El Derecho y el DIPr en particular se convierten entonces en un *canal o medio de comunicación* y de *intercambio de valores* hacia un *mejor orden mundial*."

8. Lyotard, p. 19., afirma sobre a chamada sociedade pós-industrial e a cultura pós-moderna que: "Dieser Übergang beginnt spätestens mit dem Ende der fünfziger Jahre, das für Europa das Ende seiner Wiederaufbauphase bezeichnet. Es geht, entsprechend den Länder und innerhalb dieser entsprechend dem Wirtschaftsbereich, mehr oder weniger schnell vor sich: daher die generelle Dischronie, die nicht leicht ein Gesamtbild abgibt." Já Harvey, David, The Condition of Postmodernity - An enquiry into the Origins of Cultural Change, Cambridge/Massachusetts 1994, p.3 e 42 identifica os anos 60 e 70 como os anos desta mudança. Outros preferem o final da segunda guerra mundial, os anos 50 como o inicio do movimento pós-moderno, assim Jameson, Frederic, Pós-Modernismo - A lógica cultural do capitalismo tardio, Atica, São Paulo, 1996, p. 27.

9. Assim o instigante Lipovetsky, Gilles, La era del vacío- Ensayos sobre el individualismo contemporáneo, Anagrama, Barcelona, 1996, em especial, p. 6 a 8.

10. Assim Ciuro Caldani, Miguel, Privatización y Derecho Privado, in Boletim del Centro de Investigaciones, UNR, nr. 20, 1995, p. 119 e seg.

11. Veja Tourraine, Alain, Uma Visão Crítica da Modernidade, in: Cadernos de Sociologia, vol. 5, pg. 36 e 37.

12. Ghersi, Carlos Alberto, La Posmodernidad Jurídica, Buenos Aires, 1995, p. 27: "No queda pues más que añadir, la posmodernidad es también la posmoralidad, es posolidaria, es sin duda le euforia del individualismo y el mercado, gobernados desde la tumba de Bentham por el nuevo perfil utilitarista, alidai al placer y a la felicidad consumista."

13. Como afirma Habermas, reconhecer , nomear ou denominar um fenômeno, como se faz com o pós-modernismo, significa se distanciar suficientemente deste e , mesmo, decretar o seu fim. Habermas não se considera pós-moderno, está comprometido com os ideais da modernidade, chega a ironizar a freqüente utilização na literatura atual desta denominação "pós", mas , por fim, reconhece a importância destes pensadores como sensíveis indicadores do "Zeitgeist", do pensamento e espírito atual a indicar uma mudança. Veja Habermas, p. 12.

14. Segundo Santos, Boaventura de Souza, Introdução a uma ciência pós-moderna, Graal, Rio de Janeiro, 1989, p. 11: „A época em que vivemos deve ser considerada uma época de transição entre o paradigma da ciência moderna e um novo paradigma, de cuja emergência se vão acumulando os sinais, e a que, à falta de melhor designação, chamo ciência pós-moderna."

15. Neste sentido nossas conclusões na Tese de Doutorado, Lima Marques, Claudia, "Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts - Eine Analyse des Haager Adoptionsübereinkommens von 1993 im Hinblick auf das deutsche und das brasilianische Recht", Verlag für Standsamtwesen GmbH, Frankfurt-Berlin, 1997, p. 363.

16. Concorda também Lemouland, Jean-Jacques, Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin, in Dalloz, 1997, nr. 18, Chronique, 1.05.97, p. 133 e seg.

17. Veja Lima Marques, Claudia, Contratos Bancários em tempos pós-modernos, in Revista Direito do Consumidor, vol. 25, p. 19 e seg.

um todo. Tempos de ceticismo quanto ao positivismo[18], quanto a capacidade da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e modificam-se com uma velocidade assustadora[19].

Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, tempos de abalo nas referências institucionais e de grande manipulação nas informações e formação de opinião, acaba-se por decretar a insuficiência do modelo familiar tradicional , modelo patriarcal do direito civil moderno, o que leva à evolução dos conceitos, a maior maleabilidade na jurisprudência, nos valores e visões por ela consolidadas, seja ideologicamente, seja discursivamente.[20] Tempo de solução tópica, do direito à diferença, do neo-liberalismo, de comunicação irrestrita, de informatização, de um neo-conservadorismo, de ceticismo sobre o geral, institucional, tempos de um individualismo necessário, da perda dos valores modernos, esculpidos pela revolução burguesa e substituídos por muitas quase meta-narrativas simultâneas e contraditórias, de legitimação pela linguagem, pelo prazer, pelo consenso momentâneo, pela parceria consciente e limitada, decisões e normas legitimadas não mais pela lógica, pela razão ou somente pelos valores que apresentam.[21] Tempos que alteraram o ponto de concentração do direito de família, que deixa de pensar na manutenção da instituição, mas sim nos indivíduos, nos vínculos que ligam este grupo e nos direitos fundamentais de cada um, especialmente dos mais fracos, membros do grupo, como as crianças, os filhos. Tempos de grande influencia do direito público e dos direitos fundamentais dos cidadãos em todos os ramos do direito privado e também no direito de família.

Segundo o emérito Professor de Filosofia do Direito da Universidade de Erlangen-Nürnberg, Reinhold Zippelius, o Direito deve ser um instrumento para uma organização social justa e equilibrada (*zweckmäßiger und gerechter Sozialgestaltung*).[22] 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, de proteção de determinados grupos e pessoas na sociedade, ai incluindo os filhos, a família monoparental, a família fora do casamento e outras novas uniões.

Identificar esta nova fase do direito de família é o escopo deste trabalho e para tanto vamos nos valer da análise de Erik Jayme, sobre qual seria as quatros caracte-

18. Veja Habermas, Jürgen, Nachmetaphysisches Denken, Ed.Suhrkamp, Frankfurt, 1992, p. 35.

19. Como explica Vattino em sua introdução, "O pós de pós-moderno indica, com efeito, uma despedida da modernidade...", veja Vattino, Gianni, O fim da modernidade- niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna, Martins Fontes, São Paulo, 1996, pg. VII.

20. Veja por todos, Gellner, Ernest, pós-modernismo, razão e religião, Instituto Piaget, Lisboa, 1992, pg. 11 e seg.

21. Veja Harvey, p. 3 e seg. e Kaufmann, Arthur, Grundprobleme der Rechtsphilosophie - Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken, München 1994,p. 224 e seg.

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

rísticas da cultura pós-moderna que teriam reflexos no direito. Segundo Erik Jayme as características da cultura pós-moderna no direito seriam: o Pluralismo, a Comunicação, a Narração, o que Jayme denomina de "*le retour des sentiments*" e a valorização dos direitos humanos[23].

Pluralismo de fontes legislativas a regular o fato, pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção meio ambiente, pluralidade de agentes ativos, como os fornecedores que organizam-se em cadeia, em relações extremamente despersonalizadas, múltiplas, multifacetadas.[24] Pluralismo na filosofia aceita, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o "*double coding*" e onde os valores são muitas vezes antinômicos.[25] No Direito de Família, o pluralismo de fontes[26] pode ter sua origem no reconhecimento de direitos individuais dos membros destas uniões ou grupos, assim destacam-se do Código Civil as leis de proteção da mulher[27], da criança e do adolescente[28], do ancião, dos deficientes físicos[29], superadas que foram as antigas normas sobre o regime da mulher casada.[30] O pluralismo de fontes legislativas é hoje total[31], a ponto do diálogo das fontes nacionais e internacionais (mesmo *soft law*)[32] nascer o novo direito de família[33].

A *comunicação* é um valor máximo da pós-modernidade, associado a valorização extrema do tempo, do direito como instrumento de comunicação, de informação, como valorização do passar do tempo nas relações humanas, valorização do eterno e do transitório, do congelar momentos e ações para garantir a proteção dos mais fracos e dos grupos que a lei quer privilegiar. A comunicação é o método de

23. Jayme, p. 36.

24. Veja sobre o pluralismo de fontes Friedman, Lawrence, The Republic of Choice - Law, Authority and Culture, Cambridge/ Massachusetts, Harvard University Press, 1994, p. 11.

25. Veja Kaufmann, p. 226-227 e Jayme , p. 247 e seg.

26. Assim também Lemouland, p. 133 e seg. que considera o pluralismo de fontes uma resposta à diversidade de costumes e de moral hoje existente na sociedade.

27. Lima, p. 119 destaca a posição privilegiada da mulher na Lei do Divórcio, Lei 6.515/77.

28. Sobre a importância do Estatuto da Criança e do Adolescente, veja Cury, Munir (Coord.), Estatuto da Criança e do Adolescente- Comentários Jurídicos e sociais, Malheiros, São Paulo, 1992, p.11 e seg.

29. Veja o compêndio "Direitos da Pessoa portadora de deficiência", Advocacia Pública e Sociedade, ano 1, nr. 1, Max Limonad, São Paulo, 1997.

30. Assim Lima, p. 119.

31. Veja Sánchez Lorenzo, p. 557: " Por otra parte, el carácter destructivo del postmodernismo, en especial de su ataque al universalismo, consiste en una labor expresada en sentido positivo: edificar la posibilidad... La descodificación es un fenómeno más del afán por edificar la posibilidad, que en suma es la idea que mueve la especialización y la flexibilización en el DIPr.".

32. Vgl. Sánchez Lorenzo, p. 565: "Es evidente que esta flexibilidad constructiva no sólo vamos a encontrarla en las técnicas de reglamentación, sino también en el orden de las fuentes. El talame dialógico y blando del postmodernismo encaja con el desarrollo del *soft law*, por su capacidad para edificar la posibilidad."

33. Sobre o chamado "diálogo" das fontes, veja Jayme, Erik, Kulturelle Identität und das Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, Vortrag in der Tagung "Kinder im Recht" - Kindschaft und Völkerrecht im europäischen Kontext, Evangelische Akademie Tutzing, 20. Januar 1996, ainda não publicado e sobre a internacionalidade e convivência de fontes nacionais e internacionais, van Loon, J.H.A, The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law, in: Fourty years on: the evolution of postwar private international law in Europe, Centrum voor Buitenlands Recht en Internationaal Privaatrecht (Hrsg.), Amsterdam 1990, p. 105.

legitimação (*Sprachspiele*)[34], a[35] ética e a filosofia é discursiva[36], o consentimento legitimador é só aquele informado e esclarecido. Comunicação é também internacionalidade das relações jurídicas e a revalorização do direito internacional privado e das técnicas de harmonização e unificação das leis.[37] A comunicação está presente no direito de família através das novas maneiras de fazer valer os direitos assegurados aos membros mais fracos do grupo, as crianças, que passam a ser não só consultadas, como também a poder exercer diretamente seus direitos e a ter voz ativa nas decisões (pelo menos algumas) internas da família,[38] resultado de uma nova visão da criança não mais como "objeto" do pátrio poder, mas como sujeito de direitos próprios[39].

A *narração* é a conseqüência deste impulso de comunicação, de informação que invade a filosofia do direito e as próprias normas legais.[40] Haveria um novo método de elaborar normas legais, não normas para regular condutas, mas normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivando os objetivos do legislador no micro-sistema de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas.[41] No Brasil, o Estatuto da criança e do Adolescente é um belo exemplo de normas narrativas, ou normas objetivo, segundo Eros Grau.[42] O Art. 19 do ECA, que estabelece o princípio máximo de manutenção do vínculo familiar, mais parece um discurso político, um programa de ação, do que uma norma de conduta geral e auto-aplicável. Com esta

34. Sobre a legitimação como problema pós-moderno, veja Lyotard, p. 30 e seg.

35. A ética discursiva foi denominada de moral pós-convencional ("postkonventionelle Moral") e de teoria jurídica pósmoderna ("postmoderne Rechstheorie") por Kaufmann, p. 224 e seg.

36. Sobre o discurso e seus jogos escreve Lyotard, p. 36 e seg.: "Wenn Wittgenstein die Erforschung der Sprache *ab ovo* wiederaufnimmt und seine Aufmerksamkeit auf die Wirkungen der Diskurse konzentriert , so nennt er die verschiedenen Arten von Aussagen, die er dabei auffindet und von welchen wir eben einige aufgezählt haben, Sprachspiele. Er gibt mit diesem Terminus zu verstehen, daß jede dieser verschiedenen Aussagenkategorien durch Regeln, die ihre Eigenschaften und ihren möglichen Gebrauch spezifizieren, determinierbar sein muß, genauso wie sich das Schachspiel durch einen Komplex von Regeln definiert, der die Eigenschaft der Figuren oder auch die erlaubte Art, sie zu bewegen, bestimmt."

37. Veja também Sanchez Lorenzo, p. 576 e seg.

38. Observa-se um enorme crecimento no direito das crianças em manifestar-se, veja a nova legislação sul-africana "South Africa children speak out", in the International Journal of Children's rights, vol.1, 1993, p. 71 e seg., a Convenção européia sobre o exercício dos direitos das crianças de janeiro de 1996, Conseil d'Europe *European Convention on the Exercise of Children's Rights.*, e no Brasil os tímidos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

39. Assim Veerman, Philip E., The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood, Dordrecht 1992 p. 10.

40. Veja Jayme, Narrative Normen, p. 16 e seg. e as observações de Sánchez Lorenzo, p. 558: "...el postmodernismo parece, antes que una filosofía del Derecho o una particular metodología jurídica en sentido amplio, una teoría del razonamiento jurídico en la línea de la tópica o nueva retórica, partidaria de la *narrative consistence* frente a la *normative consistence* , en la distinción de R. Dworkin retenida por E. Jayme."

41. A definição de normas narrativas é de Jayme, Erik , Narrative Normen im internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Mohr: Tübingen, 1993, p. 16.

42. Veja sobre normas-objetivo em geral, Grau, Eros Roberto," Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas", in Direito do Consumidor 5, p. 183 e seg.

fluidez e narratividade o papel do intérprete e aplicador da lei se multiplica[43]. Estas transformações na interpretação das leis e na filosofia do direito se fariam sentir também no aparecimento de movimentos contestatórios da dogmática tradicional, uma forte Jurisprudência de valores,[44] estudos críticos ("Critical Legal Studies")[45] e direito alternativo, em uma geral flexibilização, fragmentação e mesmo descaracterização do dogma ou crença no sistema de direito, mas também na grande influência representada pelos direitos fundamentais (antes programáticos) no direito privado[46].

Por fim, a quarta característica da cultura pós-moderna a afetar nossa ciência do direito é o que Jayme denomina *"retour des sentiments"*.[47] Seria, de um lado, a volta de uma certa "emocionalidade" no discurso jurídico[48], de outro lado é o impoderável, a procura de novos elementos sociais, ideológicos e/ou fora do sistema , que passam a incluir a argumentação e as decisões jurídicas, criando forte insegurança e imprevisibilidade quanto a solução a ser efetivamente encontrada[49].

O *Leitmotive*, elemento guia, destacado por Jayme é um *revival* dos direitos humanos, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. Os direitos fundamentais seriam as novas "normas fundamentais"[50] e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito privado, a ponto do direito civil assumir um novo papel social, como limite da intervenção do Estado na família, como protetor do indivíduo e como inibidores de abusos.

Em suas aulas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul em setembro de 1996, Erik Jayme comentava o *individualismo* crescente na família, com o direito passando a valorar de forma tão destacada os direitos individuais, os direitos pessoais e mesmo os direitos fundamentais dos membros desta instituição, que se a família não deixa de ser um todo, perde em força, perde em caráter de união, porque nenhum mais de seus membros quer fazer sacrifícios para estar integrado em uma família. Cada membro da família sim quer e vai manter-se plenamente pessoa, sujeito de direitos, apesar de integrar-se neste grupo social. O nascimento ou reconhecimento de novos sujeitos na Família, inverte o ponto de concentração do direito, da instituição como um todo, para as partes, para os sujeitos individualmente considerados, em um novo pluralismo de sujeitos. Schwab chega a mencionar a família como o "ponto de encontro" de direitos individuais[51].

Das instigantes palestras de Erik Jayme sobre o direito patrimonial de família em tempos pós-modernos e das primeiras discussões do Grupo de pesquisa do Mestrado em Direito da UFRGS sobre "Direito de Família na Pós-Modernidade", nasce este estudo parcial, que é mais uma contribuição ao debate, um juizo de constatação do momento atual do direito de família brasileiro, do que uma exposição científica conclusiva.

Neste sentido queremos agora examinar somente apenas um aspecto do que poderia ser esta pós-modernidade jurídica no direito de família ou um resquício de modernidade neste final de século: o direito do filho "diferente" à igualdade, o interesse e imposição legislativos de igualdade de direitos (Parte I) e de igualdade de qualificações (Parte II). Estas novas linhas jurisprudenciais e positivas quanto à igualdade entre filhos são importantes avanços identificados no direito brasileiro. A igualdade é uma metanarrativa da modernidade[52], mas a pós-modernidade tende a destacar o que há de "diferente" e "privilegiador" nestes novos direitos humanos[53], permitindo a desigualdade formal para atingir a igualdade material[54], mas também a desigualdade material e formal. Nosso hipótese de investigação será, portanto, dupla, se a igualdade entre filhos no novo direito brasileiro é reflexo direto do discurso de eficácia dos direitos fundamentais[55] dos membros da família e do novo individualismo pós-moderno (Jayme), mas ao mesmo tempo, tentando identificar se esta nova igualdade formal e material entre filhos no direito brasileiro é, em verdade, um reflexo do direito de "ser diferente" (droit à la difference) e , por sua vez, pode ser vista como reflexo deste momento de pós-modernidade ou uma simples -e moderna- procura de igualdade material tradicional.

Iª Parte: Igualdade de direitos entre filhos

O estudo dos avanços verificados no direito brasileiro na última década, especial-

43. Trilhando outros caminhos, assim conclui Menezes Cordeiro, António, "Ciência do Direito e Metodologia Jurídica", in Revista da Ordem dos Advogados, 48, Dez. 1988, p. 75, ao concluir que o sistema presente do direito é "aberto, móvel, heterogéneo e cibernético."

44. Veja Sánchez Lorenzo, p. 562: "Este eclecticismo y relativismo postmodernista encaja también perfectamente con los planteamientos retóricos o argumentativos del razonamiento jurídico y con la *labor creativa del juez* en una jurisprudencia de valores."

45. Veja Kaufmann, p. 52.

46. Assim Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos do Direito Privado, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 280 e seg.

47. Jayme,p. 36.

48. Veja a Draft Resolution for Buenos Aires elaborada pela International Law Assotiation (1994) que expressamente combate esta nova emocionalidade no direito e requer na adoção internacional: "The development of non-emotive standards for the application of the subsidiarity principle."

49. Assim Jayme, p. 261 : "Ce qui frappe, c'est le recours, dans les arrêts des tribunaux, à la référence aux sentiments des personnes intéressées comme raisons pour résoudre des conflits de lois."

50. Assim lorenzetti, p. 249 e seg.

51. No original, "Treffpunkt von Individualrechten", in Schwab, Dieter, Familienrecht im Umbruch, in: FamRZ 1995, p. 514.

52. Defendendo que a isonomia de tratamento é uma das conquistas da modernidade, manifesta-se Lima, Paulo Roberto de Oliveira, Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, p. 14.

53. Assim Brilmayer, p. 701, comprova que tanto a modernidade, quanto a pós-modernidade são baseadas no discurso dos direitos, a primeira nos direitos adquiridos, na segurança, a segunda nos direitos qualificados pelo sua origem, direitos fundamentais como resultados de um objetivo de política legislativa (*...rights, not to a particular result, but from a particular result*, Brilmayer, p. 702), de um interesse ou de um discurso social (*political rights*, Brilmayer, p. 705).

54. Também a modernidade permite a desigualdade formal para atingir a igualdade material, a pergunta é de grau, de qualificação, de tonalidades mais seguras (moderno) ou mais caóticas, inseguras, desreferenciadas (pós-moderno).

55. Sobre as atuais dimensões dos direitos fundamentais, veja a interessante análise de Sarlet, Ingo W., A eficácia dos direitos fundamentais, Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 1998, p. 36 e seg.

mente na matéria afeta ao Direito de Família, importa que se considere o papel fundamental da jurisprudência contemporânea para a construção de uma nova forma de pensar, juridicamente, a entidade familiar. Não que a Constituição Federal de 1988 por si só não tenha criado regras gerais que permitem uma interpretação moderna – e, quem sabe, pós-moderna – no capítulo especificamente destinado à família. O que alcança destaque é o papel essencial assumido pelas cortes regionais na definição de um novo conceito de família, permitindo a adoção ampla de um conceito de 'igualdade'[56] aos personagens que compõe a entidade familiar.

O conceito de igualdade acolhido, inclusive, como princípio de interpretação às normas infraconstitucionais em matéria de família, buscou resgatar a idéia jurídica de isonomia. Ou seja, só existe a proibição legal de que o essencialmente igual seja tratado de forma diferente[57]. Ora, esta isonomia de tratamento jurídico é aquela que, em abstrato, permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal. É também a isonomia que se busca na identificação dos filhos de uma mesma mãe ou um mesmo pai. É ainda a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo 'status familiae' [58].

A isonomia, traduzida constitucionalmente na aplicação do conceito de igualdade, buscou solucionar, portanto, vazios legislativos para situações do mundo dos fatos que reclamavam por uma interpretação mais contemporânea. Interpretação que, por sinal, aos poucos era integrada na jurisprudência dos tribunais a partir da utilização de princípios gerais do direito e de análise comparativa a outros ordenamentos jurídicos. O mérito da Constituição Federal do 1988, por conseqüência, não foi o de inaugurar soluções a

56. O direito à igualdade aparece de forma absoluta ainda como um dos primados do direito moderno quando analisadas as dimensões alcançadas pelos chamados 'direitos fundamentais' dos indivíduos. Na feliz expressão de Ingo Wolfgang Sarlet, são tais direitos fundamentais "apresentados como direitos de cunho 'negativo', uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, 'direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia" (Em 'A eficácia dos direitos fundamentais'. Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 48).

57. A idéia de igualdade propugnada pela Constituição Federal não difere, em essência, do conteúdo oferecido ao princípio da isonomia previsto na jurisprudência alemã. A partir de 1945, o Tribunal Constitucional Federal alemão passou a interpretar o princípio da isonomia como um "postulado de igualdade", em que "só proíbe que o essencialmente igual se trate de maneira diferente, mas não, ao contrário, que o essencialmente desigual se trate de maneira diferente em correspondência com a desigualdade existente. Viola-se o princípio da igualdade quando não se pode encontrar para a diferenciação ou equiparação legais um argumento razoável, que surja da natureza das coisas e seja materialmente evidente, em resumo, quando a determinação há de ser qualificada como arbitrariedade" (apud Reis, Carlos David S. Aarão, em 'Família e igualdade'. Ed. Renovar, 1992, p. 44).

58. Mesma posição é adotada por Carlos David S. Aarão Reis ao complementar a noção de igualdade acolhida constitucionalmente. Como afirmado pelo autor, "já se pode elaborar um critério medianamente seguro para examinar se a norma jurídica, estabelecendo uma desigualdade, ofende ou não o princípio da isonomia. Em resumo, o ponto de referência, eleito pela norma para o tratamento desigual, deve ser relevante, necessário se faz tenha a discriminação um fundamento. Deve ele ser razoável, justificado objetiva e materialmente, decorrendo da natureza das coisas. Não pode ser arbitrário ou caprichoso. Precisa Ter relação com o objeto da regra, servindo às suas finalidades" (Reis, ob. cit., p. 45).

problemas do âmbito do direito de família. Mas, sim, o de obrigar a interpretação das leis infraconstitucionais a uma nova realidade material: a de igualdade entre familiares nas suas relações de convívio.

Na teoria, a adoção constitucional do princípio da igualdade prepara, de certa forma, o ordenamento jurídico para a recepção de novas doutrinas. É que prevendo o conceito de igualdade uma abertura do sistema para que os membros da família sejam considerados de forma isonômica como sujeitos de direitos, permite, de outra parte, o reconhecimento de suas individualidades e de uma maior respeito a seus direitos fundamentais. Em outras palavras, autoriza que se comece a enfrentar a matéria de direito de família a partir de um resgate do 'sentimento', da busca de um maior humanismo na resolução dos desafios jurídicos que se apresentam[59].

Na prática, a aplicação do conceito de igualdade jurídica na área da Família passou a autorizar, junto aos tribunais, a adoção de soluções mais equânimes a questões jurídicas não tuteladas de forma específica pelo direito positivo. Por vezes, ainda antes da Constituição de 1988, considerando-se até mesmo uma interpretação à margem do ordenamento jurídico vigente.

O primeiro avanço considerável notado junto aos tribunais foi em relação à eliminação de diferenças entre o filho nascido na constância do casamento e o filho extraconjugal, inclusive para efeito de reconhecimento da paternidade por homem já casado. Ainda antes da Constituição Federal as decisões mais inovadoras reconheciam de forma expressa a necessidade de prevalência de um conceito de igualdade na filiação como forma de "inculcar responsabilidade social" [60].

Foi a partir de 1988, no entanto, que dúvidas deixaram de existir quanto à adoção irrestrita do conceito de igualdade relativamente à filiação. Ainda que num primeiro momento a preocupação ficasse reservada mais intimamente à questão registral – como se verá -, em seguida, buscou-se na jurisprudência um sentido mais preciso à igualdade defendida, passando o conceito a garantir também ao filho o direito de ver exercitados na prática os deveres decorrentes da paternidade.

Assim, por exemplo, em matéria patrimonial/ sucessória. Ao admitir-se a adoção plena a menores de 18 anos, ainda antes da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) pela Lei nº 6.697/79, buscou-se garantir ao filho adotivo me-

59. O retorno ao sentimento busca resgatar um conceito de 'felicidade individual' em todas as searas jurídicas, especialmente em matéria de Direito de Família. Como bem destaca Carlos Alberto Ghersi, "es necesario antes de desarollar estos derechos derivados, marcar o insistir en algo previo: el concepto posmodernista de la felicidad, pues condiciona y explicita toda esta temática de recreación de derechos individuales desde el derecho personalísimo. (...) Esto comienza a ser la base de la nueva felicidad, el placer y el vivir sin culpa. Se presenta como algo realista, que corregía utopías, se exaltaba la calidad de vida, por sobre la vida" (in 'La posmodernidad jurídica', Ed. Gowa, 1995, p. 33).

60. Esta responsabilidade é destacada por Sérgio Gischkow Pereira no ensaio 'Tendências modernas do direito de família', Ajuris, vol. 42. Novamente no texto do Des. Sérgio Gischkow vê-se a busca por um resgate do 'sentimento' no meio jurídico. "Ensina-se à comunidade a responsabilidade para com o próximo, passo obrigatório no objetivo de convencer o homem de sua imersão permanente em um mundo ético, pleno de reações e interações recíprocas, do qual não se consegue afastar o ser humano, por mais esforço que faça. A conscientização do perene mergulho ético é trilha segura na tentativa – para alguns já desesperada – de melhoria da humanidade. A lei não pode insistir em ignorar as realidades humanas" (p. 70).

nor de idade os mesmos direitos sucessórios garantidos ao filho biológico nascido no seio familiar. A desigualdade, portanto, permanecia verificada apenas em relação ao filho adotado maior de 18 anos que continuava se submetendo às regras gerais do Código Civil brasileiro de 1916, condicionada à hipótese de uma adoção simples quando em situação irregular [61]. Nesta situação, a jurisprudência vinha alcançando, ao máximo, a possibilidade de conferir ao adotado pelo sistema do Código Civil brasileiro o direito de concorrer à metade da herança de sua pais adotivos quando disputado o patrimônio com filhos legítimos nascidos após a adoção.

A audácia de doutrinas contemporâneas, contudo, construídas principalmente a partir da Lei nº 8.069/90, tem permitido que se busque uma interpretação integradora entre as regras do Código Civil ainda vigente e as determinações do Estatuto da Criança e do Adolescente quando lidas a partir do conceito de igualdade entre filhos previsto na Constituição Federal. A idéia básica de tais doutrinas é de que permaneçam íntegros os critérios formais do Código Civil para a adoção de maiores de 18 anos. Todavia, quanto aos efeitos materiais da adoção, conforme determinação constitucional, outra não pode ser a interpretação legislativa, senão pelo determinado na Lei nº 8.069/90, no sentido de que concorrem igualmente os filhos adotivos com os filhos biológicos ao patrimônio sucessório.

Reconhece-se, assim, que os critérios formais para a adoção de maiores são os previstos no Código Civil, mas os efeitos, conforme a Constituição Federal, devem ser os previstos na Lei nº 8.069/90, única a estipular de forma positivada a efetiva igualdade na filiação após a Constituição Federal.

E não há, nem mesmo, como se considerar que mereça maior crédito jurídico a vontade declarada pelos pais adotivos quando promoveram o vínculo de adoção. Reconheceu já o Tribunal de Justiça do RS, ainda que em ação relativa à adoção de menor, que mesmo anterior à Constituição Federal de 1988 a adoção confere ao adotado o direito de suceder em igualdade de condições com o filho biológico, ainda que outra fosse a volição das partes adotantes no momento de formação do ato[62].

Ainda na esteira de aplicação de um conceito de igualdade, passou-se a trabalhar também de forma diferenciada o direito/dever do 'pátrio poder' no direito de família. É que a Constituição Federal, ao conferir atenção especial à igualdade dos cônjuges na chefia da sociedade conjugal e ao disciplinar sobre a igualdade entre filhos, permitiu maior intervenção positiva do Estado, instituindo o dever de que seja assegurado à criança e ao adolescente, enquanto desfrutem de tal condição etária, a possibilidade de usufruto de seus direitos fundamentais [63].

Esta maior proteção ao filho, principalmente quando menor, independentemente de sua origem, busca assegurar também a individualidade da criança e do adolescente ainda que, para tanto, seja necessário quebrar com um princípio de proteção à honra da família, como bem ressalta o professor Erik Jayme em sua análise do Direito de Família à luz da visão pós-moderna do Direito[64]. Ao contrário da visão moderna de proteção exclusiva ao núcleo familiar, a Constituição Federal permitiu que se reconhecesse constitucionalmente, em perspectiva pós-moderna, dois princípios eventualmente considerados antagônicos: o de proteção à unidade familiar e o de proteção aos filhos, considerados em sua individualidade.

Exemplo concreto deste avanço está em recente decisão do Tribunal de Justiça do RS que confere ao filho adotivo o direito de ver reconhecida a sua paternidade biológica[65]. Acima de um direito de busca às suas origens, permite tal entendimento jurisprudencial que se passe a destacar a adoção de um princípio de igualdade entre os vínculos de paternidade estabelecidos, conferindo ao filho, em razão de sua individualidade, o direito de optar pela adoção

61. Conforme a doutrina de Sálvio de Figueiredo Teixeira, mesmo após a Lei 8.069/90, a ausência de uma disciplina legislativa específica criou dificuldade para conformar ao sistema jurídico posto a adoção do maior de dezoito anos não sujeito à disciplina do Estatuto da Criança e do Adolescente. "Aquele com mais de dezoito anos só poderá ser adotado na forma do direito comum , e os vigorantes dispositivos do Código Civil aplicam-se apenas ao menor em situação regular. Cria-se uma situação peculiar, porque o menor de dezoito anos em situação irregular, após os dezoito anos, não encontra tutela sob a forma de adoção. A colocação em família substituta será realizada, nessa faixa etária, pela guarda ou tutela. O Estatuto não dispõe a respeito da adoção simples, que mandava aplicar, ao menor em situação irregular, a lei civil (art. 27 do Código de Menores). Limitou-se a dispor a respeito da adoção dentro da conotação que vigorava para a legitimação adotiva e adoção plena, com integração total do menor na família substituta", in 'Direitos de família e do menor', Del Rey Editora, 2ª ed., 1992, p. 133.

62. Na Ap. Cível nº 595025859, TJRS, 8ª Câm. Cív., consta da ementa o que segue: "Filha adotiva. Direito à herança. Pedido de reconhecimento de herdeira cumulado com petição de herança. Adoção de menor mesmo anterior à Constituição Federal de 1988, confere ao adotado o direito de suceder em igualdade de condições com o filho biológico. A modificação da lei sujeita nos efeitos jurídicos a adoção, porquanto as disposições de um estatuto legal subordinam-se às leis sucessivas. A volição das partes age na formação do ato, mas não no que tange aos efeitos, quando alterados por lei posterior, havendo pouco espaço para as noções de direito adquirido e de ato jurídico perfeito."

63. Na precisão doutrina de Sérgio Gischkow, há que se entender uma significativa alteração de significado da expressão 'pátrio poder'. "O próprio nome do instituto não reflete mais seu efetivo significado. O pátrio poder é, mais que um poder, um complexo de deveres dos pais em relação aos filhos, colimando conquistem estes uma boa formação intelectual, moral, dentro da maior higidez somática e psíquica. Não mais importa o interesse dos pais, mas sim o interesse dos filhos. Tanto que, no caso de sepração dos pais, a guarda do menor é equacionada em função do que lhe convém, abstraído o desejo dos pais que, por sinal, seguidamente utilizam os menores como instrumento de hostilização recíproca" (ob. cit., p. 72).

64. Já em 1996 comentava o professor alemão a característica individualista crescente na seara do Direito de Família, a partir de uma maior valoração conferida pelas doutrinas e legislações contemporâneas aos direitos individuais e pessoais daqueles que compõem, justamente, o núcleo familiar. O reforço ao individualismo apesar da manutenção da existência de um todo familiar é apoiado por Erik Jayme com base em um direito pós-moderno, conforme defesa efetuada em palestras proferidas na Universidade Federal do RS, setembro de 1996.

65. Ainda na ementa é possível verificar-se o alcance renovado da decisão, que inaugura a possibilidade de exame da paternidade biológica a filho adotivo em perspectiva pós-moderna. "Filha adotiva. Investigação de paternidade. Possibilidade - Os deveres erigidos em garantia constitucional à criança e ao adolescente na Carta de 1988, em seu art. 227, se sobrepõem às regras formais de qualquer natureza e não podem ser relegados a um plano secundário, apenas por amor à suposta intangibilidade do instituto da adoção. Opor à justa pretensão da menor adotada de ver reconhecida a paternidade biológica, os embaraços expostos na sentença, é o mesmo que entender que alguém, registrado em nome de um casal, seja impedido de investigar a sua verdadeira paternidade, porque a filiação é tanto ou mais irrevogável do que a adoção. No entanto, a todo o momento deparamos com pessoas registradas em nome de terceiros, que obtém o reconhecimento da verdadeira paternidade e têm, por conseqüência, anulado o registro anterior. Sentença cassada, para que outra seja proferida enfrentando o mérito da causa" (RJTJRS nº 176, p. 766 – Apelação Cível nº 595118787, 8ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Eliseu Gomes Torres).

do vínculo de paternidade que entenda ser mais relevante [66].

A abertura conferida constitucionalmente pela adoção de um conceito de igualdade em matéria de filiação permite, portanto, que se garanta uma nova perspectiva ao Direito de Família positivo brasileiro[67]. Perspectiva esta que fundamentalmente trabalha regras jurídicas antigas com interpretação constitucional recente e eventualmente com a edição de nova normas de integração ou definidoras de situações fáticas até então não abrangidas por determinação legal [68]. E, mais ainda, perspectiva de estudo que garante a brecha necessária à recepção de novas doutrinas que possam conformar situações do mundo dos fatos ao sistema jurídico posto[69].

IIª Parte
Igualdade de Qualificações entre filhos

A Constituição Brasileira ao consagrar o princípio da igualdade dos filhos o fez de maneira bastante peculiar. Em primeiro lugar tratou de positivamente afirmar a igualdade de direitos independentemente da origem dos filhos (havidos ou não da relação de casamento ou por adoção) e em segundo lugar, negativamente, através da proibição de designações discriminatórias. A disciplina, que consta do artigo 227, parágrafo 6º, foi delineada nos tribunais anteriormente, demonstrando a sensibilidade da jurisprudência brasileira voltada para a situação da qualificação dos filhos que, por fim alçou foro constitucional. O aspecto negativo do princípio, que nos propomos a cuidar ora em diante, ou seja, é o da proibição de qualificações discriminatórias. Para tratar-se deste aspecto é necessário mostrar o contexto que fez com que este tipo de discriminação se tornasse merecedora de corrigenda e o modo pelo qual o Judiciário vinha atuando neste sentido. Após, dever-se-á avaliar a extensão e efeitos desta norma constitucional determinando seu real sentido e, com a ajuda da evolução da legislação infra constitucional e da jurisprudência, em contraste com as idéias pós-modernas, flagrar a sua efetividade.

A vedação de qualificações discriminatórias provenientes da filiação gerou uma mudança na classificação da filiação no direito brasileiro. Anteriormente[70] se classificava a filiação como legítima quando os filhos provinham de pais casados entre si[71] e ilegítima quando os filhos não tinham esta situação. No caso dos ilegítimos, se não houvesse impedimento para o casamento dos pais eram chamados de naturais. Havendo impedimento para o casamento dos pais, os filhos eram qualificados como espúrios[72] e, dependendo da natureza deste impedimento, os filhos poderiam ser classificados como adulterinos, filhos cujos pais, ou um dos pais, era casado e incestuosos quando os pais eram impedidos de casar em virtude do parentesco. A questão no caso dos filhos espúrios se cingia a analisar a natureza do impedimento dos pais no plano jurídico para então qualificar os filhos.

Esta idéia de filiação ruiu com a vigência da nova carta constitucional, a qual afirmou o princípio da igualdade entre os filhos de maneira ilimitada de forma reiterada, não havendo espaço para que se cogite de espécies de filiação[73], a não ser para fins didáticos ou doutrinários[74]. O argumento

66. A decisão anteriormente destacada destoa da jurisprudência corrente que ainda segue uma tendência modernista de preservação dos laços de paternidade originais, como segue visto. "Investigação de paternidade. Adoção. Pretensão de ver investigada a paternidade biológica da menor adotada. Impossibilidade em face da desvinculação com a família antiga – Formalizada a adoção, esta gera uma série de efeitos pessoais para o adotado, cessando quaisquer vínculos com a antiga família, vínculos esses que passam a ser estabelecidos com a nova família. A situação equivale, em termos gerais, ao renascimento do adotado no seio de uma outra família, apagado todo o seu passado. Nessa conjuntura, adotada a menor investigante, reveste-se de impossibilidade jurídica a sua pretensão à investigação de sua paternidade biológica, pois que esta, para todo e qualquer efeito jurídico, resultou também apagada" (RT 745, p. 361 - Apelação Cível nº 96.004874-0, 1ª Câm. Cível do TJSC, Rel. Des. Trindade dos Santos).

67. Ainda que se constate o acento moderno às legislações em vigor, a tônica pós-moderna, como visto, inicia caminhada na seara jurisprudencial. Esta certeza é verificada pela abertura conferida de respeito à consideração individual dos direitos de cada sujeito de direito, independentemente do fato de que participe de uma entidade familiar. Não há, contudo, a ausência do coletivo, mas a busca de uma integração entre os valores individuais e do 'todo' a que pertencem os sujeitos de direito. É no mesmo sentido que se encaminha a adoção do princípio de totalidade concreta, com muita propriedade, por Karel Kosik no sistema de relações contemporâneo. E, por que, aplicado também às relações familiares, justamente nessa visão pós-moderna que se pretende conferir ao Direito de Família contemporâneo, principalmente em relação à aplicação do princípio de igualdade no âmbito da filiação. "Existe uma diferença fundamental entre a opinião dos que consideram a realidade como totalidade concreta, isto é, como um todo estruturado em curso de desenvolvimento e de autocriação, e a posição dos que afirmam que o conhecimento humano pode, ou não, atingir a 'totalidade' dos aspectos e dos fatos. No segundo caso, a realidade é entendida como o conjunto de todos os fatos. Como o conhecimento humano não pode jamais, por princípio, abranger todos os fatos, a tese da concreticidade ou da totalidade é considerada uma mística. Na realidade, totalidade não significa todos os fatos. Totalidade significa: realidade como um todo estruturado, dialético, no qual ou do qual um fato pode vir a ser racionalmente compreendido" (Karel Kosik, 'Dialética do concreto', 5ª ed.. Editora Paz e Terra, São Paulo, 1989, p. 35).

68. É o caso das Lei nº 8.560/92 e 9.278/96 que regulam, respectivamente, os institutos da paternidade e da união estável após a edição da Constituição Federal brasileira.

69. A possibilidade de adoção de uma concepção pós-moderna ao Direito de Família, como demonstrado pela doutrina de Erik Jayme, não é distante da prática possível de ser exercitada nos tribunais contemporâneos. O que defende o autor, como um dos elementos essenciais do pós-modernismo, é uma maior sensibilidade do jurista em relação a integração de diferentes elementos culturais na defesa e interpretação dos direitos humanos. "Le 'leitmotiv' Qui rassemble notre culture juridique contemporaine est le rôle primordial des droit de l'homme, et je vais consacrer une attention toute particulière à leur influence dans notre propos"

70. O professor Sílvio Rodrigues faz a seguinte classificação : "Ao ser promulgado o Código Civil distinguiam-se os filhos legítimos e ilegítimos, sendo os primeiros nascidos de justas núpcias; os demais, fora do casamento. Dentre os ilegítimos havia os naturais e os espúrios. Aqueles eram os filhos de pessoas não casadas entre si, mas qua não estavam impedidas de fazê-lo, por inexistir impedimento absolutamente dirimente. Espúrios eram os concebidos no adultério, ou entre parentes em grau que os proibia de se casarem. Os primeiros eram chamados de adulterinos, e incestuosos os segundos." Esta página do mestre, citada por Wilsom Liberati bem ilustra a mentalidade classificatória dos filhos segundo a susa origem em Liberati, Wilson Donizeti. Adoção Internacional. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

71. Assim definia a filiação legítima o autor do Código de 1916, Clóvis Beviláqua: *"A filiação é legítima: 1º, se nomomento da concepção, o pai e a mãe se achavam vinculados por casamento válido; 2º putativo; 3º, ou anulável, embora não putativo, isto é, nos casos em que subsistiria, se o vício determinante da anulação não tivesse sido utilizado para esse efeito, no prazo e segundo os preceitos da lei."* em Beviláqua, Direito da Família, 8ª ed., atual. pelo Des. Isaías Beviláqua, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.p. 309.

72. Diz Beviláqua dos filhos espúrios: "Se o pai ou mão, ao tempo da concepção ou do parto, se achava ligado por matrimônio com outrem o filho se diz *adulterino; se os progenitores são, entre si, parentes em grau tão próximo, que não se poderiam, validamente, casar, o filho se denomina incestuoso. Estas duas espécies, a dos adulterinos e a dos incestuosos, formam a espécie dos bastardos, ou antes, espúrios.*". Beviláqua, Clóvis. *Op. Cit. p. 320-321*

73. Costa, Maria Isabel Pereira da. A filiação e a nova Constituição Federal in AJURIS, Nº XVI, v. 45, março,1989, p. 110.

74. Gischkow, Sérgio. Algumas questões de Direito de Família na nova Constituição. Revista dos Tribunais, nº 639, janeiro, 1989, p. 231. O mesmo autor em julgado que tratava de investigação de paternidade assim se pronunciou: *"em nosso sistema jurídico atual é proibido utilizara denominações discriminatórias quanto aos filhos. Não mais há falar em filhos legítimos e ilegítimos: a única classificação possível é entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais (a única, mas significativa diferença, entre estas duas categorias, é que os segundos devem ajuizar ação investigatória de paternidade)."* (RJTJRS nº 175, p.721 - Apelação Cível nº 595163114, 8ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira).

que fundamenta a mudança está no foco da qualificação dos filhos na ordem anterior estar voltado para os pais como que culpando os filhos pelos atos dos pais, notadamente no caso dos filhos espúrios[75]. Isto era feito sob o argumento de que de outra forma se estaria desestabilizando a estrutura familiar, num movimento que visa a *solapar as bases da família constituída pelo casamento*[76]. Na verdade o que se fazia era punir[77] o mais próximo, na falta de outros, a vítima de uma situação para a qual não contribuiu. O tratamento era profundamente injusto e gerava uma situação discriminatória e inaceitável em relação aos filhos, fruto da hipocrisia inculcada na sociedade e refletida na legislação, como se as leis, por si só, pudessem mudar os padrões sociais efetivos[78]. O que se estava a fazer, para muitos, era a acobertar a "irresponsabilidade masculina", em vez de incentivar a responsabilidade, justamente o que o princípio da igualdade entre os filhos consagra[79].

Contudo, a atitude discriminatória era favorecida pelo Código Civil de 1916. A filiação, era por ele concebida através da preservação da matrimonialidade[80], sendo esta a regra em matéria de filiação, em outras palavras, filho é o filho matrimonial, sendo excepcionalmente reconhecidos filhos de outras origens, que não o casamento. Interessante a dicção de Luiz Edson Fachin, no que diz respeito ao tratamento dado à família pelo Código de 1916. Segundo este autor, no sistema do Código Civil Brasileiro, há uma prevalência da instituição família diante das pessoas que a compõem, principalmente em relação aos filhos, por via da prevalência do vínculo matrimonial à quaisquer outros vínculos familiares e de um desenho patriarcal de família[81]. Assim a filiação extramatrimonal ficava num plano inferior, com tratamento diferenciado e discriminatório a ponto de se deixarem crianças sem pai declarado[82], deixando *"à margem um número expressivo de filhos oriundos de relações extramatrimoniais"*[83].

75. Costa, Maria Izabel Pereira da. *Op Cit.* p. 110.

76. Pereira, Sérgio Gischkow. Tendências ... p. 69 discorrendo sobre as idéias expressas pelo mestre Caio Mário da Silva Pereira.

77. Lafayette citado no Provimento nº 34/88 da CGJ - RS destaca o caráter punível da situação. Assim o Provimento a ele se refere: *"Os espúrios, na lição do nosso clássico autor, provinham de coito danado e punível"* **.p. 4.**

78. Gischkow utiliza-se da lição de Caio Mário da Silva Pereira ao abordar o assunto in Tendências modernas do Direito de Família. AJURIS, nº XV, v. 42, março, 1988, p. 69. Contudo, pode-se ainda divisar a origem desta hipocrisia social na concepção da família romana, que ignorava a caridade social mas que ensinava virtudes domésticas aos filhos deixando de fora os filhos extraconjugais por estarem fora do culto familiar, não sendo com isto parte da família. Para esta concepção veja-se a obra clássica de Fustel de Coulanges, *A cidade antiga* e o artigo de Reis, Clayton. A filiação ilegítima e a Constituição de 1988. Revista de Informação Legislativa, nº 28, v. 109, janeiro/março, 1991. P. 249;

79. O princípio a igualdade entre os filhos está a *coartar a crescente irresponsabilidade masculina por séculos acobertada* no dizer do Des. Cristóvam Daiello Moreira em acórdão citado por pelo Des. Sérgio Gischkow Pereira. É também da lavra do Des. Gischkow a idéia de que este princípio está a responsabilizar aqueles que mantêm relações extraconjugais em vez de escondê-los através de uma atitude discriminatória. Pereira, Sérgio Gischkow. Tendências modernas ... p. 70.

80. *"o sistema codificado está calcado na preservação da instituição familiar matrimonializada, pelo que somente em casos excepcionais é que se admite o reconhecimento da paternidade não decorrente de casamento."* Delinski, Julie Cristine. O novo Direito da filiação. p. 40.

81. Fachin, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. p.46.

82. A dificuldade dos filhos extramatrimoniais se estendia também para o plano registral. Não é difícil ver que o fato de não haver registro de um dos pais é discriminatório trazendo óbices à vida dos filhos e afastando-os da plena cidadania. É também de ser atentado que isto atentava contra a legitimidade registral, pois a verdade biológica ficava totalmente afastada do registro.

83. Fachin, Luiz Edson. ***Op Cit.*****p. 47.**

Não é difícil observar que a sociedade mudou muito nestes oitenta anos. O desenvolvimento dos direitos da criança e a liberação sexual provocaram uma ruptura no conceito de família e a conseqüente ampliação dos direitos dos filhos ilegítimos. Nesta linha a legislação brasileira foi pouco a pouco avançando na direção da igualdade. Com relação aos filhos de pais casados não entre si, criando situações em que paulatinamente os filhos poderiam ser reconhecidos, em geral com tendo em vista a força do vínculo matrimonial[84], o que não foi acontecendo e relação aos filhos advindos de relação havida com impedimento matrimonial[85]. Neste evoluir legislativo desde 1941 a própria lei, através do Decreto nº 3.200/41, já trazia consigo a idéia de que a menção da qualidade de ser legítima ou ilegítima a filiação não deveria ser mencionada, a não ser a requerimento do interessado ou por decisão judicial " com o fito de evitar situações vexatórias"[86].

Com o advento da nova ordem constitucional o Judiciário do Rio Grande do Sul se preocupou com a matéria e lavrou um Provimento através da Corregedoria Geral de Justiça em relação ao registro sem discriminações. O provimento nº 34/88 - CGJ-RS, cuja exposição de motivos é uma bela página doutrinária, testemunha da mentalidade reinante na jurisprudência, a qual criou as bases para o reconhecimento constitucional da igualdade entre os filhos, dá conta da dificuldade que os filhos extramatrimoniais possuíam para o registro de nascimento[87]. Com isto eliminou-se a necessária referência existência de vínculo matrimonial entre os pais, bem como a possibilidade de verem registrados os filhos de casais com impedimentos absolutos ao casamento entre outras normas que facilitaram o reconhecimento dos filhos[88], bem como se regrou o registro não discriminatório dos filhos duplamente adulterinos, estando os pais convivendo os respectivos cônjuges[89]. A matéria veio a ser posteriormente regulada na Lei nº 8.560/92, que dispõe sobre a investigação de paternidade. Esta lei facilita sobremaneira o

84. Bem analisando a evolução da legislação poderemos notar que inicialmente somente os filhos poderiam ser reconhecidos com a dissolução da sociedade matrimonial, ou mesmo cinco anos após a separação de fato na Lei nº 883/49, com redação dada pela Lei nº7.250/84. A lei do Divórcio em 1977 veio dar nova redação a alguns artigos da Lei nº 883/49, permitindo o reconhecimento através de testamento cerrado e a igualdade de direito relativos à herança dos reconhecidos e a jurisprudência vinha aceitando o filho de separado judicialmente com o simplesmente natural e os adulterinos *a matre* havendo separação de fato e, por final, convalidando o registro de filho adulterino realizado pelo adúltero após a dissolução da sociedade matrimonial. A evolução aparece in Pereira, Sérgio Gischkow. Tendências modernas...p. 78.

85. Pereira, Sérgio Gischkow. Tendências modernas ... p. 79.

86. O dispositivo da lei é o artigo 14. Interessante notar julgado do TJRS que trata a questão da qualificação na mesma linha sem argumentar com a norma constitucional : "(...) *O direito de pleitear alimentos, em razãoda paternidade, esse decorre de direito substancial dos filhos e não tem restrição alguma por qualificações de lei e doutrinas anacrônicas*(...)" (AGI Nº 588059410. REL Des Milton dos Santos Martins)

87. A exposição de motivos do Provimento assim leciona: " *Em relação aos filhos incestuosos e adulterinos (estes, enquanto vigente a sociedade conjugal), estabeleciam-se obstáculos registrais. Agora, não vigem quaisquer óbices. Mesmo o filho duplamente adulterino caberá ser registrado com o nome de seus verdadeiros genitores. Exatamente em respeito ao princípio da verdade vigorante quanto aos registro dos filhos. Fora disso, quebra-se a unitariedade de tratamento da filiação e desrespeita-se o princípio constitucional.*" p. 4

88. Costa, Maria Isabel Pereira. *Op. Cit.* p. 111/115.

89. Pereira, Sérgio Gischkow. Algumas questões...p. 231.

reconhecimento de filhos e, entre outras disposições faculta o registro apenas materno com a indicação do provável pai, neste caso em separado até a comprovação e no artigo 5º afirma que não se fará referência à natureza da filiação, a sua ordem em relação aos outros irmãos do mesmo prenome, e ao casamento dos pais.

Os filhos adotivos sofriam a mesma discriminação. A ordem anterior, cujo pensamento predominante via a família mais no seu caráter biológico do que afetivo[90] discriminava o filho adotado, principalmente para fins patrimoniais, colocando-o numa situação inferiorizada em relação aos outros filhos e na sociedade.[91] A legislação através da Lei nº 6.697/79, regra a adoção plena inserindo o adotado no núcleo familiar e a jurisprudência na interpretação ampliativa da adoção[92] já sinalizavam para o passo que seria tomado pela Constituição de 1988, ou seja, o desaparecimento da diferenciação entre adotado simples e pleno. Os adotados possuem os mesmos direitos[93] só podendo ser plena a adoção[94], em igualdade de condições com a filiação consangüínea[95]. Possuindo os mesmos direitos devem em contrapartida do princípio ter a mesma qualificação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90 ao disciplinar a adoção traz como um de seus efeitos a inscrição registral, com cuidados para não ferir a igualdade de qualificação entre os filhos (art. 47, *caput* parágrafo 3º, notadamente). Nela a proibição de quaisquer qualificações discriminatórias assume papel fundamental na total integração da adotado à família do adotante e o rompimento dos vínculos familiares ulteriores, como que apagando o registro anterior, pois nada há de constar sobre a origem do ato[96]. A adoção estatutária, ao exigir os registro novo, cortando os vínculos do adotado com a família biológica o faz com o sentido de dar nova origem ao adotando, uma origem indistinta dos demais eventuais filhos. Na mesma linha, o direito italiano proíbe quaisquer anotações registrais da origem da filiação e mesmo o fornecimento de certidões em que

90. *"Não é o vínculo consangüíneo, por si só, que deve ser levado em conta, mas também a realidade da afeição, da convivência, da assistência, da amizade profunda, da simpatia e da empatia* "Pereira, Sérgio Gischkow. Tendências modernas...p.70.

91. Veja sobre a adoção internacional Lima Marques, Claudia, Novas Regras sobre a Adoção Internacional no Direito Brasileiro, in Revista dos Tribunais nr. 692 , pg. 7.

92. Pereira, Sérgio Gischkow. Tendências modernas ... p. 79.

93. Pereira, Sérgio Gischkow. Algumas questões ... p. 231.

94. Cabe aqui, novamente a utilização das cristalinas expressões do Provimento nº 34/98 CGJ - RS, como uma ressalva: *"Os efeitos da adoção é que passam a ser uniformes"*. p. 4.

95. Costa, Maria Isabel Pereira da. A filiação ... p. 113.

96. *"Transparece claro que o intuito do legislador foi o de apagar o registro antecedente, abrindo-se outro, como se fosse um novo nascimento, imitando a natureza"* p. 153. Filho, Artur Marques da Silva. O regime jurídico da adoção estatutária. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Note-se um exemplo jurisprudencial que bem anota a mudança de tratamento: *"(...) declarar que o menor em questão não é filho legítimo do casal, mas filho adotivo, devendo assim ser considerado o assento de nascimento no registro civil(...)"*. (APC nº 500192877, Rel. Des Júlio Martins Porto). A igualdade é tão forte que aparece como motivo para fazer retroagir os efeitos da norma constitucional: "(...) *A Lei Constitucional nova opera aigualização do filho adotivo ao biológico em todos os direitos, e incide mesmo sobre base fática originada antes de sua vigência.*"(AGI nº 597017730. Rel. Des. Carlos Alberto Alves Marques).

esta conste, a não ser por força de decisão judicial[97].

Destas normas pode se extrair que, por traz da indistinção dos filhos quanto à qualificação está o desvalor do sistema quanto à origem da filiação, o que importa é a posse de estado de filho[98], que através da norma constitucional e do trabalho jurisprudencial conformam um novo sistema de direito de família.

O Projeto do Código Civil em tramitação no Congresso Nacional adota o tratamento não discriminatório de um modo geral. Contudo, no artigo 1.625 faz uma qualificação inconstitucional ao dispor : "*A filiação incestuosa, reconhecida em sentença irrecorrível não provocada pelo filho, ou quando comprovada em confissão ou declaração escrita do pai, faz certa a paternidade*". A finalidade da norma é a de responsabilizar o pai incestuoso pela sua confissão ou quando a condição do filho for reconhecida por sentença. Todavia, para tal utilizou-se de nomenclatura incorreta e inconstitucional e estabeleceu recurso não estendido aos outros filhos extramatrimoniais. Além disto, a lei traz mais uma hipótese de reconhecimento de paternidade, que é a por simples declaração escrita do pai, benefício não alcançado ao filho extramatrimonial de pais casados, trazendo não somente diferenciação de qualificação como de tratamento.

Assim , o anteprojeto acaba por revelar conformidade com o sistema anterior, cuja tônica era a de tratamento diferenciado, evidente na qualificação, que num sistema de exceções, com as hipóteses de reconhecimento de paternidade, continua a discriminar[99]. Dir-se-ia do projeto estar atrasado e relação ao arcabouço teórico impusionado pela Constituição e jurisprudência.

Resta a questão de avaliar se este direito de família que brota na norma constitucional é ou não pós-moderno. Claramente está a sua fundamentação na teoria dos direitos, no princípio da igualdade em sua delineação mais clássica, ou seja a

97. A função do artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente é a de que '*nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões de registro*". A Lei italiana (Lei 184/83), onde se impõe que "*o oficial do registro civil e o oficial do registro anagráfico devem se recusar a fornecer informações, certidões, extratos ou cópias das quais possam, de qualquer forma, resultar os liames da adoção, salvo autorização expressa da autoridade judicial(...)*". em Filho, Artur Marques da Silva. *Op Cit* p. 153.

98. O objeto do estudo na posse de estado de filho é a fixação do vínculo de filiação socio-afetiva. Delinski, Julie Cristine. *Op Cit.* p. 41e ss. Entretanto, a definição do que seja posse de estado de filho é matéria complexa. Na obra supracitada a autora introduz a noção através de uma visão histórica e da análise comparativa com os institutos jurídicos da posse (de direitos reais) e da teoria da aparência. O Professor Facchin assim se expressa: "*Não há, com efeito, definição segura da posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos, e , ao certo, nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante, diante da heterogeneidade de fatos e circunsâncias que a cercam.*" *Op. Cit.* p. 161. Contudo, vale apena a citação que o autor faz de um julgado do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal que assim a ela se refere: "*o tratamento como filho envolve a reputação de filho ser*" p.161.

99. Salienta-se que as hipóteses de reconhecimento do paternidade aparecem com função similar a da já citada legislação anterior à Constituição de 1988, ou seja, abrir brechas por exceções ao princípio vigente. Não se instaura a filiação de maneira a conciliar o vínculo de filiação jurídico, o biológico e o sócio-afetivo como ocorreria se fosse aduzida a hipótese de reconhecimento da paternidade pela posse de estado de filho, por exemplo (o Projeto não o faz, já assevera Delinski, Julie Cristine. *Op Cit.* p. 41) Assim o que poderia ser considerado como uma falha na qualificação nos parece uma falha de fundo valorativo e estrutural.

igualdade de tratamento jurídico[100], é uma característica da modernidade. O direito pós-moderno procura garantir o direito à diferença na busca da manutenção da identidade cultural dos grupos utilizando-se do princípio da igualdade no sentido de que situações diferentes sejam tratadas diferentemente[101] em clara utilização do princípio de justiça comutativa aristotélica[102].

O individualismo identificado por Jayme[103], a *soft law*, a pluralidade de fontes e métodos, o retorno dos sentimentos aparecem no direito brasileiro, mas não como opções assumidas no núcleo do sistema. O direito relativo às qualificações dos filhos o demonstra de forma cabal. O que se procura desenvolver, antes do direito à diferença é a plenificação da igualdade, antes da identidade cultural é o rompimento completo da vinculação da origem dos filhos. São os elementos identificados, talvez, arautos de uma etapa por se desenvolver e quiçá identificadores de um período de transição[104].

O quadro da qualificação de filhos no Brasil, portanto pode ser caracterizado como moderno. Contudo, não impede que a identidade cultural do filho seja por ele buscada[105]. O princípio da legitimidade do registro, impõe que, se não para a qualificação do filho em documentos oficiais as informações a respeito de quem são seus pais continuem resguardadas. Assim , se o filho julgar necessário ou conveniente terá acesso a estas informações.

O problema cinge-se da pergunta da conveniência de um tratamento pós-moderno à qualificação, uma vez que os preconceitos sociais continuam a existir demandando uma proteção estatal forte ainda dos filhos extramatrimoniais.

Conclusão

Neste trabalho em que se pretendeu efetuar um juízo de constatação sobre a realidade científica do Direito de Família no

100. O autor identifica na modernidade a teoria dos direitos, dos novos direitos surgidos através da intervenção estatal corretiva. O seu objeto é a economia, mas podemos notar que no caso houve uma intervenção retificadora que beneficiou um 'grupo social' o dos filhos extramatrimoniais. Reich, Norbert. Intervenção do Estado na Economia (Reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica), Revista de Direito Público. nº 23, v. 94, abril-junho de 1990. p.277.

101. Jayme, Erik. *Cours général de droit international privé. Recueil des Cours.* T. 251, v. 1995,1996 p. 251.

102. Aristóteles, A Ética à Nicômaco, Cap. V.

103. Conforme o já explicitado supra.

104. Que talvez seja o próprio po-modernismo, quando então seria melhor usar a expressão de Boaventura de Souza Santos, ou seja, transição pós-moderna, período no qual se deixará a racionalidade global em favor de uma multiplicidade de mini-racionalidades, totais em si mesmas e presentes em muitas partes. (Santos. Boaventura de Souza. *La tranisición postmoderna: Derecho e politica* in DOXA nº 6, p. 237). Contudo, no nosso caso, os ideais da racionalidade global ainda não se desintegraram, talvez devido não se terem realizado o suficiente . Não há uma pretensão de esgotamento pois as possibilidades não foram ainda implementadas totalmente, principalmente num país em desenvolvimento como o Brasil.

105. Aqui pode se demonstrar a linha jurisprudencial que faculta a investigação de paternidade mesmo contra prova constituída pela registro. Importante a a orientação do julgado que tem por relator o Des. Adroaldo Furtado Fabrício neste sentido (APC nº 589046564 - TJRS), em matéria de origem adulterina *a matre* que foi seguida por outros julgados (AGI nº 59001164, Rel. Des. Lio Cezar Schmitt, APC nº 591036959, Rel. Des. Clarindo Favretto).

ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, também as conclusões extraídas situam-se numa área de verificação da situação jurídica existente, basicamente à luz da jurisprudência inovadora[106] e de uma realidade legislativa ainda com características bastante tradicionais[107]. A marca do Direito de Família na legislação atual brasileira ainda é moderna, centrada na idéia de proteção ao núcleo familiar e intervenção do Estado para preservar as relações familiares.

A própria Constituição Federal, ainda que reconhecendo a união estável, protegeu a unidade familiar e reconheceu a necessidade de interferência do Estado para a solução dos conflitos a partir de uma perspectiva de coletividade. Assim, inclusive, com relação ao direito de filiação e ao reconhecimento da idéia de igualdade entre os filhos.

A perspectiva de mudança no Código Civil brasileiro é também dentro de uma visão moderna, em que se preserva a unidade familiar em relação ao próprio direito de reconhecimento de origem reservado aos filhos de uma relação matrimonial ou não. Não permite, por exemplo, o Projeto de Código Civil a investigação de maternidade que tenha por fim atribuir à mulher casada um filho havido de relação extramatrimonial, salvo se já dissolvida a sociedade conjugal ou após um ano de separação de fato do casal (art. 1.626).

Contesta esta previsão legislativa, por conseqüência, a tendência pós-moderna de acesso dos filhos à descoberta de sua origem e a possibilidade de opção por uma qualificação exata. Em verdade, mantém uma visão tradicional do sistema jurídica pela preservação do aspecto coletivo, sem a individualização dos interesse daqueles que compõem o núcleo familiar. Ou seja, sem a identificação do individualismo que pretende Erik Jayme numa visão pós-moderna das relações jurídicas[108]. Pressuposto este que permitiria ao filho optar pela escolha da paternidade ou maternidade e, inclusive, pela prevalência do aspecto biológico na fixação da filiação, sendo o caso, independentemente do comprometimento de qualquer um de seus progenitores com uma instituição familiar estabelecida.

A ausência de normas narrativas no capítulo da filiação no Projeto de Código Civil, inclusive quanto à fixação de uma responsabilidade pela paternidade ou mesmo de possibilidade de adoção de um crité-

106. Nos exemplos trabalhados no texto, encontram-se decisões recentes do Tribunal de Justiça do RS no sentido de ampliar o direito investigatório de paternidade aos filhos, permitindo-lhes o amplo acesso às suas origens. É o que revelam as decisões publicadas na RJTJRS nº 176/766 e 175/721.

107. Assim nas disposições do Código Civil brasileiro que ainda mantém, positivamente, regras como a que impede a contestação a qualquer pessoa do que conste em registro civil de nascimento, salvo provado erro ou falsidade no registro (art. 348). O motivo, permite a qualquer pessoa contestar a ação de investigação de paternidade ou maternidade (art. 1627).

108. Conforme as lições de Erik Jayme, quando proferidas aulas na Faculdade de Direito da UFRGS, em setembro de 1996, tem sido notado um maior *individualismo* nas discussões pertinentes ao Direito de Família, conferindo-se destaque aos direitos pessoais dos integrantes do núcleo familiar, principalmente para que seja reconhecido maior valor à defesa dos direitos fundamentais, como o direito de acesso às origens e a uma qualificação pelos filhos.

rio de verdade 'socio-afetiva'[109] em matéria de determinação dos laços de filiação, demonstram o afastamento de uma tendência pós-moderna no Projeto de Código Civil. Bem ao contrário do que já existe no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), este sim voltado à disciplina de condutas e preocupado com as relações interpessoais inclusive de afeto[110].

Mas se a concepção moderna é ainda prevalente no ordenamento jurídico positivo, à exceção de leis esparsas como a Lei 8.069/90 nos dispositivos que se referem à filiação, a nota da pós-modernidade tem sido verificada nas decisões contemporâneas dos colegiados, especialmente quando analisam o problema da paternidade. Nota-se que é crescente a discussão sobre a possibilidade de adoção da verdade socio-afetiva em matéria de investigação de paternidade, relativizando-se a sacralização do parentesco biológico[111].

O mesmo, como constatado, segue verificado no acesso garantido pelos tribunais aos filhos da investigação da sua origem, independenmtemente do parentesco que exista no plano jurídico[112]. Garantem, assim, os tribunais a observação do requisito da individualidade presente no pós-modernismo e devidamente identificado por Erik Jayme nas relações de família. É em decisões colegiadas, mesmo que ainda isoladas, que se tem encontrado, no direito brasileiro, a ausência de uma preocupação da manutenção da família como instituição, voltando-se a preocupação do jurista para os indivíduos, nos vínculos que relacionam este grupo e nos direitos fundamentais de cada um, respeitados estes ainda que em detrimento da unidade familiar.

Impõe-se constatar, portanto, que os conceitos de pós-modernidade ainda com restrição restam-se integrados aos sistema jurídico brasileiro em matéria de filiação e mesmo no campo do Direito de Família. A adoção de normas narrativas, mais restritas Às leis especiais, e a manifestação de um maior individualismo na perspectiva do reconhecimento de direitos de origem apenas por meio jurisprudencial, revela ainda ser incipiente a aplicação de um conceito pós-moderno no sistema jurídico brasileiro. Mas, no mínimo, uma preocupação com os elementos da pós-modernidade já se encontra evidenciada no sistema posto.

109. A expressão utilizada pela doutrina para a identificação do estágio atual da concepção de uma paternidade. *"Nós atravessamos três estágios no Direito brasileiro: o primeiro cogitava-se a verdade jurídica; o segundo estágio passou-se para a verdade biológica;(...) Um coito apenas determina para a vida inteira u parentesco, um coito entre pessoas que, às vezes, só tiveram aquele coito e nada mais! Desprezam-se anos e anos de convivência afetiva, de assistência, de companheirismo, de acompanhamento, de amor, de ligação afetiva"* (por Gischkow Pereira, RJTJRS vol. 176, p. 771).

110. As determinações normativas do art. 19 da Lei 8.069/90, bem como as regras narrativas dos arts. 25, relativas à família natural, e 33, com relação à guarda de crianças e adolescentes.

111. Assim en trecho da decisão publicada na RJTJRS vol. 176, p. 772. *" O que é que deve prevalecer afinal? A verdade biológica ou a verdade socio-afetiva? Parece que o ideal está na busca de um equilíbrio das três verdades: da verdade jurídica, da verdade biológica e da verdade socio-afetiva. Mas a terceira, por enquanto, está sendo muito desprezada; em nome, do que eu diria, esta divinização do parentesco puramente biológico".*

112. Neste sentido extrai-se da jurisprudência: *"O perquirir sobre o quem é o pai biológico é direito personalíssimo, imprescritível, pouco importando que o investigante tenha sido adotado ou que tenha sido reconhecido pelo marido de sua mão, independendo de prévia propositura de ação visando nulificar o registro anterior que registra a paternidade ficta ou biológica"* (voto do Des. Eliseu Gomes Torres, publicado na RJTJRS, vol. 176, p. 770).

Direito Constitucional Comparado e Constitucionalismo Brasileiro *

Eduardo Kroeff Machado Carrion
Professor Titular de Direito Constitucional da UFRGS

I. Introdução

Desde sua origem, o constitucionalismo latino-americano sofreu forte influência do direito constitucional comparado, em especial do constitucionalismo europeu e do constitucionalismo norte-americano. Entretanto, enquanto que na Europa ou nos Estados Unidos da América do Norte o movimento constitucional traduziu em grande parte o projeto político dos setores modernos e urbanos da sociedade em sua luta contra o absolutismo e em defesa da liberdade, na América Latina e em especial no Brasil o movimento constitucional repercutiu os interesses dos setores tradicionais e agrários, protagonistas principais do processo de emancipação nacional.

Nesse sentido, as judiciosas palavras de André Hauriou:

> "A emancipação das colonias espanholas e portuguesa do Novo-Mundo, no início do séulo XIX, teve como conseqüência a difusão das instituições políticas americanas. Mas aqui a vaga de Constituições desenvolve-se em meios claramente diferentes:
>
> a) os países da América Latina mantém-se, mesmo após a proclamação de sua independência, como sociedades de estrutura francamente colonial. A vida política e sobretudo as assembléias são dominadas por oligarquias agrárias compostas de brancos ou de mestiços, que fazem e desfazem os governos;
>
> b) afora os membros dessas oligarquias, a população rural é analfabeta, inculta, habituada a aceitar a dominação do grande proprietário rural;
>
> c) todos os países da América Latina são de religião católica, enquadrados por um clero que se solidariza com as oligarquias agrária;
>
> d) enfim, as tradições políticas da Espanha e de Portugal são favorá-

Trabalho apresentado no Simpósio "Dez Anos de Constituição: Cidadania ou Frustração?", realizado de 16 a 19 de setembro de 1998, em Curitiba, Paraná, promoção conjunta da OAB, IAB, CAHS, IDA e CPGD/UFPR.

veis ao poder pessoal, o que, no quadro de instituições imitadas dos Estados Unidos, conduzirá a um desequilíbrio rápido dos poderes públicos em benefício do Executivo, a transmissões irregulares da autoridade e a freqüentes golpes de Estado; o presidencialismo latino-americano data dos inícios do século XIX."[1]

A visão unilinear de evolução das sociedades compromete a apreensão da realidade. Não se trata na nossa experiência de simplesmente estar-se em atraso, mas de construir-se o atraso. Na feliz expressão de Léo Hamon, deparamo-nos com "sociétés dyschrones", "... no sentido de que os sincronismos a que nossa história nos tinha habituado não se reencontram ..."[2].

Nosso constitucionalismo, ao contrário do constitucionalismo clássico, nasce sob o signo da autoridade. Aqui, as Constituições caracterizam-se antes por ser um estatuto da autoridade do que por constituírem um estatuto da liberdade. As relações entre o Príncipe e a Constituinte, entre o governante e a representação popular sempre foram problemáticas, a dissolução da Constituinte de 1823 por D. Pedro I significando um caso exemplar, embora extremo. Nossa primeira Constituição, a Constituição de 1824, em última análise outorgada por D. Pedro I, inspira-se não no constitucionalismo revolucionário do combate ao absolutismo e da construção da liberdade, mas no constitucionalismo conservador da Restauração (1814-1830). Haja vista a idéia e a realidade do Poder Moderador, a perturbar a separação dos poderes e a comprometer a afirmação da liberdade. Esta mesma Constituição desloca a Declaração dos Direitos, geralmente o preâmbulo das Constituições da época, para o seu último e derradeiro artigo, o de número 179 do Título 8º (Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros), as Constituições posteriores pouco alterando neste particular. De maneira geral, as idéias libertárias do constitucionalismo clássico, quando confrontadas com uma realidade diametralmente oposta àquela onde se originaram, desfiguraram-se em grande parte. No que se refere mais especificamente à organização do poder, observamos que nosso parlamentarismo monárquico correspondia melhor, inclusive com a criação do Poder Moderador, inspirado na obra de Benjamin Constant, à fórmula de Guizot ("o trono não é uma poltrona vazia") do que à fórmula de Thiers ("o Rei reina, mas não governa"). Aliás, Carlos Maximiliano assinalou enfaticamente que no Brasil o Rei reinava e governava. Lembre-se, entre outras coisas, o denominado "poder pessoal" do Imperador. O presidencialismo republicano, introduzido com a Constituição de 1891, representaria antes uma continuidade do que uma ruptura com este parlamentarismo monárquico, nossa instituição presidencial identificando-se praticamente com uma instituição imperial.

Se o liberal-conservadorismo predominou em grande parte de nossa história

1. In *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Éditions Montchrestien, Paris, 1972, pp. 73-74.
2. In *Acteurs et Données de l'Histoire*, PUF, Paris, 1970, t. 1, p.46.

constitucional, retratado sobretudo nas Constituições de 1824, 1891 e 1946, encontramos igualmente uma outra vertente constitucional, a de autoritário-modernismo, parecendo não ter havido espaço suficiente para a emergência de um liberalismo ao mesmo tempo modernizador e democrático. Liberalismo conservador e autoritarismo modernizador que nem sempre se apresentam como tendências necessariamente contraditórias, a Constituição de 1934 alcançando talvez a melhor síntese das duas vertentes.

II. A Constituição de 1988

Até que ponto a nova Constituição conseguiu inovar com relação a nossa precária tradição constitucional e colocar-se, para o futuro, como instrumento de efetiva democratização da sociedade?

As Constituições costumam representar nas democracias liberais um compromisso multifacetado: compromisso entre forças conservadoras e forças reformadoras; compromisso entre as tradições jurídicas existentes e o direito constitucional comparado, entre outros. Por isto mesmo, dificilmente poderemos esperar ou exigir das Constituições o que elas não podem ou não devem oferecer, isto é uma perfeita homogeneidade ideológica ou política, embora deva ser assegurada e preservada sua unidade e coerência jurídicas. A questão principal a ser respondida no nosso caso é aquela referente a favor de qual projeto político ou ideológico operou-se prioritariamente esse compromisso.

Em que pesem os indiscutíveis avanços existentes no texto fundamental, o compromisso parece ter ocorrido favoravelmente, sobretudo se levarmos em conta a prática constitucional, ao liberal-conservadorismo, que juntamente com o autoritário-modernismo são as duas principais vertentes de nossa história constitucional.

O fato de o perfil da nova Constituição revelar-se predominantemente liberal-conservador não impediu, porém, que novos e importantes direitos populares fossem previstos, atendendo inclusive ao caráter compromissório das Constituições. Assim, observamos alguns avanços significativos. A começar pela alternativa de redação de uma Constituição analítica, como tem sido a tendência contemporânea no direito constitucional comparado, evitando o equívoco conservador de elaboração de uma Constituição concisa, limitada apenas à declaração dos direitos, sobretudo os direitos individuais e os direitos políticos, e ao estatuto do poder, temas clássicos. Incorporando então novas questões que passaram a ter uma importância cada vez maior na atualidade, merecendo por isto mesmo um "status" constitucional. A declaração dos direitos, além de suceder ao preâmbulo e aos princípios fundamentais, alterando a sistemática adotada pelas Constituições brasileiras anteriores, amplia-se consideravelmente; mecanismos mais eficientes e aperfeiçoados de controle do poder foram alcançados; o fortalecimento do Legislativo, visado. Entretanto, pouco se alterou no atinente à ordem econômica, mantendo-se intacto o modo de acumulação vigente. Neste sentido, não se instrumentalizaram suficientemente aqueles direitos de forma a torná-los mais efetivos, além de simples

declaração de intenções, tentativa permanente das elites. Além disto, tendeu-se a optar, em questões polêmicas e críticas, pelo subterfúgio ou pelo artifício de remeter a solução final da matéria ao legislador ordinário. O uso e o abuso das definições genéricas e vagas, das fórmulas vazias, das normas programáticas se pretendeu muitas vezes contornar conflitos e impasses políticos, evitando por exemplo os denominados "buracos negros", atendeu principalmente aos objetivos e interesses conservadores, comprometendo a eficácia jurídica e salientando ainda mais o caráter liberal-conservador da nova Constituição.

Identificamos nas modernas Constituições pelo menos três grandes segmentos: uma Constituição social, fundamentalmente a declaração dos direitos, tanto os clássicos e tradicionais, como os novos e modernos, uma Constituição política, basicamente a estrutura do poder, seja no plano horizontal (o sistema de governo), seja no plano vertical (a forma de Estado) e uma Constituição econômica, o modo de acumulação no essencial. Os avanços obtidos dizem prioritariamente respeito às duas primeiras, a Constituição econômica tendo sofrido inclusive alguns retrocessos.

A Constituição social inspirou-se em grande parte da Constituição portuguesa de 1976, embora tendo ainda ficado bastante aquém dela. Criaram-se novos institutos ou remodelaram-se anteriores institutos como a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, o mandado de injunção, a inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo, o "habeas data", o direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade. Aliás, o artigo 5º, dos direitos e deveres individuais e coletivos, talvez seja o ponto alto, mais libertário da nova Constituição. Introduziram-se mecanismos da democracia direta; alargaram-se os direitos sociais. Rompeu-se parcialmente com a tradição individualista do nosso direito, entendendo-se os conflitos jurídicos não mais como exclusivamente inter-individuais, mas como cada vez mais como conflitos intergrupais, e reconhecendo-se o papel fundamental na atualidade dos novos sujeitos sociais como sindicatos, entidades e associações da sociedade civil. O presidencialismo foi reformado, fortalecendo-se o Legislativo, inclusive através da adoção de alguns corretivos parlamentaristas, sistemática aliás já inaugurada pela Constituição de 1934. Da mesmo forma, o Estado Federal foi redimensionado, alcançando-se talvez pela primeira vez uma efetiva autonomia municipal. Entretanto, no que se refere especificamente ao Poder Judiciário, não se chegou, conforme inicialmente cogitado, tanto à criação de uma verdadeira Corte Constitucional, nos moldes europeus, como à organização de um Conselho Nacional de Justiça, de ampla representação, que significariam um inequívoco progresso. Além disto, poucos avanços houve no sentido de um controle social do poder mais amplo, como a criação de um Conselho Econômico e Social. Os maiores atrasos estiveram por conta, porém, da Constituição econômica. Além de manter intacto o modo de acumulação vigente, retrocedeu-se nitidamente com relação à reforma agrária e ao papel do Estado na economia, ficando aquém mesmo do anterior estatuto autoritário.

Afinal, a nova Constituição antes serviu à legitimação da vontade das elites e à preservação do "status quo" ou poderá significar um instrumento de efetiva democratização da sociedade? A assinalar-se, inicialmente, que o trabalho constituinte não se encerra propriamente com a promulgação da Constituição. A regulamentação do novo texto constitucional, assim como a adaptação da legislação ordinária, representam um prolongamento inevitável e necessário do processo constituinte. A maior ou menor amplitude dos direitos constitucionalmente previstos depende consideravelmente da atividade legislativa pós-constituinte. Além disso, a efetividade destes direitos depende igualmente da atuação dos partidos políticos e das entidades e associações da sociedade civil, bem como da consciência e da participação populares. Como vemos, a resposta àquela questão fica em grande parte em aberto. Independentemente das limitações apresentadas pela nova Constituição, cabe explorar ao máximo suas "virtualidades modernizantes".

III. Conclusão

A Constituição de 1988 representou um marco em nossa história constitucional. Participativa em seu processo de elaboração, democrática em seu conteúdo, incorporou avanços significativos do direito constitucional comparado.

Entretanto, inúmeras de suas conquistas permanecem fragilizadas por falta de legislação regulamentadora, por carência de normatividade infraconstitucional. Por outro lado, a prática constitucional tem concorrido para frustrar o espírito se não mesmo a letra do texto fundamental. Haja vista a experiência com relação às medidas provisórias, transformadas em instrumento habitual de governo, em método de governo mesmo.

Mais grave, tem sido a fúria reformista de sucessivos governos ávidos de uma enganosa rentabilidade ou eficiência máximas, mesmo se à custa do princípio de legalidade.

A ninguém é dado desconhecer que a Constituição deve continuamente adaptar-se, seja através de interpretação, seja através de modificação, às novas circunstâncias e necessidades impostas pelo decurso do tempo e pela evolução da sociedade. Entretanto, procura-se implementar, já de há muito, em sede de reforma da Constituição, na realidade uma nova Constituição, em flagrante desrespeito ao poder constituinte originário.

Busca e Apreensão em Dependências Comerciais de Bancos

– Resposta à contribuição de Ranft, publicada em WiB 1996, 49 –

Gerhard Laule/ Frankfurt a. M.

Advogado e integrante dos escritórios de advocacia Feddersen Laule Scherzberg & Ohle Hansen Ewerwahn. Trabalha como advogado em ações de buscas em dependências comerciais de bancos.

Traduzido por Peter Naumann – Revisão técnica de F. A. Gernot Lippert

Ações de busca e apreensão em dependências comerciais de bancos chegaram ao conhecimento de um público amplo. Como intervenções em um direito fundamental elas são somente eficazes se realizadas sob pressupostos rigorosos. Em artigo destinado a oferecer uma visão de conjunto, Ranft apresentou os pressupostos e o alcance de tais medidas do direito tributário penal. Laule contradiz o artigo de Ranft nas explanações subseqüentes. Ele vê o procedimento das autoridades fiscais sob ótica mais crítica do que Ranft.

SUMÁRIO

I. Introdução
II. A oposição da promotoria e dos órgãos fazendários em ações tributárias penais.
III. Sigilo bancário e competências para a realização de sindicâncias.
1. O sigilo bancário
2. Competências de sindicância no processo penal.
IV. Busca e seqüestro.
1. Pressupostos gerais
2. Suspeitos de terem cometido o delito e suspeitos de participação no mesmo.
3. Suspeita de cumplicidade na sonegação de impostos.
4. Identificação de clientes bancários como possíveis autores principais do delito.
V. Resumo.

I. Introdução

Já em 1982 um levantamento efetuado pela Sociedade Alemã de Direito Tributário revelara que por um lado já não predominam mais situações arcaicas no âmbito do direito tributário penal, embora, por outro lado, ainda subsistam consideráveis déficits jurídicos de natureza prática e teórica [1]. Diante das experiências mais recentes em sindicâncias tributário-penais contra bancos deve-se constatar que esse quadro pouco mudou. E somos obrigados a constatar o seguinte: "Os tempos dos bancos como instituições veneráveis, intocáveis... pertencem definitivamente ao passado." [2]

Antigamente uma raridade, as buscas e apreensões em bancos por motivos de Direito Penal Tributário aumentaram con-

1. *Kruse*, DStJG 6 (1983), 1.
2. *Raab*, no diário *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 4.11.1996, B 14 (em outro contexto); v. também Tribunal Regional de Stuttgart (AG 1996, 561), que formula uma crítica caracterizada por extremada falta de objetividade e polemiza com coloração política.

sideravelmente [3]. Destarte aumentou também o volume da bibliografia especializada, até agora esparsa. *Haecker* [4] parece ter sido o primeiro a se ocupar, em 1953, com as questões jurídicas materiais, especialmente com a da eventual cumplicidade de funcionários de bancos na sonegação de impostos por parte de clientes do banco. Quase trinta anos depois, *Philipowski* [5] retomou a sua argumentação e procurou, mais especificamente, avaliar de forma diferenciada a punibilidade de funcionários de bancos mediante recurso à doutrina da adequação social. A idéia foi retomada em 1995 por *Hassemer* no sentido de uma "adequação profissional" [6]. Em abril de 1996, *Gallandi* contrapôs a *Hassemer* - infelizmente sem registrar a proposta adicional de solução apresentada por *Löwe-Krahl* [7] e argumentando, ao que parece, conscientemente fora do âmbito do direito penal tradicional - a "criminalidade profissionalmente adequada" [8].

Diante da atualidade candente dessa temática, é compreensível a ocorrência de controvérsias na área das ações tributárias penais, que de momento estão em primeiro plano. Na mesma ocasião, *Rüping* [9] ocupou-se especialmente com a busca na ação tributária penal, criticando nessa ocasião o universo ultrapassado, no qual o direito codificado vigente fazia sentido [10] e chamando a atenção aos imperativos constitucionais a serem observados nesse contexto. Há quase dez anos *Müller-Brühl* tratou extensamente, embora ainda de forma bem pouco dramática, especialmente a posição das instituições creditícias em ações tributárias contra os seus clientes [11]. Vista a partir da perspectiva atual, a advertência de *Streck* [12] quase assume ares de profecia. Na 15ª Jornada dos Consultores Tributários da Alemanha, em 1992 e com vistas à propaganda dos bancos para aplicações de capitais no exterior, esse autor alegara que a sua imaginação seria suficiente para supor que "qualquer repartição de perseguição penal ou qualquer promotoria pública poderia levantar a suspeita de instigação ou cumplicidade", encerrando as suas explanações com uma observação lacônica: "Os bancos dispõem de grandes departamentos jurídicos e devem ter examinado o que estão publicando".

No contexto das buscas e apreensões efetuadas em um grande banco alemão, as questões atinentes ao direito processual em ações tributárias penais ganharam mais tarde um especial impulso, mormente em virtude das duas decisões

3. *Papier/Dengler*, BB 1996, 2541, 2593.
4. StWa 1953, 5 s.
5. DStJG 6 (1983), 131; v. também *Laule*, DStZ 1984, 599.
6. wistra 1995, 41, 81.
7. wistra 1995, 201.
8. wistra 1996, 81.
9. DStJG 6 (1983), 267.
10. Críticos com vistas ao direito à autodeterminação informacional, mais recentemente *Papier/Dengler*, BB 1996, 2541 (2545 s.).
11. NSt nº 21/1988 e 22/1988, verbete "negócios creditícios" Darstellung 1.
12. DStR 1993, 342 (346).

da Corte Constitucional Federal em 1994 [13]. Essas decisões provocaram muitos posicionamentos críticos [14], como a própria corte registra concisamente e sem se afastar da sua posição [15], mas elas também encontraram defensores mais ou menos engajados [16]. Parece que *Ranft* também deve ser incluído nesse último grupo, apesar de várias indicações de cunho crítico; seu artigo amplamente dimensionado sobre "Busca e apreensão em dependências comerciais de bancos" [17] ocupa-se primacialmente com esse caso - apesar da formulação abstrata do tema - e exige uma resposta, ao menos com referência às explanações de caráter fundamentador [18]. Nessa resposta sigo em grande parte a estrutura do artigo de *Ranft*, para possibilitar uma orientação geral mais simples.

II. A posição da promotoria e dos órgãos fazendários em ações tributárias penais

Já a primeira frase de *Ranft*, segundo a qual as buscas e apreensões em bancos teriam "quase sempre" origem em uma motivação tributária penal, provoca uma observação crítica que no entanto é dirigida menos contra *Ranft* e mais contra a tendência geral. Não há como fugir à pergunta se talvez não estejamos mais diante do direito penal e da ação penal no sentido tradicional. *Ransieck* [19] dá uma resposta que atinge o cerne do problema: "Na pauta não estão mais as sindicâncias para a constatação da responsabilidade em termos juspenalistas, mas os problemas estruturais da ação penal de cuja solução a Corte Constitucional Federal [...] encarregara com boas razões o legislador, tocante à tributação dos juros. A solução pelo Direito Penal leva necessariamente a fricções. No fundo a punibilidade de indivíduos não interessa. Muito pelo contrário, o objetivo é a própria busca: ela é a 'pena', pois as buscas iminentes visam impedir as operações anônimas de pagamentos entre a Alemanha e o Luxemburgo."

Estaria o processo penal se transformando em meio da política financeira, sem estar devidamente instrumentado para o cumprimento de tal tarefa? Não se pode permitir que isso aconteça [20].

13. Decisões da 2ª Câmara do Segundo Senado de 23.3.1994, wistra 1994, 221 = StV 1994, 353 com notas de *Streck*, bem como p. 409 com notas de *Otto*, e 13.12.1994, wistra 1995, 139.
14. *Krekeler/Schütz*, wistra 1995, 296; *Leisner*, B 1994, 1941; *Id.* BB 1995, 525; *Ransiek*, EWiR Art. 13º da Constituição Federal da Alemanha 1/94, 573; *Schuhmann*, wistra 1995, 336; *Trzaskalik*, DB 1994, 550, bem como ultimamente *Papier/Dengler*, BB 1996, 2541, 2593.
15. Decisão de 13.12.1994, *loc. cit.*; cf. para tal criticamente *Leisner*, BB 1995, 525.
16. *Carl/Klos*, wistra 1994, 211; *Streck*, StV 1994, 355 (nota sobre a sentença).
17. WiB 1996, 49.
18. WiB 1996, 49 (49-52), seções I-III
19. EWiR, Constituição Federal da Alemanha, Art. 13º 1/94, 537.
20. Assim, pertinentemente, *Leisner*, BB 1995, 525 (528); criticamente também *Papier/Dengler*, BB 1996, 2541 (2543).

** AO = *Abgabenordnung*, Código Tributário Nacional [N. do T.]

***StPO = *Strafprozessordnung*, Código de Processo Penal [N. do T.]

III. Sigilo bancário e competências para a realização de sindicâncias

Devemos delimitar o sigilo bancário e as competências para a realização de sindicâncias.

1. O sigilo bancário

Deve-se concordar grandemente com as explanações de *Ranft* sobre o sigilo bancário. Mas quero dar ao menos algumas indicações terminológicas com referência a três itens menores:

Ranft infere de AO ** § 30 a II "que não se pode exigir comunicações de controle dos bancos"; se é que se necessita de uma denominação para a "comunicação única ou periódica", proibida por AO § 30 a II "para fins de fiscalização geral", ela poderia ser denominada "comunicação de fiscalização"; mas cf. AO § 30 a III a expressão "comunicação de controle" estaria desgastada. *Ranft* infere outrossim de AO § 30 a II que "não se deve efetuar qualquer "busca sistemática [Rasterfahndung], desde que ela não se baseie em suspeita concreta de delito".

Com "busca sistemática" certamente não se faz aqui nenhuma referência ao procedimento conforme StPO *** § 98 a, pois, como *Ranft* reconhece, AO § 30 a é uma prescrição do processo de inquérito fiscal, não do processo penal [21]. Pensa-se aqui, muito pelo contrário e em linguagem não-técnica, na coibição de pedidos de informação coletiva de saldos de contas, prescrita por AO § 30 a II, especialmente na coibição do controle sistemático de grupos inteiros de pessoas tributáveis segundo "grades de suspeitas" [22]. O posicionamento de *Ranft* contra a "busca sistemática" nesse sentido deve ser saudado como muito positiva quanto ao seu mérito intrínseco, já que existem também tendências contrárias [23] e pedidos de informação dimensionados com excessiva amplitude ocorrem na prática sempre de novo, mesmo sem a existência de "suspeita concreta de delito" [24]. Assim observei e apresentei queixa contra o fato de que toda e qualquer aplicação de capitais no valor de DM 500.000,— ou em valores superiores põe em marcha o mecanismo da busca de informações coletivas por parte do serviço de repressão a fraudes fiscais [25]. De qualquer modo deve-se reter que pedidos de informações sem pontos concretos para circunstâncias fiscalmente relevantes, especialmente "buscas sistemáticas" ou sindicâncias similares são inadmissíveis: o órgão fazendário não pode apresentar pedidos de informação "apenas para ver em que isso vai dar" ["ins Blaue hinein"] [26].

21. *Tipke/Kruse*, Komm. z. AO/FGO, Tz. 1 zu AO § a; cf. também AO § 30 a I com remissão a AO § 88.
22. *Tipke/Kruse* (v. nota de rodapé 21, *supra*), Tz. 5 zu AO § 30 a.
23. *Carl/Klos*, wistra 1994, 211 (215); criticamente, *Lüders/Meyer-Kessel*, DB 1990, 1790; a esse respeito também *Schuhmann*, wistra 1995, 336 (337).
24. Assim, no entanto, *Ranft*, WiB 1996, 49.
25. Contra tal tendência também expressamente *Kühn/Hoffmann*, Abgabenordnung, nota 3 sobre AO § 30 a.
26. BFH, BStBl 1991 II, 277 (278).

Para pedidos de informação a instituições bancárias vale conforme AO § 30 a V I a prescrição de AO § 93. *Ranft* enfatiza com razão a subsidiaridade do dever de informação conforme § 93 I 3 em combinação com AO § 30 a V 2. Conforme AO § 30 a V 2 a subsidiaridade vale para pedidos de informação a instituições bancárias em todos os procedimentos conforme AO § 2081 1, se a pessoa tributável for conhecida e nenhuma ação tiver sido apresentada contra ela em virtude de um delito ou de uma contravenção fiscal. Com isso a extinção da vigência da subsidiaridade para processos conforme AO § 208 I 1 nº 3, que normalmente beneficia os órgãos de repressão de fraudes fiscais, fica novamente revogada para as instituições bancárias [27]; em outras palavras, a subsidiaridade está restituída.

2. Competências de sindicância no processo penal

Procede a inferência de *Ranft* a partir de StPO § 53 e de AO § 102 de que os funcionários de bancos não podem invocar o direito de negação de testemunho por razões profissionais. Mas como eles devem contar, apesar da adequação profissional da sua atuação [28], com a eventual acusação da cumplicidade na sonegação de impostos, a lembrança do direito de negação a prestar informações, baseado em StPO § 55, provavelmente teria sido oportuna [29].

Procede também a lembrança de *Ranft* de que não assistem aos bancos direitos especiais referidos à profissão a partir de GG **** Art. 12º I, no sentido de um sigilo bancário que continua também existindo em processos penais. Mas *Ranft* não pode fugir à pergunta pelas razões da sua formulação crítica de que a Corte Constitucional Federal deveria ter feito a constatação "aparentemente necessária, mas em si evidente *per se*", pois a liberdade do exercício profissional dos bancos merece um exame no contexto das buscas realizadas pelo serviço de repressão a fraudes fiscais. Isso é mostrado também pelas considerações pertinentes de *Krekeler/Schütz* [30] e mormente pelas de *Papier/Dengler* [31] sobre os danos à reputação resultantes de medidas processuais penais. O fato de *Ranft* somente dar reduzida importância a essa dimensão é evidenciado pelas suas explanações subseqüentes [32].

IV. Busca e sequestro

Em primeiro momento, a busca e a apreensão estão vinculadas a pressupostos de caráter geral e dirigem-se preferencialmente contra pessoas expostas à suspeita de terem prestado ajuda na sonegação de impostos.

27. Cf. *Tipke/Kruse* (nota de rodapé 21, *supra*), Tz. 8 sobre AO § a 30 a.
28. Cf. *Hassemer*, wistra 1995, 41, 81.
29. Causa espécie que *Ranft* discuta o assim chamado princípio *nemo tenetur* somente por ocasião da garantia de dados de computadores, citando a propósito StPO § 136 I 2, mas não StPO § 55 (WiB 1996, 56, Seção X, nº 1).
**** GG = *Grundgesetz*, Lei Fundamental. Designação da constituição da República Federal da Alemanha. [N. do. T.]
30. Die Durchsuchung von bzw. in Unternehmen, wistra 1995, 296 (299).
31. BB 1996, 2541 (2545), 2593 (2597).
32. Seção III, nº 4 b; a respeito disso, cf. aqui pp. 23 ss.

1. Pressupostos gerais

Ranft se manifesta de forma muito engajada no contexto de GG Art. 12º, mas silencia em contrapartida onde GG Art. 13º I deveria ser discutido no contexto dos pressupostos gerais da busca e da apreensão, pois além do seu teor literal, a prescrição protege também dependências comerciais e autoriza pessoas jurídicas a invocar a proteção do direito fundamental [33]. Do mesmo modo falta aqui um aceno à proporcionalidade enquanto emanação do princípio do Estado de Direito [34]. Tais deficiências conduzem à interpretação falha da StPO enquanto legislação infraconstitucional.

É verdade que *Ranft* explica pertinentemente quem pode determinar uma busca (STPO § 1051). Mas apesar do título aqui reproduzido, ele bem como outros autores não discutem como o juiz primacialmente competente chega à certeza de que os pressupostos necessários existem, pois é tarefa do juiz o exame independente e neutro se a ação requerida é legamente admissível segundo as circunstâncias do caso, se, portanto, a intervenção no direito fundamental parece atender ao princípio da proporcionalidade [35], e especialmente também se os interesses da pessoa afetada são suficientemente considerados [36]. Justamente nesse tocante parece ter havido deficiências em ações contra instituições individuais do setor bancário; e deve-se temer, mais genericamente, que a reserva do juiz há muito tempo não cumpre mais o seu papel de "uma espécie de proteção jurídica preventiva" [37] na prática do dia a dia. Por isso *Streck* [38] relata pertinentemente que advogados defensores em processos tributários penais via de regra desrecomendam recorrer de mandados de busca em ações tributárias penais, "pois a confirmação dos mandados pelos tribunais de primeira instância e pelos tribunais regionais [Landgerichte] costuma ser a regra...". Esse diagnóstico vale ainda mais para a "formulação tão concreta quanto possível do mandado de busca", exigida por *Ranft* [39]; infelizmente a prática desconhece a "limitação adequada das medidas coercitivas", que ela visa assegurar.

Nem *Ranft* desconhece que os pressupostos da busca sejam formulados mais estreitamente em outras pessoas (STPO § 103) do que no caso de suspeitos (STPO § 102). Mas ele não expõe detalhadamente os limites mais estreitos, mas satisfaz-se com uma breve menção do seu manual [40]. Talvez resida aqui a razão de uma certa falta de nitidez da sua investigação subseqüente, na qual chama a atenção ao fato de que os suspeitos de terem cometido a ação

33. *Rüping*, DStJG 6 (1983), 267 (268); *Papier/Dengler*, BB 1996, 2593 (2597).
34. Cf. *Rüping*, DStJG 6 (1983), 273, bem como *Papier/Dengler*, BB 1996, 2593.
35. *Krekeler/Schütz*, wistra 1995, 296 (298), com documentação adicional.
36. *Rüping*, DStJG 6 (1983), 274.
37. *Ranft*, WiB 1996, 52 (Seção IV letra a).
38. Nota à sentença StV 1994, 355.
39. *Ranft*, WiB 1996, 49 (53) (Seção IV, letra b).
40. *Ranft*, Strafprozessrecht, 2ª ed. (1995), Rdn. 1006 ss.

delituosa e os suspeitos de participação na mesma estão em primeiro plano, aparecendo as outras pessoas apenas marginalmente [41].

2. Suspeitos de terem cometido o delito e suspeitos de participação no mesmo

Ranft discute inicialmente a busca junto a suspeitos. Em concordância com a opinião preponderante, constata que os autores ou participantes só podem ser pessoas físicas, i.e, não um banco organizado como pessoa jurídica; o mesmo vale para a sociedade comercial de capital aberto [oHG] ou para a sociedade em comandita [42].

Ranft descuida no entanto que STPO § 102 regulamenta a busca apenas "junto ao suspeito", i. é, junto "à pessoa que é suspeita de ter cometido um delito ou de ter participado nele". No caso do suspeito assim caracterizado pode ser efetuada "uma vistoria da residência e de outras dependências bem como da própria pessoa e das coisas que lhe pertencerem". Pode se depreender sem dificuldade do simples teor literal da lei que se deve tratar de dependências que - como a pessoa do suspeito e as "coisas que lhe pertencerem" - fazem parte de uma esfera protegida para ele. Mas isso não vale para a "área dos objetos definidores do lugar de trabalho" de um funcionário bancário subalterno. De acordo com a opinião preponderante [43], tal posição somente compete a pessoas que são, enquanto órgãos ou representantes da pessoa jurídica ou de uma sociedade de pessoas, investidas de competências, (co-)titulares do direito domiciliar {Hausrecht], mas não no caso de uma mera detenção em nome e cumprimento de ordens ou instruções de outrem [44].

Não devemos ceder à ilusão de que por isso o mandado de busca contra o banco enquanto uma terceira pessoa "distinta" seria examinado sob o crivo das exigências mais rigorosas de STPO § 103 [45]. *Ranft* compreende a sentença da Corte Constitucional Federal de 23.3.1994 [46] no sentido de que a suspeita recaiu sobre a organização do banco afetado enquanto totalidade, portanto "no caso eventual sobre a liderança da empresa". Com efeito, as passagens da sentença citada por *Ranft* podem ser lidas como se a Corte Constitucional Federal identificaria a presidência do banco como suspeita ou como se ela, de qualquer modo, concordaria com que os tribunais especializados partissem de um tal diagnóstico. Em nº II 2.a (2) das razões [47] lemos conforme segue: "Com vistas a isso não cabia criticar, do ponto de vista do direito constitucional, a existência de uma suspei-

41. Isso vale e.g. também para as exigências quanto à suspeita de encontrar documentos comprometedores, consideravelmente menores no caso do suspeito: cf. *Ranft*, WiB 1996, 49 (53) (Seção IV, letra b).
42. *Krekeler/Schütz*, wistra 1995, 296 (297), com documentação adicional.
43. *Krekeler/Schütz*, wistra 1995, 296 (297), com documentação adicional.
44. *Krekeler/Schütz*, wistra 1995, 296 (297), com documentação adicional, bem como *Rüping*, DStJG 6 (1983), 270.
45. Isso é criticado também por *Papier/Dengler*, BB 1996, 2593 (2599).
46. BVerfGE, wistra 1994, 221 = StV 1994, 353.
47. wistra 1994, 221 (222) = StV 1994, 353 (354), respectivamente no centro da coluna direita.

ta inicial de que se abusava sistematicamente e em grande estilo da organização da requerente e da sua sucursal luxemburguesa estava sendo abusada sistematicamente para a prestação de ajuda na sonegação do imposto de renda e do imposto sobre o patrimônio". E em nº II.2.b das razões [48] se afirma: "Os órgãos executores da sindicância não estavam proibidos de partir da hipótese de que toda a estrutura da requerente está inserida no prática do delito".

Quem deve ter abusado aqui sistematicamente da organização de um banco, quem deve ter inserido toda a sua estrutura na prática do delito? A presidência, os clientes ou determinados funcionários, talvez desencaminhados [49]? Contra a compreensão de *Ranft* de que a suspeita se estenderia à liderança da empresa, deve-se lembrar que conforme a sentença da Corte Constitucional Federal de 23.3.1994 "somente foi mencionada nominalmente a (funcionária) acusada" como autora e participante dos delitos tributários perseguidos, em combinação com a menção de que os clientes ainda desconhecidos não foram apenas apoiados por essa "acusada", mas também por todo um grupo de outros "funcionários" por ora ainda desconhecidos [50].

Se portanto os suspeitos foram apenas a funcionária acusada bem como ainda outros funcionários por ora ainda desconhecidos do banco e provavelmente também os ainda desconhecidos clientes do banco, a presidência não foi declarada suspeita. Por conseguinte, não poderia ter sido permitida a busca nos dependências do banco conforme STPO § 102. O direito domiciliar do banco, exercido pela presidência, poderia portanto ter sido violado. *Ranft* poderia ter se posicionado a respeito disso; um relato acrítico que produz o efeito de uma concordância não é suficiente.

Quanto à suspeita ou aos suspeitos de terem praticado o delito ou de terem participado dele, "junto aos quais" a busca é admissível sob os pressupostos do STPO § 102, *Ranft* exige, com vistas ao alcance da intervenção no direito fundamental, com boas razões que eles já devem ter o *status* de acusados. Deve-se concordar com isso. Concretamente esse parece ter sido o caso da funcionária afetada. Ela é chamada várias vezes de "acusada" pela Corte Constitucional Federal na sua sentença de 23.3.1994 [51]. Mas como pode então ser correto que a busca não tenha sido efetuada "junto a" essa acusada, i. é, no seu domicílio e em outras dependências de sua posse, mas sem restrições nas dependências comerciais do banco, onde ela era, conforme o seu cargo na hierarquia, apenas detentora em nome ou cumprimento de ordens ou instruções de outrem [Besitzdienerin]?

Ocorre que Ranft ressalta, no caso das "medidas processuais penais contra" o banco afetado, que a Corte Constitucional Federal teria "registrado com muita precisão" a existência dos fundamentos da intervenção [scil. no direito fundamental. O tradutor]. A título de fundamentos da intervenção ele reproduz as declarações de um funcionário do banco em uma ação cível concluída e a alegação da funcionária acusada, independente da referida ação. Não fica claro o que *Ranft* quer dizer com o termo "fundamentos da intervenção". Caso ele se refira aqui às "circunstâncias unívocas do delito" [52] por ele mencionadas, incorre em erro, pois não se pode extrair nada das duas decisões da Corte Constitucional Federal de 23.3.1994 e 13.12.1994 [53] que pudesse explicar a sua tese. Na decisão de 23.3.1994 [54] a corte afirma tão-somente que a funcionária afetada "declarou que o rascunho lhe serviria como recurso mnemotécnico, pois ela seria freqüentemente perguntada, quando os clientes tivessem esquecido o número da sua conta bancária". Isso torna improcedente a constatação de *Ranft* de que existiria "uma alegação suficientemente informativa [aussagekräftig] de uma funcionária acusada que teria mantido um 'rascunho'". Tudo indica que a funcionária organizou o rascunho *motu proprio*, utilizando-o com exclusividade, de modo que o referido documento não foi nenhum documento do próprio banco.

Além disso o banco alegou, conforme a decisão da Corte Constitucional Federal de 23.3.1994, "que seria um caminho absolutamente usual efetuar pagamentos a partir de uma conta bancária de dinheiro não-declarado [Schwarzgeld] no Luxemburgo, mediante cheques ao portador". Tal afirmação da corte não contém nenhuma "declaração de um funcionário do banco". Muito pelo contrário, a explanação reproduzida provém de uma ação cível, tendo sido completamente separada do seu contexto pela Corte Constitucional Federal. Mas *Ranft* não pôde reconhecer essa faceta dos fatos. Deve-se negar univocamente a pergunta se é legalmente defensável o procedimento jurídico de combinar em uma suspeita inicial uma ação individual de cumplicidade e uma explanação de tempos passados, inteiramente irrelevante para as sindicâncias tributário-penais, para depois investigar um banco com os métodos da busca sistemática. Isso é documentado mais especificamente pela decisão da Corte Constitucional Federal de 13.12.1994 [55]. Aqui a corte só pôde contestar a explicação do banco de que as declarações do funcionário na ação cível teriam sido compreendidas de forma equivocada e afirmariam tão-somente que a forma da transferência de dinheiro do Luxemburgo para a Alemanha por meio de cheques ao portador seria um procedimento usual de pagamento, afirmando que tal interpretação não seria cogente e por isso não se prestaria a impedir o efeito reforçador da suspeita, causado pela declaração.

48. wistra 1994, 221 (222) = StV 1994, 353 (354), respecticamente na parte inferior da coluna direita.

49. Contra uma tal "suspeita contra a empresa" e em favor da necessidade da imputabilidade individual pronunciam-se também *Papier/Dengler*, BB 1996, 2593 (2600).

50. wistra 1994, 221 (222) = StV 1994, 353 (354), respectivamente no centro da coluna direita.

51. wistra 1994, 221.

52. WiB 1996, 49 (51) (Seção III, nº 3 a).

53. wistra 1994, 221 = StV 1994, 353, bem como wistra 1995, 139.

54. wistra 1994, 221 = StV 1994, 353.

55. wistra 1995, 139 (140), no centro da coluna direita.

* Segundo informação fornecida pelo autor, o equivalente inglês de *conto pro diverse* é *account to whom and to what it may concern*. [N. do T.]

3. Suspeita de cumplicidade na sonegação de impostos

Para a realização de buscas no banco o tribunal de primeira instância de Düsseldorf fundamentou a suspeita de cumplicidade na sonegação de impostos no fato de que "em infração consciente das normas do Código Tributário Nacional (AO § 154) as movimentações financeiras eram efetuadas através de contas do banco, a saber através de contas de caixa e contas do tipo *conto pro diverse* [a], ao invés de através de contas de clientes", e isso "de modo acobertador" [56]. A decisão extremamente sucinta do recurso, proferida pelo tribunal regional de Düsseldorf, que já declarara anteriormente ilícito o processamento de negócios de titulares conhecidos de contas por meio de contas do tipo *conto pro diverse* [57], endossou essa opinião: "Esse *modus operandi* usual, freqüentemente aplicado, [...] infringe AO § 154." O que foi novo na decisão sobre o recurso foi a menção de que a transferência de dinheiro tinha sido efetuada "em contas numeradas [...] no Luxemburgo" [58]. Na sua decisão de 23.3.1994 [59] a Corte Constitucional Federal explica que "dinheiro de clientes" teria passado "por contas do tipo *conto pro diverse*", "mediante infração da prescrição de AO § 154". Nessa base também Ranft reconhece uma infração inequívoca "do sentido e do teor literal de AO § 154, que conduz forçosamente à suspeita de cumplicidade na sonegação de impostos".

Os tribunais envolvidos e *Ranft* não puderam esclarecer a contento os fatos e acolheram constatações supostamente pertinentes sem efetuar um exame próprio suficientemente crítico [60]. *Hamacher* [61] mostrou com muitos detalhes e grande conhecimento de causa que não foram utilizadas nem as contas internas do banco nem as contas do tipo *conto pro diverse* localizadas entre as contas puramente internas do banco e as contas referidas ao cliente, mas uma conta da sociedade luxemburguesa afiliada junto à matriz alemã, conseqüentemente, uma conta bancária típica para operações de correspondência entre bancos nacionais e estrageiros. Contrariamente à decisão sobre o recurso, tomada pelo tribunal regional de Düsseldorf e também nesse sentido citada positivamente por *Ranft*, essa conta não é nenhuma conta numerada que, como se sabe, seria inadmissível na Alemanha, justamente com base em AO § 154 II, mas também no Luxemburgo, com base na prescrição precedente de RAO § 163, ainda vigente nesse país [62]. Mas também não existe nenhuma infração de AO § 14 I e III, pois de acordo com o teor literal e a jurisprudência permanente da Corte Constitucional Federal [63] se trata aqui apenas das relações entre o titular da conta (sociedade luxemburguesa afiliada) e o banco alemão (sociedade matriz alemã), ao passo que as pessoas dos depositantes ou dos destinatários dos pagamentos somente entraram "no campo visual do interesse do legislador" com o § 2 da Lei sobre a Lavagem de Dinheiro [64].

Ranft duvidou, ao que tudo indica, se a alegada infração de AO § 154 possa ser sustentada. De qualquer modo, ele recorre - imediatamente após a sua afirmação de uma infração inequívoca do teor literal e do sentido de AO § 154, que conduziria forçosamente à suspeita de cumplicidade na sonegação de impostos - a uma fundamentação auxiliar: "Abstraindo disso, a infração de AO § 154 não constitui uma ação de cumplicidade de um funcionário do banco". O que ele cita depois como outro tipo de ação de cumplicidade, o "apoio psíquico" ou a "formulação de um conselho", não tem maior força. Desprovida de objeto é a acusação de conivência baseada em anotações não-oficiais "sobre a correlação entre contas numeradas e os seus titulares"; pois não havia aqui contas numeradas, conforme foi exposto. Contas com proteção do nome são, no entanto, legalmente admissíveis.

A Corte Constitucional parece ter percebido que a alegada infração de AO § 154 é insustentável. De qualquer modo, ela não é mais mencionada na decisão da corte de 13.12.1994, que menciona, muito pelo contrário, um "sistema [...] dimensionado para a transferência anônima de dinheiro" [65]. *Ranft* fala nesse contexto de um lançamento provisório inteiramente inusual, "que só podia significar dissimulação". As testemunhas sob juramento, citadas por ele com vistas à confirmação dos detalhes [66], opinam que "quanto à direção da operação" não se tratou de depósitos na conta da sociedade luxemburguesa afiliada junto ao banco nacional, mas de depósitos de clientes do banco em contas próprias junto à sociedade luxemburguesa afiliada. A acusação conexa de uma elusão de AO § 154 por um "sistema de dissimulação" foi refutada convincentemente por *Hamacher*, pois não existe nenhum imperativo genérico de que operações comerciais somente podem ser efetuadas mediante menção do nome. "Por muitas e boas razões o cidadão não está obrigado a deixar atrás de si rastros de dados, como que em obediência antecipatória [in vorauseilendem Gehorsam] à norma legal *****. Muito pelo contrário, compete ao legislador dispor no caso de exceção que o cidadão deve, não obstante, proceder as-

56. AG 1994, 119.
57. wistra 1985, 201.
58. AG 1994, 124.
59. wistra 1994, 222 = StV 1994, 354, respectivamente na parte superior da coluna direita.
60. Cf. para tal *Leisner*, BB 1994, 1941 (1943).
61. DB 1995, 2284.
62. *Hamacher*, DB 1995, 2285.
63. WM 1994, 2270 = DB 1995, 423.
64. *Hamacher*, DB 1995, 2286.
65. wistra 1995, 139 (140).
66. *Carl/Klos*, wistra 1994, 211 (213).

***** A expressão 'vorauseilender Gehorsam', literalmente 'obediência por antecipação', tem sido utilizada nas últimas décadas por sociólogos, cientistas políticos e jornalistas para descrever um padrão comportamental tradicionalmente difundido na sociedade alemã e ligado à peculiar relação entre os alemães e o Estado, marcada mais pela obediência do que pela cidadania crítica e participativa. Podemos descrever esse padrão nos seguintes termos: o indivíduo age como se estivesse obedecendo a uma norma legal (lei, decreto, portaria administrativa), antes dela ter sido proposta, discutida ou promulgada. [N. do T.]

sim." Tal imperativo legal inexiste no caso em pauta. AO § 154 não vale para operações de depósitos bem como de pagamentos em espécie e o § 2 da Lei sobre a Lavagem de Dinheiro somente abrange parcialmente tais operações [67]. Nesse sentido a instituição bancária pode defender-se: o banco e os seus funcionários não disponibilizaram um serviço bancário usual que infringisse as leis, por ocasião da organização dos pagamentos entre o Luxemburgo e a Alemanha. A interposição de uma conta de correspondência é absolutamente necessária por razões contábeis, pois a técnica bancária não permitiria efetuar pagamentos transfronteiriços sem contas dessa natureza. Na organização e no processamento de movimentações de dinheiro e eventuais movimentações patrimoniais de outra natureza entre a sociedade matriz alemã e a sociedade afiliada no Luxemburgo questões tributárias ou de direito penal tributário não foram consideradas. O "ocultamento" da identidade de clientes individuais dos bancos não foi o objetivo da organização dos pagamentos. Muito pelo contrário, essa organização orientou-se segundo critérios de otimização gerencial e correspondeu a todas as regulamentações do direito econômico internacional, da legislação regulamentadora das instituições bancárias, da legislação sobre a lavagem de dinheiro e do Código Tributário Nacional. À medida que a identidade do cliente individual do banco não pode ser constatada a partir de lançamentos individuais, o cliente faz uso da liberdade constitucionalmente assegurada do direito à autodeterminação informacional [68]; sem fundamento legal, o banco e seus funcionários não estão autorizados nem obrigados a restringir *ad libitum* ou para satisfazer os órgãos tributários o desejável anonimato do cliente.

As explanações de *Hamacher* sobre o "sistema de dissimulação" teriam merecido uma consideração crítica por parte de *Ranft*. Nesse caso ele teria se ocupado mais circunstanciadamente com as idéias desenvolvidas com relação ao direito penal material acerca do que é profissionalmente típico, i. é, social ou profissionalmente adequado e nesse sentido não passível de punição na atividade de um funcionário de banco [69].

Embora *Ranft* se mostre tão convicto na suspeita da cumplicidade na sonegação de impostos, ele ainda reflete sobre a "materialização [Verdichtung] de uma suspeita concreta de prática de delito que fundamenta um mandado de busca", reportando-se ao comportamento publicitário "dos bancos". Com isso ele retoma uma idéia de *Streck* [70]. Mesmo se considerarmos que a publicidade freqüentemente exagera, parece ser possível afirmar que a publicidade de uma empresa se presta a dar certos

67. *Hamacher*, DB 1995, 2286; nesse sentido também *Otto*, StV 1994, 409 (410 nº 4 a).

68. *Papier/Dengler*, BB 1996, 2541 (2545).

69. Cf. as notas de rodapé 4 a 7, *supra*; *Ranft* cita apenas a observação à sentença, feita pelo seu colega bávaro *Otto*, StV 1994, 409, que reproduz no nº 2 a bibliografia especializada publicada até esse momento.

70. DStR 1993, 342 (346); cf. nota de rodapé 12, *supra*.

* O equivalente inglês desse termo é, segundo informação do autor, *withholding tax on interest*. [N.d.T.]

esclarecimentos acerca dos seus atos empresariais efetivos e dos seus objetivos. Mas tal inferência se torna problemática se o comportamento publicitário de todo um ramo da economia, e.g. "dos bancos", deve materializar a suspeita de prática de delito contra um membro desse ramo ou contra os seus funcionários. Assim procede quem cita concretamente a publicidade (escandalosa) de um determinado banco e se satisfaz com relação à outras instituições creditícias com uma menção genérica de que elas se teriam exposto, apesar da publicidade discreta, à suspeita de "dificultar a implementação dos direitos de tributação" com ajuda de "vias não usuais de remessa e pagamentos".

Não importa como a natureza e as modalidades da publicidade diante dos clientes possam ter motivado reações de desvio, a *Deutsche Bundesbank* se preocupa com os maciços fluxos de recursos financeiros para o exterior, aos quais corresponde o decepcionante volume bruto do *steuerlicher Zinsabschlag* [b] [71]. Por razões relacionadas à política do mercado de capitais, a *Deutsche Bundesbank* pleiteou expressamente que o pagamento de juros e o resgate de títulos ao portador no exterior por ocasião de prestações financeiras de devedores ou emitentes alemães fossem eximidos do imposto sobre o *Zinsabschlag* [72]. Muitos argumentos favorecem a tese de que os custos de refinanciamento da federação através das obrigações federais teriam aumentado com uma tributação na fonte. Mas o *steuerlicher Zinsabschlag* produz custos de refinanciamento contabilmente menores, se o Estado enquanto tomador de crédito ou emitente de obrigações avalia, em seu benefício na estimativa do seu montante de financiamento, que credores de juros se apropriariam dos rendimentos à margem da tributação, não querendo assim compensar o ônus fiscal com a definição do índice de juros. Essa especulação intencional do Estado tomador de créditos contradiz a tentativa do Estado enquanto credor de tributos de forçar o *Zinsabschlag* por meio de medidas de repressão a fraudes fiscais, pois conforme a Corte Constitucional Federal [73] a igualdade de tributação deveria ser assegurada também na implementação da cobrança dos impostos.

4. Identificação de clientes bancários como possíveis autores principais do delito

Ranft reconhece corretamente como um "problema adicional da busca em bancos" que por um lado os supostos cúmplices podem ser mais ou menos identificados nas pessoas dos funcionários dos bancos,

71. Deutsche Bundesbank, Relatório Mensal de janeiro de 1994, p. 45 (49).

72. V. BT-Dr 12/2736, manifestação do representante da *Deutsche Bundesbank* em 6.5.1992, reproduzido na p. 33 em cima, à direita, *loc. cit.*: "[...] Ela [scil. a introdução de um procedimento de informação referente a rendimentos de capitais em benefício da administração fazendária] poderia provocar uma pronunciada fuga de capitais que conduziria a uma nítida elevação do índice de juros, resultando em ônus adicionais para o setor público e o setor privado bem como para a economia em geral. Tal medida poderia dificultar o financiamento dos custos da unificação alemã. Em concordância com o pronunciamento do representante da *Deutsche Bundesbank* na audiência realizada em 6.5.1992 as bancadas da coalizão governamental advertem contra o perigo de testar a tese de que capitais emigrados para o exterior estariam em última instância disponíveis para o mercado interno de capitais pela via do refinanciamento.As bancadas são de opinião de que um procedimento de informação para fins de controle baseado no perigo da saída de capitais, apontado pela *Deutsche Bundesbank*, envolveria um elevado risco financeiro."

73. BVerfGE 84, 239.

mas que, por outro lado, os clientes enquanto "autores principais do delito via de regra somente podem ser identificados com base na realização de buscas".

Se, portanto, as sindicâncias se dirigem apenas aparentemente contra o banco, "procurando-se em verdade os indícios que podem fundamentar a suspeita da prática de delito contra clientes ainda não identificados do banco", tal busca é inadmissível também na opinião de *Ranft*, pois ela somente poderia ser fundamentada em StPO § 103 e, sobretudo, por faltar a suspeita inicial necessária para uma tal "busca sistemática". Mas é precisamente essa a situação do caso em pauta; não se pode imaginar um caso claro de sindicância [74].

Ranft, no entanto, não quer aplicar os princípios por ele mesmo estabelecidos nos casos "nos quais se deve partir da suposição de uma cumplicidade sistemática, organizada na sonegação de impostos". Segundo *Ranft*, essa suspeita parece ter sido pertinente no caso inicial [Ausgangsfall], pois ele concorda com a decisão da Corte Constitucional Federal de 13.12.1994, ainda que somente "quanto ao resultado".

As explanações de *Ranft* sobre a proporcionalidade estão dimensionadas segundo o mesmo padrão. A proporcionalidade deveria ser observada "sob muitos aspectos", justamente no direito regulamentador de buscas e apreensões; a intervenção em direito fundamental não deveria ser efetuada se a suspeita de delito se fundamentasse em indícios de menor força de convicção. Por outro lado, "a ajuda sistemática na sonegação de impostos, se ela com efeito existe como a Corte Constitucional Federal a considera possível segundo os indícios existentes [...]" teria "traços claros de criminalidade organizada, que no caso do comportamento de igual direcionamento de vários grandes bancos" poderia resultar em danos no valor de dezenas de bilhões de marcos; esse argumento deveria desempenhar na ponderação dos prós e dos contras um papel [e *Ranft* provavelmente quer dizer aqui: o papel decisivo].

Ranft se refere também ao que "também a Corte Constitucional Federal" considera possível. Mas ele ultrapassa posteriormente a reserva que a prudência recomenda nesse caso, ao conferir a etiqueta "traços claros de criminalidade organizada" aos fatos em pauta. Com isso ele ataca injustificadamente os bancos afetados. Um traço distintivo da criminalidade organizada é o seu *modus operandi* transfronteiriço (*transnational crime*), o fato dela atuar, similarmente às organizações terroristas, na forma de sociedades criminosas, colocando em risco a segurança do Estado bem como minando, em última instância, a estrutura de nações inteiras. Exemplos disso são o tráfico de armamento bélico (inclusive de matérias físseis), o tráfico de drogas, a lavagem de dinheiro, o tráfico de pessoas, a prostituição e a cobrança chantagista de 'contribuições de proteção' [75].

Na seqüência de um tal ataque não deixa de causar estranheza se *Ranft* afirma,

74. Cf. a argumentação pormenorizada de *Leisner*, BB 1994, 1941 (1944, 1945 s.), bem como BB 1995, 525 (527 s.).

75. *Natorp*, no diário *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 4.12.1996, p. 16.

na discussão subseqüente de uma concordância com o exame dos registros bancários, obtida sem pressão, que a motivação, de evitar danos maiores, e.g. tocantes à "boa reputação", ainda não indicia nenhuma situação de pressão.

Depois de formular a acusação da criminalidade organizada, *Ranft* passa a dedicar a sua atenção aos detalhes da busca e apreensão [76], que praticamente não têm mais nenhuma relação com o caso inicial e não podem mais ser comentadas extensamente por já terem sido usadas nas explanações *supra*.

V. Resumo

Ex positis deve-se registrar o que segue:

1. Na sociedade contemporânea os bancos não são mais instituições intocáveis; especialmente em conexão com a acusação da sonegação de impostos pelos seus clientes, eles não gozam mais, junto aos órgãos encarregados da persecução penal, junto aos tribunais e também na bibliografia especializada juspenalista bem como processualpenalista, de nenhum crédito que ultrapasse o que está assegurado a qualquer outra pessoa ou instituição.

2. Em última instância, artigos especializados em Direito Processual Penal como o de *Ranft* não tocam o cerne do problema, pois na busca e apreensão efetuados em dependências de bancos as medidas persecutórias penais contra indivíduos só interessam do ponto de vista formal, consistindo seu objetivo verdadeiro no impedimento de pagamentos anônimos transfronteiriços e na conseqüente redução dos patentes déficits operacionais da tributação vigente dos juros [77]. Sempre que se fala do abuso das organizações bancárias para fins de sonegação de impostos, deve-se contrapor a esse argumento o abuso do instrumento juspenalista para fins de política financeira.

3. Tocante a detalhes, a argumentação de *Ranft* se mantém, conforme se deve reconhecer, nos limites do Estado de Direito. Isso vale para o seu posicionamento contra a assim chamada busca sistemática [Rasterfahndung] ou para o seu postulado de que o suspeito, junto ao qual se deve efetuar a busca, já deve ter *status* legal de acusado. Mas essa virtude deixa de funcionar em nível elementar quando a proteção coerente dos bancos pelo Art. 13º da Lei Fundamental está em pauta. Embora somente uma funcionária de grau hierárquico muito inferior seja conhecida como acusada, *Ranft* confere o *status* de acusado ao próprio banco, culminando na acusação da criminalidade organizada.

4. Procedendo assim, ele aceita com excessiva rapidez fatos imprecisamente levantados e erroneamente compreendidos - assim como os tribunais especializados aceitam fatos imprecisamente levantados e erroneamente compreendidos da promotoria pública e como a Corte Constitucional Federal aceita fatos imprecisamente levantados e erroneamente compreendidos

76. WiB 1996, 49 (52-58) (Seções IV-XI).

77. Cf. *Papier/Dengler*, BB 1996, 2593 (2596).

dos tribunais especializados. *Ranft* teria melhor compreendido a sua tarefa, tivesse ele refletido sobre como se pode restituir à reserva do juiz a função de uma proteção jurídica preventiva, diante de uma práxis deteriorada nas operações de busca e apreensão [78].

5. Somente com essa reflexão seria possível garantir uma das áreas mais sensíveis dos direitos fundamentais da pessoa, a saber a liberdade de buscas injustificadas, e impedir a transgressão da fronteira entre o Estado de Direito e o estado policial [79].

78. Cf. para tal também *Papier/Dengler*, BB 1996, 2541 (2548).

79. *Leisner*, BB 1994, 1941 (1942, 1946).

Integração Jurídica na Europa

Harriet Christiane Litscher

Professora Visitante DAAD/CAPES na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Doutora em Direito pela Universidade de Hamburgo, Alemanha.

Agradeço à minha cara colega Professora Doutora Cláudia Lima Marques que sugeriu e facilitou a produção e publicação deste artigo (que apresentei – de forma muito abreviada – como palestra durante o "VI Encuentro de Especialistas en el Mercosur", Rosário, Argentina, 27 e 28 de agosto de 1998) e providenciou material valioso durante viagem ao exterior, ao meu colega, Professor Doutor Luís Afonso Heck, por uma discussão estimulante, ao assistente universitário Cristian Schindler, Heidelberg, que forneceu fontes aqui dificilmente acessíveis e ao bolsista Anderson de Lima Kovalsky, sem cuja ajuda, tanto no âmbito técnico como no âmbito lingüístico, este artigo nunca teria sido escrito. Partes deste trabalho já foram publicadas sob o título "Probleme eines Wandels des innerstaatlichen Rechts zu einem europäischen Rechtssystem nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs", in: RabelsZ 60 (1996) pp. 648-660 pela própria autora.

SUMÁRIO

I. Introdução.
II. Aspectos gerais.
1. *O Tribunal das Comunidades Européias na Estrutura da Comunidade Européia.*
   a. *No texto do Tratado da Comunidade Européia.*
   b. *Na realidade.*
   c. *Os métodos interpretativos do Tribunal CE.*
2. *Direito Europeu como Sistema Jurídico e as suas Fontes Principais.*
   a. *Particularidades do Direito Europeu.*
   b. *Fontes principais de Direito Europeu.*
   c. *A diretiva: uma norma com caráter específico.*
3. *Direito Europeu e Direito Nacional.*
   a. *Princípio da subsidiaridade.*
   b. *Primazia.*
   c. *Vigência e aplicação.*

III. A Diretiva como Instrumento Especial da Integração Jurídica.
1. *Nota Preliminar.*
2. *Aplicação da Diretiva Não-transformada como Sanção.*
   a. *Necessidade de uma sanção.*
   b. *Sanção do efeito direto.*
   c. *Quebra da idéia da sanção – Art. 5 Tratado CE.*
3. *Indenização por Falta de Transformação.*
4. *Diretiva e Interpretação.*
   a. *Nota preliminar.*
   b. *Interpretação e aplicação.*
   c. *Interpretação e solução de conflito de normas.*
   d. *Abalo de direito interno.*
   e. *O problema dos métodos.*

IV. Conclusões e uma Sugestão.

I. Introdução

A o Tribunal da Justiça das Comunidades Européias (Tribunal CE) se atribui cada vez mais, nos últimos anos, o papel do promotor da integração européia através do desenvolvimento do direito[1].

Talvez o instrumento mais impressionante que o Tribunal CE utiliza nesse processo é a interpretação e aplicação das diretivas, especialmente das diretivas que harmonizam o direito privado[2]. Como norma, a diretiva tem caráter especial, como se verá a seguir.

II. Aspectos gerais

1. O Tribunal das Comunidades Européias na estrutura da Comunidade Européia

a. No texto do Tratado da Comunidade Européia

Conforme o art. 4 do Tratado da Comunidade Européia (Tratado CE), o Tribunal das Comunidades Européias (Tribunal CE) é um dos cinco órgãos das Comunidades Européias (CE). O art. 164 do Tratado CE estabelece que o Tribunal interpreta e aplica o Tratado cuidando do direito [3] neste processo.

Há um processo especial, o processo prejudicial, onde os tribunais nacionais podem ou têm que – dependendo da instância – interromper um processo pendente e submeter uma questão prejudicial de Direito Europeu no que depende à decisão do tribunal nacional ao Tribunal CE. Neste processo prejudicial regulado pelo art. 177 Tratado CE, o Tribunal só *interpreta* o Tratado e, em conformidade com isso, a aplicação ficará a cargo dos tribunais dos Estados-membros[4].

b. Na realidade

Em comparação com o Conselho e a Comissão, que são órgãos basicamente políticos, o Tribunal CE é mais capaz de agir ativamente e com continuidade na realização efetiva do Tratado CE. Especialmente em tempos de estagnação política no processo da integração [5] o Tribunal CE tornou-se a força principal deste processo.

Nesse caminho, o Tribunal necessariamente desenvolveu métodos próprios de interpretação e aplicação das normas[6], que nem sempre encontraram aprovação indivisa[7].

1. Ver por todos *Bengt Beutler/ Roland Bieber/ Jörn Pipkorn/ Jochen Streil*, Die Europäische Union Rechtsordnung und Politik (4ª ed., Nomos, Baden-Baden 1993) p. 236 ss.
2. Comparar *Marek Schmidt*, Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden, RabelsZ 59 (1995) pp. 569-597.
3. Para o entendimento do conceito "direito" neste trabalho ver o artigo de *Marek Schmidt*, Die vorpositive Bedeutung des Begriffs Recht in Art. 164 EGV, 136 EAGV und 31 EGKSV, RabelsZ 60 (1996) pp. 616-647.
4. Para o efeito gerador do direito dos acórdãos do Tribunal CE ver *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, (nota 1), pp. 259 ss.
5. *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, (nota 1), p. 236 ss.
6. Ver por todos *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, (nota 1), p. 239; *Marek Schmidt*, (nota 2).
7. *Hans-Werner Rengeling/ Andreas Middeke/ Martin Gellermann*, Rechtsschutz in der Europäischen Union (Schriftenreihe NJW 56, C. H. Beck, München 1994), p. 501; *Martin Pagenkopf*, Zum Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf nationales Wirtschaftsverwaltungsrecht – Versuch einer praktischen Einführung, NVwZ 1993, pp. 216-225, p. 220.; *Stefan Ulrich Pieper*, Die Direktwirkung von Richlinien in der Europäschen Gemeinschaft, DVBl. 1990, pp. 684-688, p. 688; *Holger Stadie*, Unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien und Bestandskraft von Verwaltungsakten NVwZ, 1994, pp. 435-440, p. 440.

c. Os métodos interpretativos do Tribunal CE

Na hermenêutica do Tribunal prevalece o método teleológico da interpretação. O *telos* desta interpretação é o *effet util*, isto é, efeito útil do Direito Europeu no território da Comunidade Européia[8]. Em contraste com os cânones da interpretação nos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados-membros, a interpretação literal tem importância mínima, pois todas as versões do Tratado CE nas diferentes línguas européias são texto autêntico e autoritativo. Este fato em si já torna difícil a utilização deste método, que é dificultado ainda mais pelas contradições entre as diferentes versões[9].

2. Direito Europeu como sistema jurídico e as suas fontes principais

a. Particularidades do Direito Europeu

O direito da Comunidade (e União) Européia tem algumas particularidades. É uma ordem jurídica criada por um Tratado Internacional, uma ordem específica que se distingue tanto do direito internacional público como do sistema tradicional do direito nacional[10]. É preciso destacar a dinâmica inerente dessa ordem jurídica européia que se originou e se baseia na finalidade da integração política e está, também, mantida por esta finalidade[11].

Além disso, é particular da ordem jurídica européia uma separação insuficiente de poderes nos processos legislativos[12] e uma certa falta de transparência na publicidade das normas[13].

b. Fontes principais de Direito Europeu

Distingue-se, principalmente, entre fontes primárias e secundárias de Direito Europeu. As fontes primárias são os tratados[14] e os seus protocolos[15].

Como fontes primárias de Direito Europeu existem, além disso, os princípios jurídicos gerais[16], comuns aos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros. Os princípios comuns têm base no art. 215 II do Tratado CE, a serem aplicados nos casos de responsabilidade extracontratual da Comu-

8. *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, (nota 1), pp. 247 s.
9. *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, (nota 1), pp. 245 s.
10. TCE: 15/07/1964, Rs. 6/64 (Costa./.ENEL) Slg. 1964, 1251 (1269); *Rengeling/Middeke/Gellermann*, (nota 7), pp. 476 ss.
11. *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, (nota 1), pp. 236; ver também *Pagenkopf*, (nota 7), p.219.
12. *Stefan Ulrich Pieper*, Der Maastrichter Vertrag, em: *Carl Otto Lenz/ Rolf Birk/ Stefan Ulrich Pieper*, EG-Handbuch. Recht im Binnenmarkt (2ª ed., Verlag Neue Wirtschaftsbriefe, Berlin 1994), pp. 907-943, 931□ss., *Pieper*, (nota 7), p. 688; *Stadie*, (nota 7), pp. 437 ss.
13. *Pagenkopf*, (nota 7), pp. 222, 224.
14. Sobre: Comunidade Européia de Carvão e Aço de 18 de abril de 1951, Comunidade Econômica Européia e Comunidade Européia de Energia Nuclear de 25 de março de 1957, União Européia de 7 de fevereiro de 1992 - Maastricht, que entrou em vigor em 1º de novembro de 1993 *apud Thomas Läufer* (ed.), Europäische Union – Europäische Gemeinschaft. Die Vertragstexte von Maastricht (5ª ed., Europa Union Verlag, Bonn 1996).
15. *Frank Emmert*, Europarecht (C. H. Beck, München, 1996), p. 123.
16. Considerados como fonte primária não escrita, comparar *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil* (nota 1), pp. 188 s.

nidade e dos seus órgãos e funcionários. O Tribunal CE, entretanto, ampliou o âmbito de aplicação destes princípios[17].

Das fontes secundárias, são as mais importantes o regulamento e a diretiva, que têm base no art. 189 do Tratado CE. Por fim, note-se que a jurisprudência do Tribunal CE exerce, como fonte de direito especial uma importância muito maior do que a jurisprudência dos tribunais nacionais nas ordens jurídicas nacionais[18].

c. A diretiva: uma norma com caráter específico

A diretiva do Direito Europeu não só é medida freqüentemente utilizada[19] para a harmonização dos sistemas dos Estados-membros, mas também é um instrumento legislativo específico[20].

Por um lado, conforme a letra do art. 189 III Tratado CE, a diretiva dirige-se somente aos Estados-membros e carece de uma transformação para a ordem jurídica interna para vigorar no território nacional. Por outro lado, também, de acordo com a letra do art. 189 III do Tratado CE, a diretiva obriga o Estado somente com o fim da diretiva, deixando a escolha de medidas para atingir aquele fim aos Estados-membros[21]. Assim, a diretiva, como norma, tem caráter especial. Primeiro, a diretiva é o primeiro passo de um processo legislativo bipartido, e o segundo passo deste processo é o ato legislativo[22] do Estado-membro transformando-a dentro do prazo estabelecido nela para o ordenamento jurídico interno[23]. Segundo, a diretiva, por ser (como um passo só de um processo bipartido) incompleta, mostra-se mais flexível frente à interpretação do que uma norma jurídica – completa - de um sistema nacional:

Um fim fica no futuro[24] e aí o estado desejado apresenta um elemento de incerteza. Contanto que se trate de fim social (e não de fim físico), torna-se impossível descrever, exatamente, numa maneira indubitável, o estado que deve reinar no momento em que se atinge esse fim[25].

Somente o Tribunal CE determina se foi alcançado o fim da diretiva. O Tribunal, como única instância, é que pode e deve decidir com força obrigatória se a diretiva foi transformada devidamente ou não.

- Em qualquer outro momento, por qualquer outro observador, a realização do fim fica incerta e aí a interpretação do fim fica dinâmica. Aparentemente, o caminho para chegar naquele fim inclui-se na discrição do Estado-membro. Na verdade, o Tribunal interpretador determina tanto o caminho como o fim[26], pois poderia estabelecer, caso a caso, que o caminho escolhido pelo Estado-membro não tem como chegar ao fim. A liberdade do Tribunal, no campo da interpretação mostra-se com nitidez exemplar nos casos em que o fim não está formulado claramente[27]. Esta liberdade de interpretação especial do Tribunal no caso das diretivas, possibilitou a uma atividade inovadora do Tribunal que intervem, fortemente, nos sistemas jurídicos nacionais.

3. Direito Europeu e direito nacional

a. Princípio da subsidiaridade

O Tratado de Maastricht fundou a União como estrutura, abrangendo a Comunidade Européia, a moeda única e uma cooperação, prevalentemente ainda intergovernamental, entre os Estados-membros nas áreas da política externa e interna. Como vários Estados-membros mostraram receio de assinar um Tratado que ampliou tanto as competências dos órgãos de uma entidade européia cada vez mais centralizada, incorporou-se nas negociações, expressamente, o princípio de subsidiaridade (art. 3b) no Tratado CE para contrabalançar os poderes crescentes da Comunidade[28].

Este princípio, só se aplica nas áreas em que a Comunidade ainda não tem competência exclusiva[29]. Ele só concede competência à Comunidade nas demais matérias, se o fim da medida pretendida não pode ser alcançado, suficientemente, no plano dos Estados-membros e se – cumulativamente – a Comunidade pode alcançar este fim de uma maneira melhor[30].

17. *Emmert*, (nota 15), p. 133.
18. *Emmert*, (nota 15), p. 134.
19. *Volkmar Götz*, Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien - Zusammenwirken von Gemeinschaft und Staat, NJW 1992, pp. 1849-1857, 1850; *Pagenkopf*, (nota 7), p. 222.
20. *Stefan Grundmann*, EG-Richtlinie und nationales Privatrecht, JZ 1996, pp. 274-287, pp. 274s.; *M. Schmidt*, (nota 2), p. 570; *Götz*, (nota 19), p.1850.
21. Esta obrigação pelo fim da diretiva tem efeito já antes da transformação da diretiva, porque proíbe ao Estado-membro todas as medidas legislativas que dificultam a transformação posterior, TCE: 18/12/1997, Rs. C-129/96 (*Inter-Environnement Wallonie*), Slg. 1997 I 7411 (7449 s.).
22. A transformação tem que ser uma medida estadual suficientemente clara, completa e transparente (publicada devidamente); não basta uma referência geral ao dever dos serviços públicos aplicar a diretiva no futuro, TCE: 20/03/1997, Rs. C-96/95 (*Kommission./. Deutschland*), Slg. 1997 I 1653 (1679, cifra 35); também não basta uma prática atual dos serviços públicos que está de acordo com a diretiva, TCE: 13/03/1997; Rs. C-197/96 (*Kommission./. Frankreich*)Slg. 1997 I, 1489 (1500, cifras 14, 15)
23. *Albrecht Bach*, Direkte Wirkungen von EG – Richtlinien, JZ 1990, pp. 1108-1116, p. 1109; *Stadie*, (nota 7), p. 440.
24. Comparar *Jacob Grimm/Wilhelm Grimm*, Deutsches Wörterbuch, Fünfzehnter Band, Z-Zmasche, redigido por *Moriz Heyne/ Henry Seedorf/ Hermann Teuchert* (Verlag von S. Hirzel, Leipzig 1956), "Fim... parece que o sentido básico reside no conceito de 'medir, determinar o ponto final de um movimento' e precisamente, no sentido *de uma imagem, noção pontual*, que pode ser provada como primitivo tanto como sentido temporal, quanto como sentido espacial..." (tradução livre e destaque pela autora).
25. Comparar *Henrich Schmidt*, Philosophisches Wörterbuch, (redigido por *Justus Streller*, 12ª ed. Alfred Kröner Verlag, Stuttgart 1951), p. 645, sobre a diferença entre *Zweck* e *Ziel*: "... o fim atingido pode mostrar-se como um passo no caminho de outro fim..." (tradução livre da autora).
26. Por exemplo, ver a Diretiva contra Discriminação entre os Sexos 76/207 EWG, Abl. EG 1976 L 39/40, e a avaliação da transformação dela para o ordenamento interno da Alemanha pelos órgão da CE: *Rolf Birk*, Arbeitsrecht - Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Harmonisierung des Arbeitsrechts, em: *Lenz/ Birk/ Pieper* EG-Handbuch, (nota 12), pp. 365-406, pp. 388□ss. Mais recentemente ver o acórdão TCE: 08/10/1996, Rs. C-178, 179, 188, 189 e 190/94 (Dillenkofer u.a.) Slg. 1996 I 4845 (especialmente cifra 43, 4883).
27. Ver para isto *Klaus Hansmann*, Schwierigkeiten bei der Umsetzung und Durchführung des europäischen Umweltrechts, NVwZ 1995, pp. 320-325, pp. 321 s.
28. *Emmert*, (nota 15), pp. 170 s.
29. *Emmert*, (nota 15), p. 174.
30. *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, (nota 1), pp. 84 s.; *Emmert*, (nota 15), p. 176.

Existem sérias dúvidas se este princípio é idôneo para ser aplicado em juízo[31]. Mas existe, também, uma certa probabilidade de que o Tribunal CE tenha inclinação de não invalidar legislação comunitária por ferir o princípio da subsidiaridade continuando, entretanto, com a regra *in dubio pro communitate*; isso, especialmente, porque o Tribunal CE tem interesse inerente a tornar comunitárias novas áreas do direito (quer dizer, acolher sob a sombra da CE), processo que vai ampliar a sua esfera de influência[32].

b. Primazia

As normas do Direito Europeu – quando são aplicáveis - têm prioridade absoluta perante o direito doméstico dos Estados-membros. Esta é a regra principal, que é resultado de um desenvolvimento jurisprudencial que começou já no anos sessenta[33].

Esta prioridade vigora sobre todo o direito nacional; "direito nacional", neste sentido, inclui, no entendimento do Tribunal CE, até os direitos básicos e princípios fundamentais das Constituições dos Estados-membros – entendimento nem sempre e só parcialmente compartilhado pelos tribunais constitucionais nacionais[34].

A prioridade do Direito Europeu, porém, não anula a norma do direito nacional nas matérias que abrange, mas a torna inaplicável, no âmbito da diretiva, deixando a mesma norma de direito nacional aplicável em outras matérias, por exemplo, exclusivamente internas[35].

c. Vigência e aplicação

Dos três tipos de normas principais do Direito Europeu, o regulamento tem efeito mais facilmente inteligível e a vigência mais ampla: conforme o art. 189 II do Tratado CE o regulamento tem vigência geral, obriga com todas as suas partes e vigora imediatamente em todos os Estados-membros.

O direito primário, isto é, os tratados, seus protocolos e os princípios jurídicos comuns, sem dúvida, tem vigência imediata em todos os Estados-membros, porém a sua aplicabilidade no caso concreto depende de que uma norma do direito primário seja suficientemente clara, completa, incondicional, estabeleça um dever de fazer ou não fazer de uma pessoa ou de um Estado-membro e seja capaz de ser aplicada pelos órgãos e tribunais nacionais sem demais medidas estaduais[36].

31. Ainda não há jurisprudência suficiente sobre o princípio da subsidiaridade; comparar especialmente: *Stephen Weatherhill/ Paul Beaumont*, EC-Law, (2ª ed., Penguin Books, London 1995) pp. 15, 143, 247s; mais positivo: *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, (nota 1), p. 85.

32. *Emmert*, (nota 15), p. 177; um bom exemplo que mostra como o Tribunal CE amplia a sua esfera de influência é o acórdão TCE: 17/07/1997 Rs. C-28/95 (*Leur-Bloem*), Slg. 1997 I, 4161 (4199 ss.) onde acolhe um caso doméstico sob a sua competência.

33. *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, (nota 1), pp.96 s.

34. Para o entendimento "europeu" ver *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, (nota 1), pp.96 s.; para o "diálogo" entre o Tribunal CE e os Tribunais nacionais, especialmente o Tribunal Constitucional da Alemanha (a jurisprudência de "Enquanto" – "Solange") ver *Emmert*, (nota 15), pp. 144 ss.

35. *Emmert*, (nota 15) p. 153.

36. *Emmert*,(nota 15), p. 153

A diretiva, como é dirigida só aos Estados-membros, *vigora prioritariamente para eles, mas também para os orgãos estaduais* e não tem efeito direto entre pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; nesse sentido, não vigora no *próprio território* estadual de uma maneira geral e, por isso, tem vigência limitada[37]. Mas, como ver-se-á, existem casos em que, mesmo se não for transformada pela ordem jurídica interna a diretiva deve ser aplicada pelos tribunais e demais órgãos estaduais.

III. A diretiva como instrumento especial da integração jurídica

1. Nota Preliminar

Através do instrumento da diretiva o Tribunal CE seguiu três caminhos para influenciar ordenamentos jurídicos nacionais em favor de uma harmonização destes sob a sombra do sistema europeu: a) a aplicação imediata (ou efeito direto) das diretivas não-transformadas, no âmbito das relações entre indivíduo e Estado; b) a indenização para indivíduos prejudicados por causa da não-transformação de diretiva e c) a exigência da interpretação do direito nacional de acordo com as diretivas.

2. Aplicação da diretiva não-transformada como sanção

a. Necessidade de uma sanção

As diretivas costumam estabelecer um prazo dentro do qual devem ser transformadas para o ordenamento jurídico interno. O Estado-membro que não transforma uma diretiva durante o prazo ofende o dever imposto pelo art. 189 III do Tratado CE.

A sanção, conforme o Tratado, art. 169, é o processo de quebra do Tratado. Trancorrido algum tempo, este processo provou ser uma sanção insuficiente[38]. Começando pelo próprio art. 189 III, o Tribunal CE desenvolveu outras sanções para a não-transformação de diretivas. O ponto de partida para este desenvolvimento foi impedir o Estado-membro de usar o seu próprio comportamento indevido como argumento contra um cidadão prejudicado pela não-transformação. Seria abuso de direito por parte do Estado aproveitar-se da sua própria ofensa ao Tratado[39].

b. Sanção do efeito direto

A sanção do efeito direto só surge em certos casos: primeiro, a diretiva deve ainda não ter sido transformada ou ter sido mal

37. Comparar o entendimento mais amplo de *Bach*, (nota 23), pp. 1110 s., 1116.

38. *Hans D. Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts (Carl Heymanns Verlag, Köln et. al., 1994), p. 71; *Stadie*, (nota 7), p. 439.

39. TCE: 19/01/1992, Rs. 8/81, (*Becker./.Finanzamt Münster-Innenstadt)* Slg. 1982, 53 (77, cifra 50).

transformada, com prazo para transformação já expirado. Segundo, somente as normas suficientemente claras e incondicionais podem ter efeito direto. Terceiro (até há pouco tempo), a norma invocada tinha que favorecer o indivíduo numa relação entre indivíduo e Estado[40] (hoje a sanção de efeito direto aplica-se em todas as relações entre indivíduo e Estado)[41].

O Tribunal CE supera o sentido literal da norma do art. 189 III do Tratado CE, que não admite o efeito direto, aplicando o argumento do *effet util* do direito comunitário[42] e acrescentando que a diretiva é norma obrigatória, como é o regulamento, o que justifica que a diretiva tenha um efeito parecido com a vigência ampla e imediata que o art. 189 II do Tratado CE estabelece para o regulamento[43]. Trata-se de uma aplicação ampla do método teleológico.

A sanção do efeito direto tem (ou tinha, pois, como se verá logo a seguir, alterou-se a jurisprudência do Tribunal CE[44]) o vício da casualidade[45]: depende do fato, de uma norma de uma diretiva não-transformada ter ou não caráter favorável para um indivíduo perante o Estado.

Além disso, há um outro problema, já mencionado acima[46], quando se tratou do caráter específico da diretiva como norma jurídica com o *fim* obrigatório: o efeito direto só surge caso a diretiva seja *não-transformada, não-transformada completamente* ou *mal transformada*. Quem decide sobre a qualidade da transformação e, assim, sobre a questão, principalmente, se o fim foi alcançado, é o Tribunal CE que, quando determina este fato (da qualidade da transformação), entra, profundamente, no regime jurídico nacional e tem a possibilidade de decidir, repetidas vezes, se o fim da diretiva ainda não se alcançou[47].

c. Quebra da idéia da sanção - Art. 5 Tratado CE

Mesmo depois de ter desenvolvido a aplicação imediata como sanção o Tribunal CE, todavia, não parou. Ele afastou-se do argumento segundo o qual em que o indivíduo deve (e pode) invocar a norma da diretiva para seu proveito e estabeleceu que todos os órgãos estaduais devem aplicar a norma favorável em favor do indivíduo de ofício, mesmo que a norma não seja invocada[48]. Este novo argumento baseou-se no art. 5 do Tratado CE, o qual, de uma

40. TCE: Rs. 8/81 (nota 39) , *Jarass*, (nota 38), 71, pp. 74 ss., tratando do problema de diretivas favorável a umas e desfavorável a outras pessoas nos pp. 83 ss.

41. Ver logo a seguir.

42. Ver acima II 1. c.

43. Antiga jurisprudência, ver TCE: 05/04/1979, Rs. 148/78 (*Ratti*), Slg. 1979,1629 (1641s.).

44. **Ver** a seguir c .

45. Um vício espalhado no Direito Europeu por ser por grande parte de origem judicial, *Pagenkopf*, (nota 7), p. 224.

46. II 2. c.

47. Ver o exemplo na nota 26 para área do direito trabalhista e a decisão TCE: 10/04/1984, Rs. 14/83, (v. *Colson u. Kamann ./. Land Nordrhein-Westfalen)*, Slg. 1984, 1891.

48. TCE: 22/06/1989, Rs. 103/88 (*Fratelli Constanzo./. Stadt Mailand)* Slg. 1989, 1839; reforçado pelo TCE: 14/12/1995, Rs. C-312/93 (*Peterbroeck*), Slg. 1995 I, 4599, que veta expressamente uma norma nacional de processo que proibe a consideração de certas questões de Direito Europeu se nenhuma das partes as invoca dentro de um certo prazo.

maneira genérica, determina o dever de todos os órgãos dos Estados-membros de tomar medidas para serem cumpridas às obrigações impostas pelo Tratado.

Num outro passo, o Tribunal estabeleceu que bastaria um *dever claro dos órgãos dos Estados-membros de agir*, determinado pela diretiva[49]. Deste modo, não é mais necessário um proveito para um indivíduo e, também, admissível um prejuízo conseqüente para um outro indivíduo[50], ou até somente um prejuízo para um indivíduo[51].

Mesmo que este novo desenvolvimento recente tenha a vantagem de acabar com o vício da casualidade na aplicação do efeito direto por causa da dependência do proveito para um indivíduo[52] ficam, ainda, mais dois problemas.

Primeiro, - dado o caso - os órgãos estaduais, quer dizer, os seus próprios funcionários – teoricamente-, devem determinar sobre a qualidade da transformação, uma decisão complexa e difícil que exige demais[53] deles. Contudo, é uma decisão inevitável, pois só no caso da transformação insuficiente surge o efeito direto. Segundo, isso se confronta com a idéia da sanção, base originária de toda esta linha de argumentação, e daí o Tribunal CE tira a justificação principal para desconsiderar o sentido literal do art. 189 III do Tratado CE[54] (a não ser que se presuma que o próprio estado sancione a ele mesmo).

3. Indenização por falta de transformação

Como as diretivas não vigoram diretamente no território nacional, mas só obrigam os órgãos estaduais a aplicá-las nas relações entre Estado e indivíduo, o efeito direto não adianta no caso das diretivas que harmonizam o direito privado[55].

Apesar de tentativas de persuasão[56], o Tribunal CE nunca aceitou ou concedeu o efeito direto entre pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado diretamente (efeito direto horizontal)[57].

49. TCE: 11/08/1995, Rs. C-431/92 (*Großkrotzenburg*) Slg. 1996 I, 2189 (2224, cifra 40).

50. *Astrid Epiney*, Unmittelbare Anwendbarkeit und objektive Wirkung von Richtlinien, DVBl. 1996, pp. 409-414, p. 413.

51. *Wilfred Erbguth/ Frank Stollmann*, Die Bindung der Verwaltung an die FFH-Richtlinie, DVBl. 1997, pp.453-458, p. 455.

52. Ver acima b.

53. É interessante notar que o próprio Tribunal CE impôs o dever de transformação através da aplicação do efeito direto a todos os órgãos dos estados membros, mas não aceita a aplicação direta das diretivas pelos órgãos estaduais como medida certa da transformação - talvez também por causa destas dificuldades-, TCE: 13/03/1997 (nota 22); comparar também *Meinrad Dreher*, Richtlinienumsetzung durch Executive und Judicative?, EuZW 17 (1997), pp. 522-525, p. 524.; neste sentido, também ver *Monika Böhm*, Voraussetzungen einer Staatshaftung bei Verstößen gegen primäres Gemeinschaftsrecht, JZ 1997, pp. 53-60, p. 56.

54. Assim também *Hans-Jürgen Papier*, Direkte Wirkung von Richtlinien der EG im Umwelt- und Technikrecht, DVBl. 1993, pp. 809-814, p. 813.

55. *M. Schmidt*, (nota 2), p. 570.

56. Ver por todos as propostas finais do Procurador-Geral *Lenz* no caso TCE: 14/07/1994, Rs. C-91/92 (*Faccini Dori*), Slg. 1994 I, 3325 (3328 ss).

57. No caso citado na nota anterior pp. 3347 ss., o Tribunal recusa expressamente esta possibilidade, esta jurisprudência é continuada pelo acórdão TCE: 07/03/1996, Rs. C-192/94 (*El Corte Inglés SA./. Cristina Blásquez Rivero*), Slg. 1996 I, 1281 (1296 s.).

Nesses casos, o Tribunal estabeleceu outro instrumento. Concede um direito de indenização caso um cidadão comunitário – de qualquer país da CE - tenha um prejuízo por causa de uma diretiva não ou mal transformada[58]. O Tribunal baseia esse direito à indenização no art. 189 II, em conjunto com o art. 5 Tratado CE, e exige que os tribunais nos Estados-membros assegurem este direito no quadro do direito da responsabilidade extracontratual nacional[59].

Logo após a criação do direito à indenização, no caso de uma diretiva para harmonizar o direito civil, o Tribunal CE estendeu este direito a todos os casos em que um Estado-membro viola uma norma do direito comunitário[60].

Como pré-requisitos da indenização, o Tribunal primeiro estabelece, que a norma violada deve ter o fim de conferir direitos subjetivos; segundo, a violação da norma pelo Estado-membro deve ser suficientemente qualificada; terceiro, que haja causalidade imediata entre a violação da norma comunitária e o dano das pessoas prejudicadas[61].

O pré-requisito da violação suficientemente qualificada sustitui o pré-requisito da culpa do funcionário nos casos de responsabilidade extracontratual do estado em alguns ordenamentos nacionais[62]. No âmbito da transformação de diretivas, este pré-requisito de violação suficientemente qualificada considera-se preenchido quando, dentro do prazo, não houve nenhuma transformação[63].

Deve-se, também, presumir que está preenchido este pré-requisito, se o Tribunal CE já anteriormente decidiu que a transformação é insuficiente ou mal feita[64]. Mais problemático é a presunção do preenchimento do pré-requisito no caso em que haja jurisprudência consolidada para assuntos semelhantes[65].

Como esta argumentação não encontra base alguma, na letra da lei, isto é,nos artigos invocados, é um caso de desenvolvimento de direito *praeter* ou até *contra legem*. Além disso, causa problemas nas demais ordens jurídicas européias que não conheciam (pois agora, com esta jurisprudência nova, passam a conhecer) um direito de indenização do indivíduo contra o estado por falha legislatória[66]. Além disso, parece audaz estabelecer uma responsabilidade quase

58. TCE: 19/11/1991, Rs. C-6/90 u. C-9/90 (*Francovich u. a.*) Slg. 1991 I, 5357, continuado e desenvolvido por TCE: 05/03/1996, Rs. C-46/93 u C-48/93 (*Brasserie du pêcheur u. Factortame III*), Slg. 1996 I, 1029.

59. TCE, Rs. C-6/90 u. C-9/90 – nota anterior –. 5412, cifra 42.

60. TCE: Rs. C-46/93 u C-48/93 (nota 58);ver o acordão nacional conseqüente do BGH: 24/10/1997, NJW 1997, pp. 123-126.

61. TCE: Rs. C-46/93 u. C-48/93 (nota 58), 1149, cifra 51.

62. *Jarass*, (nota 38), pp. 117 s.

63. TCE: 08/10/1996, Rs. C-178, 179, 188, 189, 190/94, (*Dillenkofer u.a.*) Slg. 1996 I, 4845 com demais referências à jurisprudência do Tribunal CE; *Jarass*, (nota 35), p. 118.

64. Comparar *Jarass*, (nota 38), p. 117.

65. Como aconteceu no acórdão TCE: 05/03/1996 (nota 58), cifra 57; para uma discussão do caso ver *Böhm*, (nota 53).

66. *Jarass*, (nota 38), p.71; *Böhm*, (nota 53), p. 57.

objetiva sem equilibrá-la através de um limite[67].

Mesmo assim, é um instrumento cada vez mais consolidado que pode proteger de uma maneira eficaz os direitos dos indivíduos e, talvez, indique o caminho futuro do Direito Europeu[68].

4. Diretiva e interpretação

a. Nota preliminar

A diretiva como sanção[69] originou-se da relação entre o cidadão europeu e o Estado-membro, mesmo que se tenha afastado desta base. Os parágrafos seguintes serão dedicados ao efeito uniforme das diretivas em todas as relações jurídicas num Estado-membro, e, por conseguinte, no sistema jurídico nacional como um todo.

Este efeito se produz através da interpretação do direito nacional no sentido da diretiva, em consideração ao seu fim, independentemente do fato de se a diretiva foi transformada pelo ordenamento interno ou não[70].

b. Interpretação e aplicação

De acordo com o art. 177 do Tratado CE, o Tribunal CE decide no processo prejudicial sobre a interpretação do Tratado. Com isso, a própria aplicação da norma assim interpretada continua a caber ao tribunal nacional, como decidiu há décadas o próprio Tribunal CE[71]. Parece que hoje o Tribunal, tacitamente, ultrapassou a demarcação entre interpretação e aplicação do Tratado.

Como a maioria das ordens jurídicas européias não conhece a distinção entre interpretação e aplicação de direito[72], esta distinção não produz demarcação, mas uma transição gradual: o jurista perante um conjunto de fatos e uma norma para aplicar a estes, não deixa os fatos sairem do seu campo visual quando tenta indagar o que quer dizer a norma[73].

Em qualquer caso, o Tribunal CE não pode interpretar as normas do Direito Europeu sem referir-se às normas do direito nacional, cuja aplicabilidade interesse ao processo. Dessa maneira, no fundo, o Tribunal CE não só interpreta o Direito Europeu, mas também, ao indagar o direito nacional, interpreta este[74].

Ao dar a entender ao tribunal nacional como deve interpretar o seu próprio direito nacional, o que é o resultado certo do procedimento da interpretação, o Tribunal

67. Como, por exemplo, conhece o direito alemão em todas as leis novas que estabelecem responsabilidade objetiva; diz-se, porém, que o pressuposto da violação qualificada tem efeito tão limitante que torna improvável ser preenchido em muitos casos no futuro, *Böhm*, (nota 53), p.60.

68. Ver neste sentido *M. Schmidt* (nota 3).

69. Ver acima II 2. a. – c.

70. Ver *Bach*, (nota 23), p. 1116 que chama este efeito *objetivo* em contraste com o efeito *subjetivo* que vem da sanção.

71. TCE v. 27/03/1963 Rs. 28-30/62 (*Da Costa & Schaake ./. Niederländische Finanzverwaltung*) Slg. 1963, 63.

72. *M. Schmidt*, (nota 2), p. 593.

73. Ver *Reinhold Zippelius*, Einführung in die juristische Methodenlehre (3ª. ed., C. H. Beck, München, 1980), pp. 115ss.; *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1970), pp. 40ss..

74. *Jarass*, (nota 38), pp. 89 ss. assume, no meu entender, errôneamente, que somente o tribunal nacional interpreta o direito nacional.

CE, propriamente, aplica o Tratado CE ao direito nacional, interpretando-o conforme as diretivas européias e utilizando, necessariamente, os seus métodos interpretativos (e não os métodos interpretativos nacionais)[75].

c. Interpretação e solução de conflito de normas

Esta jurisprudência dá lugar à pergunta, se o Tribunal, ao orientar os tribunais nacionais na interpretação do seu direito nacional, simplesmente resolve o conflito entre as normas européias e nacionais em favor da primazia da norma européia[76], como acontece, de maneira direta, no caso das diretivas no âmbito das relações entre indivíduo e Estado[77]. Em outras palavras: depois de ter decorrido o prazo para a transformação, uma diretiva suficientemente clara aplica-se – de fato – imediatamente em todos os Estados-membros e a todas as relações jurídicas, dado o caso, não só em favor, mas também em detrimento do cidadão comunitário[78]. No caso da diretiva, que afeta as relações entre o indivíduo e o Estado, este procedimento chama-se aplicação imediata ou efeito direto. Quando se trata de uma relação entre pessoas privadas o fenômeno é designado "interpretação". O fim – como o resultado - é o mesmo em ambas as hipóteses[79].

Porém, mais recentemente, o Tribunal CE modificou sua posição na hipótese da interpretação de normas aplicáveis nas relações entre pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado.

Como desenvolveu e reforçou a sanção da indenização[80] por dano sofrido pelo cidadão comunitário por causa da transformação mal feita de uma diretiva, o Tribunal prefere hoje este caminho à interpretação *contra legem*[81] do direito nacional[82]. A nova posição do Tribunal pode descrever-se da seguinte maneira:

No caso da diretiva, que regula relações entre indivíduo e Estado, todos os serviços públicos dos Estados-membros têm que aplicar as normas da diretiva que são incondicionais e suficientemente claras a partir do momento em que houver decorrido o prazo para a transformação, independentemente de uma vantagem ou desvantagem para as pessoas afetadas pela diretiva.

75. Um exemplo bem claro é o caso TCE: 14/04/1994, Rs. C-392/92 (*Christel Schmidt*), Slg. 1994 I, 1311; para uma crítica ver *M. Schmidt*, (nota 2), p. 596 com demais indicações para a discussão do caso; semelhante o caso TCE: 13/11/1990, Rs. C-106/89 (*Marleasing*), Slg. 1990 I, 4135.

76. Assim *M. Schmidt*, (nota 2), p. 584.

77. Ver acima II 3. B. e c. juntamente com III 2. b. e c.

78. Ver acima III 2. b. e c.

79. Comparar, também, *Epiney*, (nota 50), p. 410; quanto a uma aproximação de conceitos do *efeito direto* (também chamado *subjetivo*, que vem da sanção) e do *efeito objetivo* que pode resultar neste tipo de interpretação, no âmbito de direito público.

80. Ver acima jurisprudência citada na nota 58.

81. Como de fato aconteceu nos casos TCE: 10/04/1984 (nota 47) e de 14/04/1994 (nota 75) e especialmente, de 13/11/1990 (nota 75); comparar *Bach*, (nota 23), p. 1116 para uma posição semelhante.

82. Assim, mas com um entendimento mais favorável do acórdão (*Marleasing*), (nota 75): *Christian Baldus/ Rainer Becker*, Haustürgeschäfte und richtlinienkonforme Auslegung, ZEuP 1997, pp. 874-889, pp. 883 ss.

– No caso da diretiva no âmbito do direito privado, os tribunais dos Estados-membros face a uma relação entre pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado, a qual deve ser aplicada uma diretiva européia, devem esforçar-se na interpretação do direito nacional para alcançar um resultado de acordo com a diretiva não ou mal transformada. Se os tribunais nacionais não conseguirem um resultado deste tipo, cabe à parte prejudicada entrar em juízo para conseguir uma indenização.[83]

d. Abalo de direito interno

Como a integração na Comunidade Européia pelo Tribunal CE somente pode acontecer de caso a caso, é dificultada a formação de um sistema próprio. Além disso, o caminho escolhido pelo Tribunal tem o efeito de abalar os sistemas internos dos Estados-membros de uma maneira imediata, mesmo que seja só em determinados pontos.

Como exposto acima[84], a interpretação das diretivas pelo Tribunal CE, necessariamente, leva consigo a interpretação do direito nacional no âmbito das diretivas pelo mesmo Tribunal. Este fato em si já mostra efeito interessante para o sistema nacional. Entretanto, há outro efeito mais interessante e importante. Por causa da estrutura do funcionamento especial da primazia do Direito Europeu[85], as normas e os institutos jurídicos nacionais só se tornam inaplicáveis na zona de vigência da diretiva; porém, vigoraram e são aplicadas fora dessa zona[86].

Um exemplo para este efeito é o caso *Marleasing*[87], em que se tornou inaplicável, parcialmente, a norma sobre as causas de nulidade de contratos. Tratava-se de uma norma de direito civil que, segundo a sistemática do direito espanhol, era aplicada antigamente no âmbito de direito societário e foi pelo Tribunal CE, afastado deste âmbito de aplicação.

Outro exemplo comparável é o caso *v. Colson und Kamann*[88]. Tratou-se do §611a BGB (Código Civil Alemão), versão antiga, que tinha entrado na lei para transformar a diretiva 76/207/CEE[89] sendo, pois, um caso de uma diretiva mal transformada, e não de uma diretiva não-transformada[90]. O §611a BGB, versão antiga, prescrevia uma indenização do interesse negativo, no caso de uma empresa recusar-se a contratar uma pessoa por causa de discriminação sexual[91].

83. Comparar TCE: 14/07/1994 (nota 56) e comentário de *Rolf Herber*, ZEuP 1996, pp. 121-125, pp. 123 s.

84. III 2. b. e 4. b.

85. III 3. b.

86. Parece que o Tribunal CE já se deu conta deste problema e sugere como solução a ampliação dos seus poderes de interpretação e de avaliação de direito nacional fora do alcance do Direito Europeu, ver o acórdão *Leur-Bloem*, (nota 32).

87. Nota 75 .

88. Nota 47.

89. Nota 26.

90. Ver *Birk*, (nota 26), pp. 388 ss.

91. A mais recente versão desta norma – depois do acordão do Tribunal CE – estabelece uma quantia fixa de indenização.

A regra do §611a BGB estava baseada no princípio da *culpa in contrahendo*, que estabelece uma indenização do interesse negativo ao contratante prejudicado pela falta da formação ou nulidade posterior do vínculo contratual[92].

O Tribunal CE decidiu que o interesse negativo não era uma indenização suficiente, por ser um quantia pequena[93] que não iria desanimar a empresa disposta a violar o princípio de não-discriminação. Por isso, a lei implementada para transformar a diretiva mencionada pela ordem jurídica nacional era mal feita, não podia alcançar e realizar o fim da diretiva. Assim, o Tribunal CE mudou a aplicabilidade de princípio da *culpa in contrahendo* no sistema alemão.

Os casos de abalo de direito interno não se limitam ao âmbito do direito privado: o direito alemão possui uma norma §48 VwVfG (lei sobre processos na administração pública) que protege o cidadão na seguinte situação: ele recebe subvenções de boa-fé, emprega o dinheiro para finalidade prevista e depois essas subvenções comprovam-se como injustificadas. Há uma linha de jurisprudência do Tribunal CE que manda inaplicável esta norma do §48 VwVfG no caso das subvenções (subvenções do próprio Estado-membro, não da CE) abrangidas pelos artigos 92 a 94 Tratado CE[94].

Ainda que nestes casos de intervenção do Tribunal CE nos ordenamentos jurídicos internos dos Estado-membros, mais exatamente nos institutos jurídicos nacionais, estes institutos e estruturas não deixem de existir, eles mudam de caráter por serem complementados ou cortados de uma maneira contra-sistemática. Seria necessário redimensioná-los, o que não acontece. Todos os casos, os precedentes, que anteriormente estavam agregados à norma ou ao instituto jurídico nacional dando a ela ou a ele o sentido, o entendimento, específico[95] têm que ser reexaminados antes de ser novamente aplicados no procedimento da interpretação da norma para o entendimento de instituto jurídico nacional.

e. O problema dos métodos

Embora sejam semelhantes, os métodos interpretativos de cada sistema jurídico diferem entre si. Por isso, o Tribunal CE na interpretação do Tratado CE não pode recorrer a um método único preexistente. Ele deve desenvolver os seus próprio métodos. Neste procedimento, ele recorre com freqüência aos conceitos preexistentes nos sistemas nacionais. Assim, o Tribunal CE, na tarefa de preencher estes

92. Como também estabelecem os §§ 122 e 307 BGB, ver *Otto Palandt/ Helmut Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch, (55ª ed., C. H. Beck, München 1996) §249 cifra 17.

93. O que não é necessariamente assim: dependendo do caso concreto o interesse negativo é capaz de ser maior do que o interesse positivo, *Palandt/ Heinrichs*, (nota 92), §249 cifra 17.

94. Ver *Pagenkopf*, pp. 219 ss., com indicação da jurisprudência do TCE; para uma exposição mais abrangente, comparar *Stadie*, (nota 7), especialmente pp. 439 s.

95. *Theodor Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts (2ª ed. pelo *Paul Trappe*, Luchterhand, Neuwied am Rhein 1964) pp. 249 ss., p. 251, para a ação recíproca entre norma e prededentes.

conceitos com conteúdo distinto daquele que os mesmos têm nos sistemas nacionais, causa, em primeiro lugar, uma confusão de conceitos.

Em segundo lugar, a diferença no significado do conceito que surge, volta a ter efeito no ordenamento a que pertencia e lá abala o sistema dos conceitos e dos métodos[96]. Outro abalo de métodos surge – como já foi exposto[97] - no caso em que o Tribunal CE estabelece o sentido da norma nacional aplicando seus próprios métodos sem ocupar-se com os métodos nacionais[98].

Nos casos em que o Tribunal CE já estabalece o resultado do procedimento de aplicação do direito nacional interpretado conforme as diretivas contrárias ao resultado alcançado e alcançável pelos métodos nacionais[99] o Tribunal, de fato, destrói os métodos específicos de aplicação de direito que formam a base de cada ordenamento jurídico de um Estado.

IV. Conclusões e uma sugestão

Demonstrou-se a força e a contribuição eminente do Tribunal CE na integração jurídica na Europa. Apresentou-se, também, a idoneidade impressionante da diretiva como instrumento dessa integração.

Contudo, além disso, pode-se ver como o processo encaminhado pelo Tribunal, utilizando as diretivas, tem o efeito de abalar os sistemas jurídicos dos Estados-membros de uma maneira difusa e imprevisível. Este fenômeno: primeiro, é crítico e perigoso do ponto de vista do Estado de Direito; segundo, prova que o desenvolvimento realizado, por um tribunal que desconhece as regras de auto-limitação inerentes ao sistema *common law*, transforma-o em um órgão altamente político, papel que não cabe à Justiça; terceiro, deixa perguntar se este caminho está de acordo com as constituições e com as leis de adesão à Comunidade Européia dos Estados-membros[100]. Finalmente, tem que se examinar, também, se o desenvolvimento concorda com o princípio de subsidiaridade estabelecido no art. 3b Tratado CE[101].

Estas averiguações agravam-se pela falta de transparência e de discussão pública dos efeitos expostos. Este conjunto de fatos, a longo prazo, põe em perigo a continuação bem-sucedida do processo de

96. Ver, por exemplo, *Pagenkopf*, (nota 7), p. 220, trabalhando os conceitos "Ermessen" e "Beurteilungsspielraum", quer dizer, "discrição" e "margem de juízo" no direito administrativo alemão.

97. Ver acima, III 4. c.

98. Para uma justificação desta atitude frente aos métodos nacionais no interesse da integração européia, ver *Grundmann*, (nota 20), p. 282.

99. Ver os acórdãos do Tribunal CE *Christel Schmidt* e *Marleasing* (nota 75).

100. *Stadie*, (nota 7), p. 440; *Pieper*, (nota 7), pp. 935 ss, com indicação de demais fontes sobre a discussão.

101. Além de conter o princípio de subsidiariedade, este artigo, na sua parte I, assenta os limites da atividade da Comunidade pelo âmbito do Tratado e, na sua parte III, estabelece o princípio da proporcionalidade para as medidas da CE; para a incompatibilidade de diretivas muito detalhadas com o princípio de subsidiariedade ver a observação interessante de *Christian Armbrüster*, Ein Schuldvertragsrecht für Europa?, RabelsZ 60 (1996), pp. 72-90, p.84.

integração européia. Nota-se já, especialmente, que os tribunais nacionais negam apoio à nova ordem jurídica européia[102].

Existem várias soluções possíveis para este sério problema, umas no patamar político, outras no patamar jurídico. Deixando de lado o patamar político, que aqui não se enquadra, segue uma sugestão:

Primeiro: fixar em cada diretiva nova a parte imediatamente aplicável no momento em que houver decorrido o prazo para a transformação, independentemente do tipo da diretiva, regulando-se o direito público ou o direito privado. Este novo procedimento deve basear-se numa nova versão do art. 189 III do Tratado CE a fim de autorizá-lo. Conjuntamente, deveria ser melhorada a publicação das diretivas, pelo menos nas partes marcadas, para a aplicação imediata.

Segundo: facilitar, simplificar e acelerar o processo de quebra do Tratado do art. 169 Tratado CE (para os casos de não-transformação das partes não automaticamente aplicáveis das diretivas).

Terceiro: estabelecer, expressamente no Tratado CE, a responsabilidade extracontratual dos Estados-membros e ao mesmo tempo limitá-la aos casos concretos e exatamente definidos como de quebra do dever da transformação.

E, por último, vetar para o futuro, expressamente, outras possibilidades de aplicação imediata no âmbito do art. 189 Tratado CE ou de responsabilização fora do âmbito do art. 169 Tratado CE.

Pois, quanto mais a Comunidade Européia se aproxima da configuração de um Estado federal, em vez de uma comunidade de estados, tanto mais tem que adaptar medidas e estruturas que cabem a um Estado de Direito.

Espera-se que os países, que, no momento, moldam e formam o Mercosul tenham condições de evitar os desvios do desenvolvimento europeu e iniciem logo em um caminho certo.

102. Ver por todos, *Rengeling/ Middeke/ Gellermann*, (nota 7), p. 501, cifra 989; *Bach*, (nota 23), p. 1115.

O Ministério Público como Fiscal da Lei no Processo Civil

José Maria Tesheiner
(Livre-Docente pela Faculdade de Direito da UFRGS, Desembargador aposentado, Professor Orientador do Curso de Mestrado da PUC-RS).

O Ministério Público pode atuar, no processo civil, como autor; raramente como réu (refere-se, usualmente, a hipótese de rescisória de sentença proferida em ação de nulidade de casamento por ele proposta).

Pode atuar como curador especial de incapaz, de réu preso ou de revel ficticiamente citado (CPC, art. 9º).

Nossa atenção volta-se especialmente para outra forma de sua atuação em processo civil, ou seja, como fiscal da lei (custos legis), conforme previsão do artigo 82 do CPC.

Qual a natureza dessa espécie de atuação? Qual o regime da nulidade decorrente da falta de sua intervenção? Eis aí o objeto do presente estudo.

Generalidades sobre o Ministério Público

Diz a Constituição que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127).

Todavia, soa falsa a nota de essencialidade à função jurisdicional do Estado. Fosse verdadeira, não poderia haver processo sem intervenção do Ministério Público. Mas esta somente é exigida em casos determinados. Tal como a lei ordinária, também a Constituição diz, às vezes, mais do que pretendia – *magis dixit quam voluit* (disse mais do que queria).

São funções institucionais do Ministério Público, conforme dispõe o artigo 129 da Constituição:

"I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços

de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas."

A intervenção do Ministério Público nas ações em que sejam partes os índios, suas comunidades e organizações é exigida pelo artigo 232 do Constituição.

No processo civil, o Ministério Público exerce suas funções institucionais atuando como parte (CPC, art. 81), como substituto processual (ao atuar como curador especial – CPC, art. 9º) e como fiscal da lei (CPC, art. 82).

> "Dois princípios básicos informam, tradicionalmente, a instituição do Ministério Público: a) o da unidade; b) o da independência funcional. Ser una e indivisível a instituição significa que todos os seus membros fazem parte de uma só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração subjetiva nos processos em que oficiam. Ser independente significa que cada um de seus membros age segundo sua própria consciência jurídica". (*Cintra et alii*[1]).

Conceito de parte

Antônio Cláudio da Costa Machado, citando Dinamarco, critica a distinção que usualmente se faz entre atuação do Ministério Público como parte e como fiscal da lei. "Nada de científico tem a distinção, (...), posto que baseada em critérios heterogêneos (ser parte não significa não ser fiscal da lei, e vice-versa)[2]".

A crítica supõe uma premissa: a de que o Ministério Público é parte, ainda quando atue como fiscal da lei. Depende, pois, do conceito que se tenha de parte.

Aquele que adotamos é o de Chiovenda: são partes o autor e o réu. Autor é quem pede, em seu próprio nome, a atuação da vontade da lei, isto é, aquele que pede a tutela jurisdicional. Réu é aquele contra quem ou em face de quem é formulado o pedido.

Ora, adotada essa conceituação, nada há de anticientífico na assertiva de que o Ministério Público, ao atuar como fiscal da lei, não é autor, nem réu, não formula pedido que constitua objeto do processo nem contra ele é formulado pedido algum.

É lamentável o vezo, tão freqüente entre os juristas, de criticarem afirmações alheias fora do conceito em que se inserem. Dando-se às palavras sentido diverso, qualquer assertiva pode ser apontada como errada, anticientífica e até absurda.

Reafirmamos, pois, a idéia de que uma coisa é atuar o Ministério Público como parte, isto é, como autor ou, mais raramente, como réu; outra, intervir no processo como fiscal da lei.

A crítica somente procede em outro contexto, isto é, a partir de outro conceito de parte, como o adotado por Antônio Machado:

> "Foi com Liebman, há algumas décadas, que um conceito puramente processual de parte se consolidou na doutrina. (...). Para Liebman, partes são os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz (os sujeitos do processo diversos do juiz, para os quais este deve proferir o seu provimento). Assim, basta a posição de titular de um contraditório qualquer – amplo ou restrito – diante do juiz para que se alcance o *status* de parte no processo.[3]"

Em outras palavras, fora o juiz, é parte quem quer que seja legitimado a requerer no processo e a produzir provas e alegações. Prossegue Antônio Machado:

> "O *parquet*, atuando como *custos legis*, embora não tenha a posição de parte bem definida, porquanto não seja autor nem réu, é tão parte quanto estes. Fiscalizando a atuação das partes e a aplicação da lei processual, promovendo o andamento do processo, propondo provas, requerendo diligências, participando da instrução, a instituição é parte apenas com a diferença que busca ao final um provimento definitivo que seja conforme a vontade da lei material e não conforme o interesse do autor ou do réu.[4]"

1. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo. 2. ed. São Paulo, RT, 1979. p. 177.

2. A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro. p. 98.

3. Ibidem, p. 101.

4. Ibidem, p. 101.

Não vemos vantagem nessa ampliação do conceito de parte, que mistura coisas heterogêneas, considerando como tal não apenas o autor e o réu, mas também qualquer terceiro legitimado a intervir no processo. Buscamos, porém, compreender o pensamento de Antônio Machado, logicamente coerente a partir das premissas que adota.

Diz ele que o conceito de terceiro não é inferido *a contrario sensu* do conceito (liebmaniano) de parte. Tecnicamente, terceiro é quem está legitimado a intervir no processo, mas não como autor ou como réu.

> "Se alguém recebe da lei autorização para ingressar num processo, mas não para exercer ação ou exceção, este é terceiro. Terceiro, não porque não exerça ou não possa exercer atividade processual (está autorizado para tanto), mas porque não vai exercer ação ou exceção; não vai formular pedido para si. O conceito formal de parte, portanto, não se presta à distinção do terceiro, haja vista que ambos podem-se colocar no contraditório perante o magistrado e atuar processualmente. O que os distingue é a legitimação: a parte a tem para promover ação ou para ser chamada a respondê-la (ainda que ulteriormente); o terceiro a tem apenas para intervir em processo já existente entre outros sem exercer ação ou exceção.[5]"

Embora reconhecendo e proclamando que, nesse passo, o que nos separa é uma divergência meramente terminológica envolvendo o conceito de parte, parece-nos não ser impróprio destacar que, depois de todo esse circuito lógico, volta-se ao que já se sabia: atuando como fiscal da lei, o Ministério Público não é autor nem réu, mas intervém no processo como terceiro, sem exercer ação ou exceção.

Sendo isso o que sempre se quis dizer, ao afirmar-se que, ao agir como fiscal da lei, o Ministério Público não é parte, vê-se bem que nada há de anticientífico nessa assertiva.

O Ministério Público como autor

O artigo 81 do Código de Processo Civil estabelece que o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes. Tem-se, aí, atuação do Ministério Público como autor.

Alcides de Mendonça Lima observa:

> "Como órgão agente, o Ministério Público é parte, não no sentido verdadeiro, normal e exato do termo, que é o duplo, ou seja, parte substancial (titular do direito material) e parte formal (atuando em juízo). É situação *sui generis*, apesar de, no trecho final do art. 81, atribuir ao Ministério Público 'os mesmos poderes e ônus das partes'. Parte substancial o Ministério Público (nem a entidade, nem o agente) não é, porque não é atingido pela coisa julgada, como vencedor ou como vencido, nem as vantagens, nem a lesividade. É, sim, substituto processual, *ex vi* art. 6º de nosso Código de Processo Civil, similar ao 81 italiano e ao 26 lusitano. Se o Ministério Público fosse parte verdadeiramente, inútil a alusão à identidade quanto aos poderes e aos ônus das partes.[6]"

Mas, como já observamos antes, nossa atenção não se volta para a atuação do Ministério Público como parte, mas como fiscal da lei.

O Ministério Público como fiscal da lei

Estabelece o artigo 82 competir ao Ministério Público intervir nas causas em que há interesses de incapazes; nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte[7].

Tem-se, aí, atuação do Ministério Público como fiscal da lei, como logo deixa claro o artigo seguinte, estabelecendo que, intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo; poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

A disciplina jurídica da intervenção do Ministério Público é simples:

> Deve ser intimado pessoalmente, dispõe o artigo 236, § 2º.
>
> Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público:
>
> "I – terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;
>
> II – poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade" (CPC, art. 83).
>
> O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei (CPC, art. 499, § 2º). A Súmula 99 do STJ esclarece que "O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte."

5. Ibidem, p. 116.

6. Alcides de Mendonça Lima. Processo de conhecimento e processo de execução. p. 199.

7. O artigo 82, III, do CPC (com a redação anterior à Lei 9.415/96), resultou de emenda apresentada pelo Deputado Amaral de Souza, por sugestão da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, apoiada em tese do Promotor Sérgio da Costa Franco, aprovada no I Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em São Paulo. A intenção era exigir a intervenção do Ministério Público nas causas da União, Estados e, sobretudo, dos pequenos Municípios, por notórias as deficiências de sua defesa judicial. A redação da emenda foi alterada, para se lhe dar ainda maior amplitude. É o que informa Luiz Felipe de Azevedo Gomes, em acórdão de que foi relator, no Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (Apelação Cível 189031974, j. 10.10.89).

Fundamento da intervenção do Ministério Público

Segundo Antônio Cláudio Machado, a indisponibilidade é o fundamento da atuação do Ministério Público:

> "O ser indisponível ou inalienável é qualidade que a ordem jurídica atribui a certos direitos independentemente de sua natureza, isto é, independentemente da natureza da relação jurídica em cujo ventre tais direitos são gerados. A indisponibilidade não discrimina. Tanto é indisponível o direito privado como o direito público regido por lei de ordem pública. O que importa é a essencialidade social do direito, o que não é exclusividade de nenhum ramo jurídico. Logo, qualquer direito indisponível merece a tutela processual do Ministério Público.[8]"

Os direitos, afirma Antônio Machado, podem ser objetiva ou subjetivamente indisponíveis:

> "Uma coisa é a lei criar a indisponibilidade de um interesse ante a sua intrínseca e inerente essencialidade social (*v.g.* os interesses ligados à família, ao processo eleitoral, aos registros públicos etc.), outra é a lei criar a indisponibilidade geral de interesses por causa da condição de incapacidade do seu titular. Na primeira hipótese, como não importa a titularidade do interesse – que é relevantíssimo socialmente e, por isso, indisponível – o Ministério Público é chamado a participar imparcialmente do processo, colaborando com o juiz e com as partes, tudo no intuito de permitir a mais perfeita definição jurisdicional do interesse; a defesa da indisponibilidade, nesse caso, significa lugar pelo reconhecimento tanto da existência, como da inexistência do interesse. Já na segunda, por se tratar de interesses que só se tornam relevantes e, via de conseqüência, indisponível por causa da incapacidade do seu titular – o que se traduz, também, numa hipossuficiência processual -, tudo se transforma: o *parquet* deixa a sua imparcialidade e passa a atuar como um assistente da parte incapaz.[9]"

A intervenção do Ministério Público motivada pela existência de interesse público é certamente diversa da motivação decorrente da existência de interesse de incapaz.

A nota da indisponibilidade objetiva está sem dúvida presente no primeiro caso. No segundo, cabe perguntar: há realmente indisponibilidade – ainda que subjetiva – nas ações patrimoniais envolvendo interesses de incapaz? É impossível transação, versando a lide sobre direitos de incapaz?

O artigo 427, IV, do Código Civil responde à questão, autorizando o tutor a transigir, desde que autorizado pelo juiz. A mesma regra se aplica ao curador (Cód. Civil, art. 453). Arnold Wald informa que

8. Ibidem, p. 52.
9. Ibidem, p. 64-5.

a jurisprudência tem aplicado princípio idêntico aos pais em relação aos interesses dos seus filhos menores[10]. Ora, ainda que exigida autorização do juiz, não se exclui a transação e, portanto, a disponibilidade.

Constata-se, assim, que o motivo determinante da intervenção do Ministério Público nos processos em que haja interesse de incapaz é a incapacidade, e não a indisponibilidade dos direitos controvertidos.

Na verdade, o fundamento da intervenção do Ministério Público em processo civil é a existência de interesse público, como decorre da fórmula geral contida no artigo 82, III, do CPC: existência de interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Como se verá, a qualidade da parte não é suficiente, por si só, para que se exija e justifique a intervenção do Ministério Público.

Quanto às causas em que haja interesse de incapazes, a circunstância de versarem sobre direitos disponíveis não afasta o interesse público em que não sejam esbulhados de seus direitos, por causa de sua incapacidade.

Natureza da intervenção

Lendo-se o artigo 82 do CPC, constata-se haver casos em que sem dúvida o Ministério Público intervém imparcialmente, para a defesa do interesse público; assim nas causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide; em outros, parece que a intervenção é destinada à proteção de uma das partes; assim nas causas em que há interesses de incapazes ou interesse público evidenciado pela qualidade da parte.

Observa Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

> "Seria possível grupar tal tipo de interveniência, do ponto de vista da predominância dos interesses em jogo, em duas espécies: na primeira, o MP intervém como fiscal de direitos ou interesses indisponíveis do grupo social, da coletividade, pouco importando que a ação se desenvolva entre duas pessoas individuais, como na ação de dissolução de sociedade conjugal, pois o destinatário da norma que determina tal intervenção do MP não é o cônjuge, mas a instituição do casamento; na segunda, o MP atuaria como fiscal predominantemente de interesse de determinadas pessoas ou classes de pessoas, destinatários específicos da norma que reclama a sua intervenção.[11]"

Por isso, há divergência sobre a natureza una ou dual da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, sustentando alguns que o Ministério Público age sempre na defesa imparcial do interesse público, sustentando outros haver casos em que sua atividade é de assistência, não se justificando, assim, que emita

10. Curso de Direito Civil Brasileiro. Obrigações e contratos. p. 75.
11. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. O Ministério Público no processo civil e penal. 5. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995. p. 12-14.

parecer contrário ao interesse de incapaz ou, pior ainda, que recorra em favor da parte contrária.

> "O Ministério Público não é nunca um procurador da parte, não é seu mandatário e nem seu defensor, nem mesmo agindo como parte adjunta, mesmo que esta parte seja incapaz. (...). Pode acontecer até que o Curador-Geral, após exigir todas as provas em favor do menor, venha a verificar que o mesmo está nos autos procurando uma vantagem injusta, ilegal e até merecedora de reprovação. Evidente não irá opinar a seu favor, na manifestação final." (João Francisco Moreira Viegas[12]).

Observa Alcides de Mendonça Lima que, como órgão interveniente, a função do Ministério Público é a de *custos legis*, isto é, a favor da incidência correta da norma jurídica aplicável, sem ter de favorecer este ou aquele interessado, ainda que seja um daqueles que provocam sua intervenção, como, por exemplo, incapazes em geral[13].

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro sustenta que, em qualquer caso, o Ministério Público atua como *custos legis*, não cabendo adjetivar as hipóteses, umas como de atuação de fiscal imparcial e outras de fiscal assistente[14]. Mas informa que Hugo Nigro Mazzilli, assim como Cândido R. Dinamarco, sustentam que a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público, quando existe interesse exclusivamente de incapaz, é de assistência.

Embora não querendo distinguir, Paulo Cezar acaba distinguindo. Diz:

> "O MP, em qualquer dessas hipóteses, será *custos legis* e somente isto. Entretanto, os limites de sua atuação processual, notadamente do ponto de vista do interesse recursal, estarão intimamente ligados à divisão acima proposta. No primeiro grupo, o interesse recursal do MP é mais amplo, no sentido de que a sua intervenção não se dá em função de norma com destinatário individualmente especificado, o que permite o seu recurso em face de sentença ilegal e injusta; enquanto o seu interesse recursal, no segundo grupo, se limita às hipóteses de sentença ilegal ou, quanto ao direito material, àquelas hipóteses em que o destinatário individual da norma tem a decisão de mérito contrária aos seus interesses. Não é cabível recurso do MP, pouco importando que a sentença seja injusta, no caso de decisão de mérito favorável ao destinatário individual da norma que determina a intervenção do MP"[15].

Em síntese, sustenta o Autor que, embora motivada a intervenção pelo interesse de incapaz, não fica o Ministério Público limitado a suprir suas eventuais

12. João Francisco Moreira Viegas. Ministério Público; sua atuação no cível. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1990. V. 653, p. 257-9.

13. Processo de conhecimento e processo de execução. p. 199.

14. Também José Fernando da Silva Lopes entende que "a intervenção do Ministério Público como custos legis ocorre sempre em função predominantemente do interesse Público", informa o mesmo Paulo Cesar Pinheiro Carneiro. *Op. cit.*

15. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. O Ministério Público no processo civil e penal. 5. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995. p. 12-14.

omissões processuais, nem fica impedido de opinar livremente, inclusive contra o incapaz. Não faria sentido, porém, que viesse a recorrer em favor da parte adversa. Se esta intervenção, de um lado pode levá-lo a opinar contra o incapaz, não pode, de outro, permitir que, através de recurso somente por ele interposto, continue o processo, defendendo interesse da outra parte, cuja qualidade não reclama a sua intervenção.[16]

Voltaremos ao tema, depois de analisar de modo compreensivo as duas espécies de intervenção.

Como fiscal da lei, o Ministério Público não exerce o direito de ação, pois não provoca o exercício da jurisdição nem formula pedido algum. Dizer que pede a aplicação da lei é formula imprecisa, porque, tecnicamente, pedido é o formulado pelo autor que, com ele, determina o objeto da sentença. Ora, o pedido que faça o Ministério Público, de aplicação da lei, em nada altera o objeto do processo.

Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público pode juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade (CPC, art. 83, II). Isso, porém, é mais autorização legal do que realidade processual, porque, via de regra, o Ministério Público nada sabe sobre os fatos que ocorreram fora processo, apenas conhecendo, como o juiz, das versões oferecidas pelas partes.

Usualmente, limita-se o Ministério Público a apresentar seu parecer, para o que tem vista dos autos depois das partes (CPC, art. 83, I). Trata-se de um projeto de sentença, com valoração das alegações e provas produzidas e indicação do direito aplicável. É um exame do *thema decidendum*, que oferece ao juiz, da perspectiva dos interesses gerais da sociedade, como contraponto aos interesses essencialmente particularizados das partes.

Como fiscal da lei, o Ministério Público é um terceiro, mas legitimado a intervir no processo, com poderes exclusivamente processuais. Dentre eles, o mais importante é, sem dúvida, o de recorrer (CPC, art. 499, § 2º).

O Ministério Público não é um "agente do rei". Verificando que o juiz deixou de aplicar a lei, não oferece representação ao Chefe do Poder Executivo, nem ao Poder Legislativo. O que pode e deve é recorrer à superior instância. Sob esse aspecto, poder-se-ia dizer que o Ministério Público atua como instrumento de controle das instâncias inferiores. Mas ele é mais do que isso, porque, emitindo parecer também nos tribunais superiores, participa dos julgamentos, sem voto, mas com voz.

O fiscal da lei não é parte, nem é juiz, mas atua no processo, primeiro como se fosse parte e, depois, como se fosse juiz. São dois momentos distintos. Antes de encerrada a instrução, cabe ao Ministério Público requerer diligências e produzir provas. Encerrada a instrução, emite parecer.

Essa dupla face da atuação do Ministério Público nos permite afirmar que tanto estão certos os que afirmam a natureza una da intervenção do Ministério Pú-

16. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. O Ministério Público no processo civil e penal. 5. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995. p. 12-14.

blico como fiscal da lei, quanto os que afirmam haver casos em que o Ministério Público intervém como assistente de uma das partes.

No momento de emitir parecer, o Ministério Público age como juiz. Nos demais momentos processuais, age como parte. Por isso, o Ministério Público pode emitir parecer contrário ao interesse do incapaz[17], mas não tem legítimo interesse para recorrer em defesa de direito disponível da parte adversa.

Interesse público e qualidade da parte

Entende-se hoje que só o fato de figurar pessoa jurídica de direito público em um dos pólos da relação processual não implica necessária intervenção do Ministério Público em função da "qualidade da parte" (CPC, art. 82, III). É preciso que se faça presente o requisito do interesse público, como salientado na seguinte lição:

> "Já Calmon de Passos pondera: 'Nessa mesma linha de raciocínio, isto é, da inaceitabilidade da presença do Ministério Público em um feito apenas porque parte nele uma pessoa jurídica de direito público, também recusamos acerto à afirmativa de ser necessária sua intervenção em ação de execução fiscal, como em todo e qualquer feito cível em que seja autor, ré, interveniente, a União, o Estado, o Município ou suas entidades descentralizadas' (Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do CPC, *in* Revista Forense, 268157).
>
> Celso Agrícola Barbi, por seu turno, ao mesmo tempo em que acentua a dificuldade de conceituação do que seja interesse público, ministra: 'Não podem ser os interesses patrimoniais da Fazenda e suas autarquias, porque elas têm seus procuradores judiciais, habilitados a bem defendê-las em juízo' (*in* Coments. ao CPC, Forense, I/380, Tomo II).
>
> Os julgados já vêm agasalhando a tese ora defendida, reservando a intervenção do Ministério Público para aquelas hipóteses de ocorrência de interesse público substancial, como Lembra Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao referir decisões do egrégio Tribunal de Minas Gerais e do Excelso Pretório (CPC Anotado, Saraiva, p. 46/47, e vê-se de RTJ, 94/395, 94/899 e 96/ 266): 'Ministério Público. Intervenção obrigatória. Art. 82, III, c/c. o art. 246 do CPC. Interesse público. A circunstância de a pessoa de direito público ser parte na lide não constitui razão suficiente para a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público, se não evidenciada, no caso, a conotação de interesse público. Não se aplica o art. 82, III, do CPC à hipótese de execução por título extrajudicial contra a Prefeitura Municipal. Recurso extraordinário conhecido, mas improvido'.
>
> 'A circunstância de a pessoa de direito público ser parte na causa não constitui razão suficiente para a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público, se não evidenciada a conotação de interesse público. Na espécie, o princípio do art. 82, III, do CPC não obriga a intervenção do Ministério Público pelo só aspecto de haver interesse patrimonial da Fazenda Pública. Recurso extraordinário conhecido e provido'.
>
> 'Intervenção do Ministério Público. Interesse público. Interpretação do art. 82, III, do CPC. O acórdão recorrido, ao entender que a mera execução por título extrajudicial, posto que ajuizada contra o Município, dispensava a intervenção do Ministério Público, porque, ausentes as exigências impostas pelo inc. III do art. 82 do CPC, deu-lhe interpretação mais do que razoável. Incidência da Súmula n. 400. Recurso extraordinário não conhecido.
>
> A qualidade da parte, segundo Frederico Marques, como índice de interesse público emergente da lide, deve ser aferida tendo-se em vista o órgão ou pessoa que participe do processo como parte. Numa ação em que figura a União, o Município, ou outra pessoa jurídica de direito público, a qualidade do litigante não é de molde a justificar a intervenção do *custos legis*. (Francisco de Paulo Xavier Neto)[18] "

Até em ações relativas à incidência de tributos tem sido negada a existência de interesse público a exigir a intervenção do Ministério Público, o que nos parece um exagero.

Decisão sobre a existência de interesse público

A intervenção do Ministério Público condiciona-se a uma dupla apreciação: do juiz, que determina sua intimação, e do próprio Ministério Público, com poderes para decidir, conclusivamente, não ser caso de intervenção. Inversamente, se é o Ministério Público que voluntariamente intervém, cabe ao juiz decidir sobre sua legitimidade:

> "não bastará o agente entender que tem de intervir, para não ser obstado; ou não bastará o juiz determinar para que o agente tenha de submeter-se, ingressando no feito. Se o Ministério Público entender que deve intervir e o juiz (em regra o incidente é no primeiro grau) indeferir, o caso somente será solvido se houver recurso e, então, valerá o pronunciamento superior; em caso contrário, transitando em julgado a decisão, a intervenção não poderá ocorrer." (Alcides de Mendonça Lima[19]).

17. A jurisprudência conforta a assertiva de que o Ministério Público pode emitir parecer contrário ao interesse da parte que motivou a sua intervenção, daí não decorrendo nulidade. São Paulo, Tribunal de Justiça, Décima Sexta Câmara Civil, Apelação Cível 217.787-2, Pereira Calças, relator, 8.2.94. JTJ – Volume 153 – Página 25; São Paulo, Tribunal de Justiça, 5ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 46.725-4/0, Boris Kauffmann, relator designado, 8.8.97, RT – Volume 748 – Fevereiro de 1998 – Ano 87.

18. Francisco de Paulo Xavier Neto. Intervenção do Ministério Público pela qualidade da parte. Porto Alegre, Ajuris, (38): 219-23, nov./86.

19. Processo de conhecimento e processo de execução. p. 200.

Essa lição é particularmente válida para os casos de intervenção face à existência de "interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte", porque, nos demais casos, a determinação legal não suscita dúvida maior. É importante afirmar-se o caráter vinculante e preclusivo do ato do Ministério Público que afirma não ser caso de intervenção sua no processo. De outra sorte, estar-se-á minando o processo com possível causa de nulidade, a ser detonada a qualquer momento, pelo próprio juiz, pela segunda instância, pelos tribunais superiores e por ação rescisória. Daí o acerto da "posição intermediária", entre os extremos da facultatividade e da obrigatoriedade, a que se refere Alcides de Mendonça Lima:

> "Em posição intermediária pode ser apresentada a conclusão, de lavra de Arruda Alvim Netto, a que chegou o 5º Curso de Especialização em Direito Processual Civil da PUC, São Paulo, com o seguinte enunciado: *O art. 82, II*[20], *é norma discricionária. O titular desse poder discricionário é o Ministério Público. Ao Poder Judiciário cabe, a nível da legalidade, controlar o exercício regular deste poder.*
>
> Por esta orientação, cabe ao órgão do Ministério Público resolver se deve, ou não, intervir no feito, mas o Poder Judiciário, em decisão final, tem o direito de admitir, ou não, o ingresso; da mesma forma, não cabe a nenhum órgão do Poder Judiciário, por mais elevado que seja, impor a presença do agente do Ministério Público, mas, simplesmente, se assim entender indispensável, mandar intimá-lo, para, então, o membro agir como melhor lhe parecer, inclusive nada postulando.[21] "

Essa é uma observação que reputamos fundamental, para a determinação do regime jurídico da nulidade decorrente da falta de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei.

Momento a partir do qual se torna exigível a intervenção

Segundo Antônio Cláudio da Costa Machado, a intervenção do Ministério Público, nas causas em que haja interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, somente se torna exigível a partir do momento em que se constata a existência desse interesse.[22]

Admite, porém, que o Ministério Público, ao intervir, argua a nulidade do processo, porque prejudicada a defesa do interesse público, por não haver atuado nos atos anteriores.

A incongruência que daí resulta não passou despercebida ao Autor, que tratou de justificar-se:

> "Se é verdade que a parte não pode ser prejudicada pelo fato de não ter sido acertado o interesse público, o que conduz ao postulado de que antes de tal acertamento não é exigida a intervenção, não menos verdade é que sobre o interesse da parte está o interesse do Estado de que a relação controvertida seja perfeitamente definida em juízo. Mais importante nesse caso do que prevalecer o bem-estar processual da parte é prevalecer a verdade real e o direito regido por lei de ordem pública. Em outros termos, a regra é a não-exigibilidade da intervenção antes do acertamento do interesse público e o não-decreto da nulidade de atos anteriores ao acertamento se e quanto houver prejuízo da função fiscalizatória.[23] "

Entendemos que o interesse público determinante da intervenção do Ministério Público está presente no processo, mesmo antes que se dêem conta as partes e o juiz. Ao determinar, tardiamente, a intimação do Ministério Público, o juiz pratica ato de saneamento do processo.

Concordamos, porém, em que compete ao Ministério Público argüir a nulidade, por falta de sua intervenção nos atos anteriores do processo. É que, assim como lhe cabe examinar a efetiva existência de interesse público a exigir sua intervenção, assim lhe cabe examinar se, da falta de sua participação em atos anteriores, resultou ou não prejuízo para o interesse que é chamado a defender.

Daí decorre importante conclusão: entendendo existir interesse público, que exigia a intervenção do Ministério Público, não deve o tribunal pronunciar desde logo a nulidade, mas determinar sua intimação: se o Ministério Público não argúi a nulidade, sana-se o vício, prosseguindo-se nos demais atos do processo.

Não deve o tribunal, precipitadamente, pronunciar a nulidade, por ser possível que o Ministério Público entenda não ser caso de intervenção sua no processo. Se a nulidade já houver sido pronunciada, ter-se-á criado um impasse porque, salvo recurso, o tribunal não poderá rever sua decisão: repetir-se-ão atos do processo para que nele intervenha quem não quer intervir.

Justifica-se a participação de um fiscal da lei?

É difícil situar, no processo, a atuação do Ministério Público como fiscal da lei. Na relação processual triangular – autor, juiz, réu – seria o Ministério Público o "quarto ângulo" do triângulo?

Mauro Pinto Marques critica essa "função interventiva fiscalizadora" do Ministério Público, afirmando ser necessário repensar a denominada "parte pública autônoma". Como entender esta incumbência não acorde com a etiologia da instituição? Como entendê-la, se não regrada explicitamente, e parece que nem implicitamente, pela *lex maxima*? A disposição constitucional não coloca como função institucional do Ministério Público a de

20. Na verdade, a referência é ao inciso III que, à época, tinha a seguinte redação: "em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte." A Lei 9.415, de 23.12.96, alterou a redação desse inciso, substituindo-a pela atualmente em vigor: "nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte."

21. Processo de conhecimento e processo de execução. p. 201.

22. Ibidem, p. 396.

23. Ibidem, p. 397.

"fiscal da lei". Esta atribuição, prevista no Código de Processo Civil e em leis extravagantes, estaria compreendida na definição "defesa da ordem jurídica" do art. 127 da Constituição, ou caberia no amplo regaço do inciso IX do mesmo art. 129, ou, finalmente, estaria revogada por incompatível com o novo texto constitucional? "Defesa da ordem jurídica" não será exatamente "promover" (processar), tão-só, quem investir contra ela?

Prossegue o Articulista, falando da sobrecarga de atribuições do Ministério Público. Pergunta para que seria necessário um "parecer", se o juiz conhece o Direito (*iura novit curia*). E conclui:

> "Sendo a deformalização – não só dos instrumentos e procedimentos, mas de toda uma estrutura judicial – um fim a ser buscado, dispense-se o 'parecer', embora competente e interessado, do agente do Ministério Público, intervenção que não faz sentido. Não faz sentido também porque a notável instituição tem preocupações outras, mais urgentes e tão mais significativas, a exigir sua imprescindível presença como 'parte'. A experiência, habilidade, competência, desassombro e idoneidade de seus membros precisam estar onde for necessário preencher vazios, porque o cidadão não pode.
>
> Na feitura do 'parecer', na causa cível que já tem o tripé segundo a modelar teoria da ação, ele, Ministério Público, não é mais que um auxiliar qualificado do Juiz (que não precisa, e, ao demais, significa uma atuação secundária para o Órgão Ministerial).[24]"

De um ponto de vista estatístico, é desprezível a intervenção do Ministério Público na instrução do processo, pela simples razão de que desconhece os fatos vividos pelas partes. O que realmente prepondera, em sua atuação como fiscal da lei, é o parecer que oferece ao juiz como projeto de sentença.

Considerado apenas o valor *celeridade do processo*, apresenta-se o parecer do Ministério Público apenas como um ato a mais, eventualmente inútil, a retardar a entrega da prestação jurisdicional.

Considerado o valor *qualidade dos julgamentos*, o parecer do Ministério Público, acolhido ou não pelo juiz, aumenta o percentual de acertos, isto é, de decisões socialmente desejáveis. Inestimável a ajuda que pode prestar ao juiz o parecer de um órgão independente, sem interesse pessoal no resultado do processo. Um mau parecer não impede uma boa sentença, mas um bom parecer pode impedir uma sentença ruim.

Natureza da nulidade por falta de intervenção do fiscal da lei

Há doutrina e jurisprudência no sentido de que a falta de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, nos casos em que é exigida, acarreta nulidade absoluta e insanável.

24. Mauro Pinto Marques. A custódia da lei. Porto Alegre, Ajuris (65): 279-84, nov. 95.

Discordamos frontalmente. Entendemos, também com o apoio de jurisprudência, que a nulidade somente deve ser pronunciada se argüida pelo Ministério Público e se tiver ocorrido prejuízo para o interesse a que é chamado a defender. Assim, verificando o tribunal que o processo correu sem a intervenção do Ministério Público, deve determinar sua intimação e pronunciar a nulidade dos atos anteriores somente se argüida por ele, que é, a nosso ver, o único legitimado para tal.

O Superior Tribunal de Justiça julgou procedente ação rescisória, por falta de intervenção do Ministério Público em processo de interesse de incapaz, afirmando ocorrer, na hipótese, nulidade absoluta, que não se sana por sua intervenção no 2º grau de jurisdição, ainda que sem argüir a nulidade. Disse o Ministro Américo Luz (relator).

> "Entendo que a norma do art. 82 do Código de Processo Civil é de natureza cogente, tornando, portanto, obrigatória a intervenção do M.P., como fiscal da lei, nas causas que arrola em seus incisos, sob pena de nulidade absoluta, e, como tal, impossível de ser sanada, nos expressos termos do parágrafo único do art. 246 desse diploma.
>
> Nesse sentido direciona-se a melhor doutrina, conforme se vê das lições de Muniz de Aragão, em seus comentários ao texto processual referido (art. 246), ao dizer: '...é fácil verificar que o texto fulmina de nulidade absoluta, insanável, portanto, a falta de intervenção do Ministério Público, porque e quando funciona na qualidade de fiscal da lei. Neste caso, é inaplicável qualquer princípio de sanação, incluído o que se lê no art. 249, § 2º, precisamente porque este pressupõe nulidade não-absoluta, isto é, que o interesse tutelado pela norma seja o daquele em cujo favor foi proferida a sentença. Ora, como o interesse público não perde nem vence causas, é impossível recorrer a esse preceito para aplicá-lo à nulidade absoluta, que é insanável. (...) Com isso fica demonstrado que nos casos de intervenção do Ministério Público na qualidade de fiscal da lei, seja qual for o rumo em que se oriente a sentença, haja ou não mais de um motivo para sua atuação, é impossível aplicar-se o disposto no art. 249, § 2º, pois não se configurará jamais a hipótese de o juiz poder decidir o mérito a favor do interesse público, impondo-se, sempre e inquestionavelmente, a declaração da nulidade, se em tais causas não houver funcionado o Ministério Público. O Ministério Público intervém a benefício do Direito e a ausência de sua intervenção gera nulidade absoluta.' *In* Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Forense, Vol. II, págs. 392/393/394).

De igual maneira orienta-se a jurisprudência predominante, conforme noticiam os julgados abaixo:

'A intervenção do órgão do Ministério Público, quando funciona como fiscal da lei, sempre se faz em virtude do mesmo e único inte-

resse público. O seu papel é precisamente o de fiscalizar, por todos os meios ao seu alcance, interpondo-se como instrumento estatal da neutralização do seu poder dispositivo. Em tal posição se situa o Código de Processo Civil atual, do qual resulta que a ausência do MP, quando fiscal da lei, em casos nos quais deve intervir em nome do interesse público, gera nulidade absoluta insanável' (Ac. unân. 69 da 3ª Câm. do TJPR de 17-3-81, na AC 1.521, PRJ 1º/134).

'Tratando-se de hipótese em que a lei considera obrigatória a intervenção do Ministério Público, a pena cominada para a omissão é a de nulidade absoluta' (Ac. unân. da 4ª Câm. do TJSP de 30-06-83, na AC 33.828-1, RT 579/101).

'A falta de intimação do Ministério Público para intervir no processo, nos casos em que a lei considera obrigatória essa intervenção, torna o processo nulo, podendo o juiz declará-lo de ofício. É ao Ministério Público que cabe decidir, em cada causa, sobre a existência ou não de interesse público e, conseqüentemente, sobre se deve ou não intervir. A jurisprudência não admite que a omissão do Ministério Público em primeiro grau seja suprida pela manifestação de seu órgão na instância superior" (Ac. unân. da 9ª Câm. do 2º TACivSP de 31-8-83, nos embs. decls. 147.387, JTACivSP 85/407).

Assim, ao contrário do afirmado pela ré, muito embora sua tese encontre respaldo em alguns julgados e mesmo na doutrina de Celso Agrícola Barbi *in* Comentários ao CPC, Vol. I. Tomo II), a manifestação do órgão em segunda instância não se mostra suficiente para sanar a irregularidade.

Também o Pretório Excelso teve oportunidade de manifestar-se sobre o tema, por ocasião do julgamento do RE nº 76.868-8, sufragando, à unanimidade, o entendimento expressado pelo relator, eminente Ministro Aldir Passarinho, resumido na ementa seguinte:

'Processual. Menores. Intervenção do Ministério Público. Indispensabilidade: art. 80, § 2º do Código de Processo Civil. Nulidade: art. 84 do mesmo Código. Havendo, no feito, interesse de menor, a intervenção do Ministério Público é indispensável, na conformidade do disposto no art. 80, § 2º do Código de Processo Civil, não sendo de considerar-se sanada a omissão se tal interveniência se faz apenas em segunda instância. A cominação é de nulidade, segundo o art. 84 do mesmo Código. Recurso extraordinário conhecido e provido."

De ressaltar-se que, embora essa decisão tenha se apoiado no Código de Processo anterior, a mesma compreensão da matéria, atualmente, não encontra obstáculo no diploma vigente, em que os princípios são os mesmos.

Em face do exposto, julgo parcialmente procedente a presente ação, em ordem a anular o processo, para que o Ministério Público integre a relação processual, a partir de quando a sua manifestação se fazia necessária, ou seja, após a apresentação da contestação, nos termos do art. 83, I, e parágrafo único do art. 246 do CPC.[25]"

Em certa ação de indenização por acidente do trabalho, fundada no direito comum, tribunal paulista afirmou a nulidade absoluta do processo, por falta de intervenção do Ministério Público, por haver interesse de menores, filhos da autora, embora não fossem partes no processo. A nulidade foi decretada a pedido da parte vencida![26]

Comentamos. Da morte acidentado decorreu, no caso, o direito de indenização da esposa e filhos. A hipótese não é de solidariedade nem de litisconsórcio necessário. Cada um dos lesados é titular de parcela do todo da indenização que, expressa em dinheiro, é perfeitamente divisível. Sobre o tema, diz Orlando Gomes:

"A lei abre uma exceção à regra geral de que o direito à indenização pertence unicamente a quem sofreu diretamente o dano. Quando a vítima falece, admite que a indenização seja pleiteada pelos que viviam sob sua *dependência econômica*. De regra, a *legitimação ativa* limita-se aos herdeiros da vítima, mas a restrição é censurável.

Cumpre distinguir hipóteses quando ocorre o óbito da vítima. Primeiramente, a morte pode decorrer de outra causa que não o ato ilícito. Produzido o dano, sobrevém o falecimento da vítima antes de ter acionado o ofensor. Nesse caso, o direito de exigir a reparação transmite-se *mortis causa*. Mas a questão da *legitimidade ativa* excepcional não se apresenta nesses termos, surgindo na hipótese de consistir o dano na morte da vítima. A pretensão à indenização corresponde originariamente, nesse caso, aos que dependiam economicamente do finado. Trata-se de *pretensão independente*, atribuída aos prejudicados, ainda que não sejam herdeiros do falecido.[27]"

E diz Wilson Melo da Silva:

"A ação da reparação do dano é outorgada *iure proprio*, não se revestindo de caráter hereditário, nem alimentar, tanto que cabe exercê-la, na qualidade de sujeito ativo, não somente ao lesado, mas a todos os lesados, isto é, a todas as pessoas prejudicadas pelo ato danoso.[28]"

25. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção. Ação Rescisória nº 99-MG, Min. Américo Luz, relator, 29.5.90. RSTJ – Vol. 10 – Junho 1990 – Ano 2 – p. 17.

26. São Paulo, 2º Tribunal de Alçada Civil, Apelação 489.058-00/0, Laerte Carramenha, relator, RT – Volume 747 – Janeiro de 1998 – Ano 87.

27. Orlando Gomes. Obrigações. Rio de Janeiro, Forense, 1981. p. 345.

28. Wilson Melo da Silva. Da responsabilidade civil automobilística. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1988. p. 468.)

Esclarece José de Aguiar Dias:

"Um dano pode atingir várias pessoas. Cada uma tem, então, direito de exigir reparação do responsável, tome-se esta palavra no sentido estrito de pessoa a quem incumbe obrigação decorrente de ato ilícito, ou no amplo sentido de pessoa que suporta em definitivo um prejuízo. Embora possam, desde que ocorram as condições processuais, cumular as respectivas ações, cada qual terá uma indenização distinta. Explica-se: com a outorga de uma soma global, a repartição do *quantum* entre as vítimas, proporcionalmente ao dano experimentado, se tornaria impossível, além de outras dificuldades que naturalmente suscitaria, sem contar que cada um intenta sua ação por direito próprio, que não depende do procedimento judicial dos demais para prosperar. Não há, nessas hipóteses, solidariedade ativa.[29]"

Assim, o direito da autora podia e devia ter sido reconhecido no que tange à sua parte, excluindo-se a dos filhos que, não sendo partes no processo, não seriam atingidos pela coisa julgada.

Raciocinou-se, porém, no acórdão, como se a hipótese fosse de solidariedade ativa. Embora pleiteando em nome próprio, seria a indenização a ela outorgada por inteiro. Somente nessa hipótese se poderia falar na existência de interesse de menores, embora não sendo partes.

A hipótese é diferente da ação movida por espólio que, não sendo pessoa jurídica, embora tenha personalidade judiciária, não é pessoa distinta da dos herdeiros, motivo por que, aí sim, poder-se-ia afirmar haver interesse de incapazes que não são partes em sentido formal.

Chama a atenção a circunstância de a nulidade haver sido argüida pela parte adversa, indício veemente de ocorrência de prejuízo para ela, não para os incapazes.

Necessidade de manifestação positiva do Ministério Público para a decretação da nulidade

Já observamos que, assim como cabe ao Ministério Público decidir a respeito da efetiva existência de interesse público a exigir sua intervenção, assim lhe cabe decidir se, da falta de sua participação em atos anteriores do processo, resultou ou não prejuízo para o interesse que legitima sua intervenção.

Assim, entendendo a parte que o feito exige a intervenção do Ministério Público, deve requerer sua intimação, cabendo ao juiz, em igual hipótese, determiná-la. Se o Ministério Público, intimado, embora intervindo, não argúi a nulidade, sana-se o vício.

Ao tratar das nulidades por falta de intervenção do Ministério Público, Antônio Cláudio Costa Machado começa por afirmar que a hipótese é de nulidade absoluta, por violação de norma cogente tuteladora de interesse público, independendo sua decretação da verificação de prejuízo. Mas logo pergunta: como se explica a orientação liberal e de relativização de nossos tribunais em certas situações? Responde:

"Inicialmente, não podemos desconsiderar que o fato da ordem processual prever intervenções do Ministério Público visando escopos tão diferentes há de provocar obrigatórias mutações disciplinares em nível de nulidades. Realmente, uma coisa é a função de substituição processual do revel fictamente citado (art. 9º, II), outra é a de assistência ao incapaz (art. 82, I); uma coisa é a fiscalização fundada em situação não especificamente prevista (art. 82, III), outra é a fiscalização exercida nas hipóteses expressamente discriminadas pela lei (art. 82, II, e leis especiais). As particularidades de cada uma dessas intervenções haverão de ser, necessariamente, levadas em conta para que se possa compreender como o sistema processual deve tratar a nulidade em relação a cada caso."

Tratando especificamente da intervenção do Ministério Público fundada na existência de interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte (art. 82, III), sustenta que ela somente é exigida a partir do momento em que seja definido o interesse público no processo, por não ser justo que se penalize a parte com o decreto de nulidade e o retrocesso procedimental só porque ela mesma não o percebeu.

Dessa premissa extrai a conclusão de que, intimado o Ministério Público apenas na segunda instância, cabe-lhe argüir ou não a nulidade, conforme entenda que houve ou não prejuízo para o interesse público[30].

Parece-nos de duvidosa juridicidade a assertiva de que a intervenção do Ministério Público somente se torne exigível a partir do momento em que as partes ou o juiz percebem a existência de interesse público. Isso implica dispensar sua intervenção por motivo de ignorância ou desatenção das partes e do juiz.

Chegamos ao mesmo resultado, mas por caminho diverso.

Em primeiro lugar, repudiamos a lição de Galeno Lacerda, no sentido de que a violação de norma cogente, tuteladora de interesse público, implique nulidade insanável, independentemente da verificação da prejuízo. O princípio da sanação se aplica mesmo nessa hipótese, não devendo a nulidade ser pronunciada se não resultou prejuízo para a finalidade do processo.

Em segundo lugar, assim como pode o Ministério Público recusar-se a intervir no processo, se entender inexistente interesse público que exija sua intervenção, assim pode o menos, que é verificar se de sua ausência, nos atos anteriores do processo, resultou ou não prejuízo para o interesse público que é chamado a defender.

29. José de Aguiar Dias. Da responsabilidade civil. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987. V. II, p. 926.

30. Ibidem, p. 590-2

Por isso, entendendo o juiz ser caso de intervenção do Ministério Público, não deve desde logo pronunciar a nulidade. Deve determinar sua intimação e decretá-la somente se argüida pelo Ministério Público, na primeira oportunidade em que fale nos autos e se da falta de sua intervenção resultou prejuízo.

Embora seja nova a idéia de que somente o Ministério Público tem legitimidade para argüir a nulidade por falta de sua intervenção, não faltam acórdãos sustentando que ela precisa ser por ele alegada, suposto que devidamente intimado.

Menor, assistida por sua mãe, interpôs apelação, argüindo a preliminar de nulidade, por falta de intimação do Ministério Público para a audiência de instrução e julgamento. O Tribunal rejeitou a preliminar, por não haver a nulidade sido argüida pelo Ministério Público:

> "embora obrigatória a intervenção do Ministério Público, em 1º grau, a teor do art. 82, I, do CPC, estimo que o descumprimento de tal norma, no caso, não gere a nulidade cominada do art. 246.
>
> É que, ao intervir no processo, às fls. 40/41, o agente do Ministério Público não requereu a anulação do processo.
>
> Ora, a norma do art. 82, I, tutela interesses particulares, e, portanto, a despeito de cominado o vício (art. 246), a nulidade é relativa (v. Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, "Comentários", nº 92.6, pp. 449/459, Porto Alegre, 1985).
>
> Por conseguinte, deverá ser alegada pela parte – e ao Ministério Público, reza o art. 81 do CPC, tocam os ônus das partes – na primeira oportunidade (art. 245, caput), importando a inércia preclusão para ela (Dall'Agnol Júnior, ob. cit., nº 91.2, p. 439). Rejeito a preliminar de nulidade[31].

Em ação de cobrança envolvendo empresa em liquidação extrajudicial, o Superior Tribunal de Justiça rejeitou a preliminar de nulidade, por falta de intervenção do Ministério Público, por não haver sido por ele alegada, demonstrando, assim, inexistir prejuízo:

> "Revelam os autos que a liqüidação extrajudicial da recorrente somente foi noticiada por ocasião da apelação, e nela, também, requerida a intervenção da Curadoria de Liquidações.
>
> Cabe ressaltar que, intimado, manifestou-se o Ministério Público, porém, naquela oportunidade, não argüiu nenhuma nulidade e nem alegou qualquer prejuízo (fl. 124).
>
> Assim, não tenho como válida a assertiva no parecer da douta Procuradoria da Justiça Estadual sobre a nulidade do processo força do artigo 246, § único, do Código de Processo Civil.

31. Porto Alegre, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível 597091990, Araken de Assis, relator, 7.8.97. RJTJRGS – Vol. 184 – Outubro de 1997 – Ano XXXII – p. 351.

> Ao contrário do que se afirma, inexiste ofensa ao dispositivo de lei invocado. Isso porque a não intervenção do Ministério público na primeira instância além de nenhum prejuízo acarretar à recorrente, este, em verdade, interveio nos autos nada requerendo. O Acórdão recorrido decidiu corretamente a controvérsia, ao rejeitar essa preliminar, conforme preceitua o art. 249, § 1º, da lei processual civil.[32]"

Ao analisar a nulidade por falta de intervenção do Ministério Público em processo de interesse de incapaz, Antônio Cláudio da Costa Machado assim se pronuncia:

> "Quanto a nós, temos nos convencido de que o melhor posicionamento é o que sustenta a viabilidade da sanação do vício pela ratificação manifestada pelo Ministério Público de primeiro ou de segundo grau na hipótese deste considerar ausente o prejuízo para o incapaz. Ora, se a função de assistência visa ao prevalecimento do interesse do autor ou réu hipossuficiente e a sentença proferida atende integralmente a esse interesse, ainda que para tal não haja contribuído o *parquet*, não há motivo que justifique a anulação. Muito mais relevante para o Estado e a sociedade é o reconhecimento do interesse do incapaz, que é indisponível, do que a estrita observância do meio para se chegar a esse fim. A anulação neste caso, e a bem da verdade, só teria o condão de prejudicar o assistido. Por tais motivos é que entendemos aplicável à intervenção da curadoria de incapazes a regra contida no § 2º do art. 249 do Código de Processo Civil e o princípio da instrumentalidade nele consagrado, uma vez que em tais situações o sucesso da parte é sinônimo do sucesso da defesa espontânea do incapaz e, conseqüentemente, do interesse que o inc. I do art. 82 quis resguardar. Pelo contrário, se na causa houver sucumbência parcial do hipossuficiente, caberá ao órgão do *parquet* analisar com cuidado todas as nuanças do processo para, então, concluir se é mais vantajoso pedir a anulação (percebida a possibilidade de melhor sorte na demanda com o retrocesso e a atividade ministerial coadjuvante) ou ratificar todos os atos do incapaz (se percebida a adequação da sentença aos fatos provados com eficiência nos autos).[33]"

Em síntese: verificando ser caso de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, deve o juiz determinar sua intimação, somente pronunciando a nulidade dos atos anteriores do processo se por ele argüida, na primeira oportunidade em que falar nos autos, e se da falta houver resultado prejuízo.

32. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial 2.048, Ministro Waldemar Zveiter, relator, 27.3.90. RSTJ – Vol. 09 – Maio 1990 – Ano 2 – p. 409.

33. Ibidem, p. 594.

Suponha-se que não tenha havido a intervenção do Ministério Público no primeiro grau de jurisdição e que, na apelação, a parte ou o tribunal, de ofício, suscite, com tal fundamento, a nulidade do processo.

> "Aqui", diz Antônio Machado, "duas questões ligadas intimamente uma à outra se colocam: é lícito ao tribunal decretar a nulidade de todo o processado em primeira instância? Duas, é possível o suprimento da falta de intervenção em primeira instância pela manifestação do órgão ministerial que funciona em segunda instância? À primeira indagação respondemos que depende. Como visto, de conformidade com o posicionamento que adotamos, se não houve discussão em primeiro grau sobre o acertamento do interesse público, não pode a parte ser penalizada com o decreto da nulidade a não ser que tenha havido evidente prejuízo para a função fiscalizatória. Em decorrência disso, cremos que a melhor solução é esta: sem manifestação e pedido expresso do órgão ministerial de segunda instância não pode o tribunal anular o processado em primeiro grau; se a anulação tem em vista proporcionar ao Ministério Publico oportunidade de atuar e o próprio órgão oficiante dispensa tal oportunidade (o que faria pedindo a nulidade), não há motivo que autorize o Judiciário a resguardar o que o *parquet* já desprezou. À segunda indagação, respondemos seguramente que sim, e mais uma vez nos valemos da doutrina a que temos dado apoio. Se não há exigibilidade da intervenção antes do acertamento do interesse público e este só ocorre em segunda instância, é claro que a intimação do Procurador da Justiça é suficiente para a validade do processo. Entendendo este órgão, no entanto, que a função fiscalizatória foi comprometida pela não-atuação do órgão inferior, fica-lhe aberta a oportunidade de requerer a anulação com base na ocorrência de prejuízo. Sem apresentar exatamente a doutrina que temos exposto, a jurisprudência vem admitindo a tese do suprimento[34] ".

Concordamos com essas conclusões do Autor, a partir de uma premissa que, a nosso ver, as explica com maior simplicidade e exatidão: somente o Ministério Público tem legitimidade para alegar a nulidade do processo por falta de sua intervenção. A parte pode apenas provocar seu pronunciamento. Se o Ministério Público não se manifesta positivamente no sentido da nulidade, ocorre preclusão.

É claro que, para que se fale em preclusão, é preciso que se intime o Ministério Público. Se o Procurador de Justiça, tendo vista dos autos, não argúi a nulidade, sanou-se o vício.

Em outras palavras, a decretação da nulidade depende de alegação do Ministério Público e da existência de prejuízo. Em

34. Ibidem, p. 399.

muitos casos, a existência de prejuízo há de se presumir pelo só fato da argüição da nulidade, por não se saber qual seria o resultado do processo, se produzidas as alegações e provas ausentes por falta de sua tempestiva intimação.

Em conclusão: só o Ministério Público, devidamente intimado, pode argüir a nulidade do processo por falta de sua participação como fiscal da lei. É uma idéia que surge como projeção natural da doutrina e da jurisprudência acima consideradas.

Cabendo ao Ministério Público decisão sobre a existência de interesse público e sobre a existência de prejuízo, às partes não é dado mais do que requerer e, ao juiz, determinar sua intimação.

Claro, não se pode impedir a parte de interpor recurso, argüindo a nulidade por falta de intervenção do Ministério Público. Trata-se de direito assegurado pela legislação processual. Mas a decretação da nulidade há de depender de manifestação positiva do Ministério Público. Em outras palavras, o que pode a parte é provocar a manifestação do Ministério Público, inclusive por via de recurso.

O mesmo raciocínio há de se fazer no caso de rescisória proposta com tal fundamento.

Essa é a tese que oferecemos à consideração dos doutos, contrariando, assim, a jurisprudência, que nem sempre tem exigido prévia e positiva manifestação do Ministério Público para a decretação da nulidade[35].

Assim, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça decretou a nulidade de um processo: a) porque não citada a mulher do réu, não obstante se tratasse de ação real; b) por haver notícia nos autos de que havia menores co-proprietários do imóvel, havendo, pois, interesse indireto dos mesmos, a exigir a intervenção do Ministério Público.

> "o recorrente era o proprietário do imóvel. Deixou de pagar as prestações do financiamento. O agente financeiro executou a hipoteca com base no Decreto-lei n. 70/66 e, posteriormente, alienou o bem ao recorrido, que, de posse do título de propriedade, ajuizou a ação reivindicatória.
>
> Em se tratando de ação real, lastreada no direito de propriedade, forma-se litisconsórcio passivo necessário entre os cônjuges, pelo que deveria o recorrido ter requerido a citação da atual mulher do recorrente, com a qual está casado desde 1990; antes, portanto, do ajuizamento da ação.
>
> A questão é pacífica tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Na ação real, tem-se por indispensável a citação dos cônjuges.
>
> .....
>
> Não bastasse isso, tenho que efetivamente existe interesse de me-

35. Sem ouvir o Ministério Público pode-se rejeitar a arguição de nulidade, por ausência de prejuízo, como no caso de sentença totalmente favorável ao menor.

nores a demandar a intervenção obrigatória do Ministério Público, nos termos do art. 82, I, do Código de Processo Civil.

Consta dos autos que o recorrente foi casado com Isanilde Cruz de Oliveira e dessa união nasceram três filhos, ainda menores. Por ocasião do divórcio do casal, a divorciada renunciou em favor dos filhos os direitos que tinha sobre o imóvel objeto dos autos. Assim, os filhos passaram a ser também senhores do apartamento. Desta forma, a ação reivindicatória influirá no direito daqueles, que ficariam privados da posse do bem em caso de procedência da pretensão do autor.

Ocorrendo, destarte, interesse de menores, ainda que indiretamente, é dever do órgão do "*Parquet*" intervir para apurar a regularidade na aplicação da lei. A respeito da participação do Ministério Público, em decorrência de interesse indireto de menores, decidiu esta Turma, no REsp n. 32.439/SP (DJ 25.03.96), em acórdão assim ementado:

"II – A mãe, ao sustentar a nulidade da venda realizada pelo pai, de imóveis de propriedade do casal, pretendendo que o patrimônio se reincorporasse ao acervo da família, buscou preservar, mesmo que por via difusa, as legítimas dos filhos menores que estariam prejudicadas com as alienações. Daí o interesse de incapazes a provocar a intervenção do Ministério Público".

Reputo, portanto, malferidos os arts. 10, parágrafo único, I e 82, I do Código de Processo Civil, prejudicada a análise das demais insurgências.[36]"

Comentamos. Se os menores eram realmente co-proprietários do imóvel reivindicado, haveria nulidade, não por falta de intervenção do Ministério Público, mas por não haver a ação sido proposta também contra eles, na condição de litisconsortes passivos necessários. Como, todavia, fala-se no acórdão em interesse apenas indireto dos menores, deve-se crer que, por falta do devido registro, tivessem eles apenas direito pessoal sobre o apartamento.

Seja como for, o certo é que se decretou a nulidade do processo, não apenas por falta de citação da mulher do réu, mas também por falta de intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, sem sua audiência prévia, a nosso ver indispensável.

Atendida essa condição, entendemos que caberia a decretação da nulidade, mesmo na instância especial, porque se trata de vício que autoriza a propositura de ação rescisória, o que exclui a possibilidade de preclusão, por não haver o Ministério Público se manifestado, na instância ordinária, no sentido de sua decretação.

Nulidade e prejuízo

A nosso ver, ressente-se de bom senso a assertiva de que a nulidade do processo, por falta de intervenção do Ministério Público, deve ser decretada ainda que alcançada a finalidade do processo, isto é, ainda que da falta não haja resultado prejuízo.

Se o processo atingiu o resultado justo, a repetição dos atos já praticados será inútil, se vier a se chegar ao mesmo resultado; lamentável, se dela decorrer outro resultado, ou seja, um resultado injusto.

Felizmente, a exigência de prejuízo é freqüentemente exigida pelos tribunais, como requisito para a decretação da nulidade. Assim, por exemplo, decidiu-se que, podendo decidir-se no mérito a favor do interesse do incapaz, não se decreta a nulidade por falta de intervenção do Ministério Público no processo[37].

A existência de prejuízo é exigida por Antônio Cândido da Costa Machado também no caso de intervenção fundada no inciso II do art. 82 (causas concernentes ao interesse da pessoa, etc.). Justifica:

"se é responsabilidade exclusiva do Ministério Público a defesa do interesse indisponível e ele próprio reconhece que nada precisa ser feito em complemento para que o escopo da função fiscalizatória seja alcançado (a exata aplicação da lei) porque este foi alcançado mesmo sem sua presença, é evidente que nada adiantaria o tribunal anular o processo. De fato, seria inócuo o decreto de nulidade, até porque poderia o órgão ministerial pura e simplesmente cruzar seus braços, sem que contra tal atitude pudesse o Judiciário tomar qualquer providência. Vê-se, portanto, que mais uma vez não é possível, sob pena de aceitarem-se como admissíveis grandes dispêndios de tempo e energia, desconsiderar o fenômeno do prejuízo para resolver os problemas que o tema das nulidades sugere neste caso.[38]"

Cumpre, todavia, reconhecer que, na maioria dos casos em que a intervenção do Ministério Público é determinada por interesse impessoal, a nulidade terá de ser decretada, face à impossibilidade de se constatar a ausência de prejuízo.

Intimação – efetiva atuação – parecer

Não pode haver nenhuma dúvida quanto à necessidade de intimação do Ministério Público, nos casos em que obrigatória sua intervenção, sob pena de nulidade (CPC, art. 84).

O que se exige é a intimação; não sua efetiva atuação. Nada impede, assim, a realização da audiência, ausente o Ministério Público, desde que devidamente intimado.

Assim, por exemplo, já se decidiu que a ausência do Ministério Público à audiência de conciliação não gera nulidade, desde que intimado para a solenidade, sendo válido o acordo celebrado pelas partes, por não comprovado vício de consentimento. O que

36. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial n. 73.975 – PE, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator, 24.11.97. Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, v. 106, p. 142.

37. Porto Alegre, Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Sétima Câmara Cível, Apelação Cível 195072574, Vicente Barrôco de Vasconcellos, relator, 30.8.95.

38. Ibidem, p. 592

se exige é a intimação do Ministério Público, não sua atuação efetiva[39].

Outra questão é se o juiz ou tribunal pode proferir sentença, independentemente de parecer do Ministério Público, uma vez decorrido o prazo previsto em lei.

O problema diz respeito, em parte, à natureza desse prazo, se preclusivo ou ordinatório.

Demonstramos, acima, que, nos casos em que o Ministério Público atua no processo em função da incapacidade de uma das partes, sua atuação apresenta-se com dupla face: age como parte, ao requerer diligências, produzir provas e recorrer; age como juiz, ao emitir seu parecer.

Daí decorre que, mesmo para o Ministério Público, são preclusivos os prazos para requerer diligências e provas, bem como para recorrer. É, porém, ordinatório, o prazo para emitir parecer.

Daí se poderia concluir que o juiz não pode sentenciar sem que o Ministério Público haja antes lançado nos autos seu parecer. Trata-se, porém, de conclusão que vai além das premissas. Da circunstância de tratar-se de prazo impróprio apenas decorre logicamente que o Ministério Público pode oferecer o seu parecer, ainda que posteriormente ao prazo previsto em lei. Não se impede, porém, que o juiz cumpra o seu ofício, requisitando os autos e lançando sua sentença, independentemente de pronunciamento do Ministério Público. O exercício da jurisdição não pode ser obstado por omissão objetivamente ilegal (ainda que sem culpa do omisso). Não parece razoável sacrificar-se o direito das partes, já prejudicadas pela demora natural dos processos, com a introdução de novas hipóteses de paralisação, não previstas em lei.

No acórdão abaixo transcrito, o Primeiro Tribunal de Alçada de São Paulo negou provimento ao recurso do Ministério Público, não obstante parecer ministerial pelo provimento. Ocorreu que o Ministério Público, intimado, não ofereceu parecer no prazo legal. O juiz proferiu sentença, dispensando o parecer, afirmando preclusão. O Ministério Público recorreu, afirmando não caber falar-se em preclusão para a manifestação do Ministério Público, por funcionar no feito, não como parte, mas como *custos legis*, não devendo arcar com os mesmos ônus das partes. O Tribunal afirmou que apenas a falta de intimação é que enseja a nulidade; não a falta de sua efetivação manifestação. Ademais, da falta não resultou prejuízo.

> "Entendeu o sentenciante que, diante do silêncio, ficou precluso o direito de participação do MP na demanda, o qual, de sua vez, justificando a ausência de manifestação com o acúmulo de serviços, bate-se pela indispensabilidade da sua intervenção.
>
> Nesta esfera, a ilustre representante ministerial esgrime com as disposições cogentes contidas nos arts. 82, inc. I, 84, 145, V, 244 e 246, par. ún., do CPC, para prestigiar a insurgência recursal.

39. Porto Alegre, Tribunal de Justiça, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 596046573, Des. Paulo Heerdt, relator, 28.8.96. RJTJRGS – Vol. 180 – Fevereiro de 1997 – Ano XXXII – p. 347.

Apela o órgão do Ministério Público alegando que houve nulidade do *decisum*, uma vez que a lei prevê a sua intervenção nas causas em que há interesses de incapazes (art. 82, inc. I, do CPC).

Não há que se falar na preclusão para a manifestação do MP, posto que, no caso em tela, o mesmo não funciona como parte, e sim como *custos legis*, ou seja, não deve arcar com os mesmos ônus das partes.

Como se não bastasse, a própria lei estabelece que o processo é nulo quando não há intervenção do MP onde este devia intervir (arts. 84 e 246 do CPC).

A demora do ilustre Promotor de Justiça em devolver os autos não pode trazer prejuízo para a parte.

Diante do acima exposto, seria imperativa a decretação de nulidade da r. sentença de f.

Porém, não dever-se-á pronunciar tal nulidade diante dos princípios da utilidade e da ausência de prejuízo.

Aliás, ao anotar o art. 84, os processualistas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, na p. 334 do seu já festejado Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor, Ed. RT, acentuam que: '... 3. Nulidade. A falta de intervenção do MP nas causas de interesse público enseja a nulidade do processo, alcançando todos os atos praticados a partir de quando era devida a intervenção. A nulidade só é decretada se a falta de intervenção do MP trouxe prejuízo ao interesse público, o que deve ser avaliado caso a caso...' (sic).

Em seguida, na mesma página, ao colacionar pronunciamentos jurisprudenciais, o casal de juristas traz os seguintes:

'... Falta de intimação do MP. O que enseja nulidade é a falta de intimação do MP e não a falta de efetiva manifestação deste (STJ-RP 70/272). No mesmo sentido: Fabrício, Coment., n. 471, p. 411'.

'... Falta de manifestação. Tendo havido intimação e comparecimento do representante do MP à audiência, ainda que sem emitir pronunciamento, elidida eventual nulidade do processo (RSTJ 50/148)'.

Ainda, já na página seguinte de mesma obra, trazem os seguintes entendimentos:

'... Prejuízo. Não se decreta a nulidade do processo por não intervenção do MP, se não houver prejuízo (CPC, 249). Nesse sentido: RJTJSP 118/213, 103/377, 98/195...' (sic).

Ora, *in casu*, um representante do *Parquet* já havia participado da audiência (f.) e fora regularmente intimado ao depois (f.).

Ainda que plenamente justificáveis os argumentos expendidos às f., nenhum prejuízo adveio para o in-

capaz em decorrência da falta de manifestação ministerial.

É que, ainda que tivesse havido a manifestação do MP, esta não iria modificar em nada a r. sentença de f., uma vez que restaram provadas nos autos tanto a litispendência como as ilegitimidades ativa e passiva com as quais deveria o processo ser extinto sem julgamento de mérito (art. 267, incs. V e VI, da Lei dos Ritos), como o foi.

Do exposto, conhece-se e nega-se provimento ao apelo.[40] "

Registre-se, porém, que, em sentido contrário, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça, em embargos de divergência, estatuindo que, em mandado de segurança, não basta a intimação do Ministério Público, sendo indispensável sua manifestação efetiva, sob pena de nulidade da sentença que venha a ser proferida:

"Trata-se de embargos de divergência opostos pelo Ministério Público Federal ao acórdão de fls. 53, que decidiu na consonância da seguinte ementa: "Processual – Mandado de Segurança – Ministério Público – Prazo para pronunciamento. Se houve intimação, não existe nulidade e o Ministério Público não pode falar nos autos após vencido o prazo a ele conferido pelo Código de Processo Civil ou pela Lei nº 1.533/51. Recurso improvido".

O embargante indica como divergente o REsp nº 9.211-AM, julgado pela Egrégia 2ª Turma, cuja ementa está consubstanciada nestes termos: 'Processual Civil – Pronunciamento do Ministério Público no processo de mandado de segurança – Indispensabilidade – Art. 10 da Lei nº 1.533/51. Conclusão que se impõe, tendo em vista que, nas circunstâncias apontadas, exerce o referido órgão magistratura independente e imparcial, cuja ausência acarreta do processo. Precedentes jurisprudenciais. Recurso provido'.

VOTO

O Senhor Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): No mérito, consiste a questão em saber, à vista do artigo 10 da Lei nº 1.533, de 1951, se, em mandado de segurança, basta a intimação do Ministério Público para manifestar-se no prazo de cinco dias ou se é indispensável a sua efetiva manifestação. Dispõe o referido dispositivo:

'Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º, e ouvido o representante do Ministério Público dentro em cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em cinco dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora'.

Consoante se verifica, o texto diz 'ouvido o representante do Ministério Público dentro em cinco dias' figura-se-me que a palavra "ouvido" na citada expressão tem o sentido de exigência de que haja explícita manifestação do *parquet*, no exercício da sua missão de *custos legis*. Tal orientação é a que mais se harmoniza com a razão da sua intervenção em tal caso. Com efeito, a falta de intervenção do Ministério Público, quando a lei a considera obrigatória, não enseja apenas preclusão, mas a nulidade do próprio processo. É o que se deduz do art. 84 do CPC nestes termos: 'Art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo'. A propósito, bem salientou o ilustre Ministro José de Jesus Filho, no voto que proferiu no Recurso Especial nº 9.268-AM, julgado pela 2ª Turma em 05.08.91, que, se o Ministério Público não atuar no prazo previsto em lei, deve o interessado representar contra o seu membro omisso perante o seu superior, mas jamais decidir sem a sua manifestação. Se o fizer, nula é a sentença. (...). Isto posto e à vista dos precedentes, conheço dos embargos e os recebo.

VOTO

O Sr. Ministro José de Jesus Filho: Sr. Presidente. Quando manifestei-me, na Turma, a respeito da matéria, o fiz baseado em alguns princípios. O mandado de segurança é uma ação de natureza constitucional contra ato de autoridade. Logo, há interesse público nessa decisão e a intervenção do Ministério Público me parece obrigatória em todas as causas em que há interesse público. O art. 82 do Código de Processo Civil é claro. Perguntar-se-ia se esse prazo que consta do art. 10 da Lei nº 1.533, seria de natureza peremptória ou dilatória. Essa seria a questão a decidir. O próprio Código de Processo Civil estabelece que, nas causas em que há interesse público, evidenciada pela natureza da lide ou pela qualidade da parte, como nos mandados de segurança, quando o órgão do Ministério Público não exerce as suas funções por dolo ou fraude ou não justifica o seu ato, será ele responsabilizado nos termos do art. 85. Por esta razão entendi, como entende o Ministro Pádua Ribeiro e os demais integrantes da nossa Turma, que esse prazo não pode ser considerado de natureza peremptória e sim de natureza dilatória, porque o Ministério Público não sendo parte, apenas nele oficiando como *custos legis*, deve emitir o seu parecer nos autos, sob pena de nulidade, como temos afirmado. Ora, se há um dispositivo legal que o responsabiliza civilmente, quer me parecer que cabe ao Juiz, ou à parte, remeter ao órgão hierárquico do Ministério Público uma representação no sentido de promover essa responsabilidade. (....). Assim peço vênia aos que pensam em contrário, para acompanhar o Sr. Ministro-Relator.

VOTO (vencido)

40. São Paulo, Primeiro Tribunal de Alçada Civil, 7ª Câmara Especial de Julho de 1996, Apelação Cível 682.825-1, Carlos Renato de Azevedo Ferreira, relator, 3.9.96, RT – Volume 740 – Junho de 1997 – Ano 86.

O Sr. Ministro Garcia Vieira: (...). Com os mesmos argumentos aqui usados pelo ilustre e digno Subprocurador-Geral da República, Dr. José Arnaldo da Fonseca, chegaríamos à conclusão de que o Ministério Público também não está sujeito a prazo para recorrer, para se manifestar nos autos, e, ainda, poderíamos chegar a uma conclusão muito mais grave: em qualquer ação o Ministério Público também não estaria sujeito a prazo para recorrer e para contestar. Então, ele pairaria acima de tudo e não estaria sujeito a prazo nenhum. Isso, evidentemente, no mandado de segurança. O que iria acontecer? Quebraria a espinha dorsal do mandado de segurança, que é a celeridade, porque sabemos que existe, no Ministério Público, representantes trabalhadores, dedicados, como o Dr. José Arnaldo da Fonseca. Posso dar esse testemunho porque quando eu era Juiz do Primeiro Grau trabalhamos juntos durante mais de uma década. Ele sempre procurou cumprir o seu dever, mas ele sabe muito bem que têm representantes do Ministério Público que não são assim, que ficam anos e anos com um mandado de segurança. Como vamos justificar isso? Por isso Sr. Presidente, peço vênia para continuar no mesmo ponto de vista que venho sustentando na Primeira Turma, e que, aliás, foi vencedor. (...). Sr. Presidente, peço vênia para divergir do Eminente Ministro-Relator e daqueles que pensam como S. Exa. Rejeito os embargos.[41] "

O Superior Tribunal de Justiça reiterou esse entendimento no Recurso Especial 15.001-9[42].

Ainda que se acolha a tese da indispensabilidade do parecer do Ministério Público, cabe sustentar-se que o oferecimento de parecer, na segunda instância, sana sua falta no primeiro grau. É o que decorre do princípio da unidade e indivisibilidade do Ministério Público. É exigência, também, da tese acima sustentada, no sentido de que a nulidade somente deve ser decretada se argüida pelo Ministério Público. Se o órgão ministerial do segundo grau entende que não houve prejuízo e, por isso mesmo, não argúi a nulidade, oferecendo parecer de mérito, atentaria contra o princípio da instrumentalidade a decretação da nulidade, para colher-se o parecer do Ministério Público de 1º grau, como se fossem órgãos de duas instituições diferentes.

Principais conclusões

São as seguintes as principais conclusões do presente estudo:

1. Como fiscal da lei, o Ministério Público atua sempre em defesa do interesse público.

41. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 9.279, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Relator, 3.12.91. RSTJ – Vol. 29 – Janeiro 1992 – Ano 4 – p. 434).

42. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 15.002-9, Min. Peçanha Martins, Relator, 14.9.93.)

2. Ao requerer diligências e provas, o Ministério Público age como se fosse parte; ao emitir parecer, atua como se juiz.

3. Por isso, são preclusivos os prazos para requerer diligências e provas, mas é ordinatório o prazo para a emissão de parecer.

4. Entendendo ser caso de intervenção do Ministério Público, não deve o tribunal pronunciar desde logo a nulidade, mas apenas determinar sua intimação.

5. A nulidade dos atos anteriores do processo, por falta de intervenção do Ministério Público, somente deve ser pronunciada se por ele argüida na primeira oportunidade em que falar nos autos, sob pena de preclusão.

6. Somente o Ministério Público tem legitimidade para argüir nulidade por falta de sua intervenção no processo, porque, assim como lhe cabe decidir sobre a efetiva existência de interesse público, assim lhe cabe examinar se da falta decorreu ou não prejuízo para os altos interesses a que é chamado a defender.

Bibliografia

ARAGÃO, Egas Muniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, v. II.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1975, v. 1, t. 1 e II.

CAMARGO, Cláudio Lima Bueno de. Da curadoria especial nas execuções (súmula n. 196 do STJ). *Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, v. 111, p. 9).

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo, RT, 1979.

DALL'AGNOL JR. Antônio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Porto Alegre, Le Jur, 1985. v. III.

DALL'AGNOL JR. Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre, Le Jur, 1989.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro, Aide, 1993.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Ministério Público e suas atribuições no processo civil. *Justitia*. São Paulo, Procuradoria Geral de Justiça, 1993. V. 161, p. 29-39.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre, La Salle, 1953.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Processo de conhecimento e processo de execução*. Rio de Janeiro, Forense, 1992.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1989.

MALACHINI, Edson Ribas. Nulidades no processo civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, (545) mar. 1981. 25-34.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, 1974, v. I; 1975. v. III.

MARQUES, Mauro Pinto. A custódia da lei. Porto Alegre, *Ajuris* (65): 279-84, nov. 95.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. V.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Notas sobre o conceito e a função normativa da nulidade. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). *Saneamento do processo*. Porto Alegre, Fabris, 1989. p. 131-9

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1998. v. III

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1982.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1976. t. XI.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas, Bookseller, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 14. ed., São Paulo, Saraiva, 1990. v. 1º.

SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. 5. ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nulidades no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. v. 30, p. 38-59.

VIEGAS, João Francisco Moreira. Ministério Público; sua atuação no cível. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1990. V. 653, p. 257-9.

XAVIER NETO, Francisco de Paulo . Intervenção do Ministério Público pela qualidade de parte. Porto Alegre, *Ajuris*, (38): 219-23, nov./86.

WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro. Obrigações e contratos*. 7. ed., São Paulo, RT, 1987.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo, RT, 1997.

Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil*

Luís Afonso Heck
Prof. na UFRGS

SUMÁRIO

1. *Introdução.*
2. *Direitos fundamentais e direitos humanos.*
3. *O direito civil alemão diante do âmbito internacional.*
4. *A enformação do direito civil alemão pelos direitos fundamentais.*
   4.1 *A vinculação dos direitos fundamentais.*
   4.2 *Tarefa e função dos direitos fundamentais.*
      4.2.1 *As várias camadas dos direitos fundamentais.*
      4.2.2 *Direitos fundamentais como direitos individuais de defesa.*
      4.2.3 *Direitos fundamentias como princípios objetivos.*
   4.3 *Efeito diante de terceiros de direitos fundamentais.*
      4.3.1 *Efeito diante de terceiros direto.*
   4.4 *Dever de proteção do Estado.*
   4.5 *Decisões correspondentes do Tribunal Constitucional Federal.*
      4.5.1 *Contratos de fiança.*
         4.5.1.1 *A questão.*
         4.5.1.2 *A posição.*
         4.5.1.3 *O caso concreto.*
            4.5.1.3.1 *O primeiro recurso constitucional.*
            4.5.1.3.2 *O segundo recurso constitucional.*
         4.5.1.4 *A posição do Tribunal Constitucional Federal.*
      4.5.2 *Direito de posse do locatário.*
         4.5.2.1 *O caso concreto.*
         4.5.2.2 *A posição do Tribunal Constitucional Federal.*
5. *Conclusão.*

RESUMO

O artigo procura trabalhar a influência dos direitos fundamentais no direito civil. Para tanto, faz primeiro uma diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. Depois, situa sua influência na *civil law*, mais especificamente na Alemanha, onde destaca elementos importantes para essa compreensão e analisa decisões do Tribunal Constitucional Federal pertinentes. Por fim, segue uma conclusão.

1. Introdução

A influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil não é uma coisa evidente em si mesma. Sua exposição requer, portanto, primeiro uma diferenciação terminológica, de cujo resultado já se obterá uma orientação para o desenvolvimento desta exposição. Com isso, depois, essa influência será situada no

* Palestra apresentada no evento das Jornadas Preparatórias do XVII Congresso Argentino de Direito Civil organizado pelo Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da UFRGS em conjunto com o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON) e a Universidad Nacional del Litoral (Santa Fé - Argentina) e coordenado pela Prof. Dra. Cláudia de Lima Marques, no dia 19 de setembro de 1998. A pesquisa expressada nesta palestra deve-se ao apoio da FAPERGS em forma de bolsa, à qual manifesto meus agradecimentos.

âmbito da *civil law*, mais especificamente na Alemanha, onde, então, serão expostos os elementos principais do sucesso dessa influência que, primeiro, possibilitam a sua compreensão apropriada. Esse conjunto permitirá, finalmente, uma conclusão.

2. Direitos fundamentais e direitos humanos

A distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos encontra-se no século XVIII, a época na qual surgiram as declarações de direitos humanos que persistem até hoje. As maiores situam-se na América do Norte e na França.

Na América do Norte, o Bill of Rights de Virgínia, de 12 de junho de 1776, é o documento pelo qual os direitos humanos iniciam sua marcha vitoriosa como direitos fundamentais.[1] Essa declaração é tomada como modelo pelos novos estados de Pennsylvania, Maryland e North Carolina, em 1776, Massachusetts em 1780 e New Hampshire em 1784. Onze anos após a independência, em 4 de julho de 1776, nasce o Estado federal norte-americano, em 4 de março de 1787. Percebeu-se, então, a falta de direitos humanos na constituição federal. Esta falta é corrigida dois anos depois pelos dez artigos complementares à constituição.

Segundos eles, o indivíduo é sujeito de direitos não pelo Estado, senão, por sua natureza, deve ser respeitado pelo Estado. Ele tem direitos inalienáveis, invioláveis que o Estado deve reconhecer como posições de direito e de liberdade juridicamente especializadas e concretizadas, dirigidos para uma atuação determinada. Assim, o poder do Estado não mais é absoluto, senão limitado pela constituição criada pelo poder constituinte do povo que possui uma hierarquia maior do que as leis.

Os direitos fundamentais são compreendidos como "as the basis and foundation of government". Qualquer um pode opô-los ao poder do Estado como princípios jurídicos positivamente válidos.

A configuração dos direitos fundamentais nas constituições americanas como direitos que têm seu fundamento na natureza e essência do homem e que se apresentam como direitos naturais, inatos, inalienáveis e inseparáveis do homem, por um lado e, por outro, a limitação do poder do Estado por esses direitos abre a passagem decisiva para o Estado constitucional moderno.

Algo diferente se passa com a declaração dos direitos humanos e civis francesa, de 26 de agosto - 3 de novembro de 1789. A sua característica estava mais na igualdade social, vinculada com um programa para a modificação das relações feudo-estamentais existentes. Mas este programa não é convertido normativamente, com qualidade constitutivo-jurídica. Essa declaração não pretendeu ser constituição concreta, pois os franceses estavam mais interessados na filosofia dos direitos, não em sua validez jurídica. Com base nessa situação diz Boutmy:

1. Para isso e para o seguinte: Stern, K. Idee der Menchenrechte und Positivität der Grundrechte, in: ISENSEE, J., KIRCHHOF, P. (herg.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, Heidelberg, 1992, § 108, Rdn. 13 ff.

"Para os franceses, a declaração é somente uma obra-prima de oratória, os artigos estão nela em pureza abstrata, somente no brilho de sua majestade e do domínio da verdade sobre os homens. Nenhum tribunal pode empregá-los como meio jurídico ou aproveitá-los para a fundamentação da sentença. Para a instrução de todo o mundo escrevem os franceses."[2]

Se essa situação indica que direitos humanos atuam mais no plano abstrato e os direitos fundamentais mais no plano concreto, então está ganha, com isso, uma indicação para a relação entre eles e o direito civil, ou seja, o conhecimento da influência pressupõe, em primeiro lugar, esta diferenciação.

Esse conhecimento alude, com isso, ao ponto de partida para a compreensão da influência dos direitos fundamentais no direito civil, isto é, ao âmbito da *civil law* e da existência de um recurso judicial para a defesa dos direitos fundamentais.[3] Se se considera a plena satisfação deste ponto de partida, então parece melhor deter-se na Alemanha,[4] não só pelo fato da recepção[5] mas também pela existência do recurso constitucional[6] e da jurisdição constitucional.[7] Essa influência tem, todavia, também uma conexão com a situação de influência do âmbito internacional. Nisso, a seguir, deve ser entrado.

3. O direito civil alemão diante do âmbito internacional

O término da segunda guerra marca o início da influência internacional sobre o direito civil alemão. Entre outras

2. Citado segundo STERN, K. (nota 1), Rdn. 19. Nesta passagem encontram-se mais referências bibliográficas que apontam nesta direção.

3. Se os direitos fundamentais encontram sua validade teórica nos direitos humanos, então sua validade prática, seu significado prático, depende disto, que quando violados disponha o seu titular de uma via processual adequada para o seu restabelecimento e, com isso, obtenham, além de seu enunciado normativo, sua realização na vida da coletividade e solidifiquem uma democracia em liberdade que pressupõe cidadãos autônomos. Ver também HECK, L. A. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1995, página 177, nota 35, e, do mesmo autor, O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã, in: *Revista de Informação Legislativa*, n. 124, out./dez. de 1994, página 116, 118.

4. No ordenamento jurídico alemão atual, a questão da influência dos direitos fundamentais no direito civil é formulada no sentido que não se trata mais da relação Estado-cidadão, senão da relação cidadão-cidadão, ou seja, da relação entre dois titulares de direitos fundamentais. Nesta relação entre pessoas privadas também se contam as pessoas jurídicas. Ver para isso, STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/1, München, 1988, S. 1512 f. e, infra, número 4.3. O desenvolvimento desta questão na Alemanha também influenciou, principalmente, a Áustria e o Japão (STERN, K., obra citada, S. 1535, 1537).

5. Ver para isso, com exposição detalhada, WESEL, U. *Juristische Weltkunde. Eine Einführung in das Recht*, 7 Aufl., Frankfurt a. Main, 1994, S. 59 ff.

6. Uma exposição pormenorizada do recurso constitucional encontra-se em HECK, L. A. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã, in: *Revista de Informação Legislativa*, n. 124, out./dez. de 1994, página 115 e seguintes. Ver também do mesmo autor, *O tribunal constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1995, página 138 e seguintes.

7. Para isso, ver HECK, L. A. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1995, sobretudo página 85 e seguintes, e, HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução por Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1998. Tradução de: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, número de margem 547 e seguintes, principalmente 559 e seguintes.

coisas[8] deve ser mencionada a União Européia (na qual estão incluídas, hoje, as Comunidades Européias: Comunidade Européia do Carvão e do Aço, Comunidade Econômica Européia e Comunidade Européia de Energia Atômica). Existe não só uma série de regulamentos jurídicos do legislador europeu e de convenções de direito público internacional mas, sobretudo, dezenas de linhas diretivas[9] do legislador europeu que modificaram materialmente, em pontos essenciais, o direito civil alemão.[10] A repercussão da União Européia sobre o direito civil em geral encontra uma semelhança na repercussão do *ius commune* sobre determinadas matérias jurídicas, que existiu do século XIII ao século XVIII e que se assentava sobre o direito romano.[11]

Além da dimensão da influência da União Européia sobre o direito civil em geral mencionada, existe, ainda, uma dimensão de influência global sobre o direito privado em geral que, naturalmente, tem conseqüências na União Européia. Esta dimensão de influência global encontra a sua expressão na Comissão UNCITRAL das Nações Unidas e no Instituto, sediado em Roma, designado com a fórmula UNIDROIT.[12]

4. A enformação do direito civil alemão pelos direitos fundamentais

Os quase cinqüenta anos de existência da Lei Fundamental de Bonn[13] também influíram sobre os direitos fundamentais.[14]

8. Ver para isso, SANDROCK, O. Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland - Europa - und die Welt, in: *JZ*, 1996, S. 3 f.

9. Para as questões que se apresentam com elas ver GRUNDMANN, S. EG-Richtlinie und nationales Privatrecht, in: *JZ*, 1996, S. 274 ff.; ZITSCHER, H. C. Probleme eines Wandels des innerstaatlichen Rechts zu einem europäischen Rechtssystem nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1996, S. 650 f., 652 ff.; SCHWARZE, J. Das schwierige Geschäft mit Europa und seinem Recht, in: *JZ*, 1998, S. 1080 ff.

10. Para o conjunto, ver SANDROCK, O. (nota 8), S. 4.

11. Ver para isso, com mais demonstrações, SANDROCK, O. (nota 8), S. 6 f.

12. Ver para isso, com mais demonstrações, SANDROCK, O. (nota 8), S. 7 f. e STÜRNER, R. Der hunderste Geburtstag des BGB - nationale Kodification im Greinsenalter?, in: *JZ*, 1996, S. 751 f.

13. Para o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais até a Lei Fundamental ver Hesse, K. Bedeutung der Grundrechte, in: BENDA, E., MAIHOFER, W., VOGEL, H.-J. (hrsg.) *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl., Berlin-New York, 1994, Rdn. 4 ff. e PIEROTH, B. und SCHLINK, B. *Grundrechte*, 13 Aufl., Heidelberg, 1997, Rdn. 26 ff. Em pormenores, STERN, K. (nota 1), Rdn. 21 ff.

14. Os direitos fundamentais estão catalogados no 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 de escolha da profissão, proibição de trabalho forçado;
Artigo 12a: serviço militar e outras obrigações de serviço;

Uma visão de conjunto do resultado dessa influência não é possível, no quadro desta palestra, ser apresentada.[15] Aqui podem ser realçados apenas alguns elementos desse resultado que são importantes para a compreensão apropriada da influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil alemão.

4.1 A vinculação dos direitos fundamentais

De acordo com o artigo 1º, alínea 3, da Lei Fundamental, os direitos fundamentais vinculam legislação, poder executivo e jurisdição como direito diretamente vigente. Essa prescrição constitucional mudou a compreensão dos direitos fundamentais diante da época de Weimar, quando se tratava da validez, hierarquia e vinculatividade dos direitos fundamentais.[16] Na Lei Fundamental, os direitos fundamentais obrigam diretamente com força constitucional o exercício do poder estatal.[17] Por isso, a compreensão atual dos direitos fundamentais vai na direção do seu sentido e significado, função e força de efeito.[18] Essa prescrição também desempenha um papel importante na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, como guarda da constituição, principalmente ativada por meio do recurso constitucional. Por meio dela o tribunal, pelos direitos fundamentais, contribuiu enormemente para a organização e para a configuração material dos princípios diretivos do direito constitucional. Com isso, os direitos fundamentais influenciam legislação e jurisprudência, teoria e prática, inclusive o direito privado.[19]

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 do serviço militar e do serviço substitutivo;
Artigo 18: perda de direitos fundamentais; e,
Artigo 19: restrição de direitos fundamentais.
Além desses, direitos situados em outra parte da Lei Fundamental são, também, considerados como fundamentais:
Artigo 20, alínea 4: direito de resistência;
Artigo 33: equiparação cívica de todos os alemães;
Artigo 101: proibição de tribunais de exceção;
Artigo 103: direitos fundamentais do réu; e,
Artigo 104: garantias jurídicas na privação da liberdade.

15. Ver para isso, em pormenores, HESSE, K. (nota 7), número de margem 277 e seguintes; PIEROTH, B. und SCHLINK, B. (nota 13), Rdn. 46 ff.; STERN, K. (nota 4), S. 1509 ff.

16. Ver Stern, K. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: ISENSEE, J., KIRCHHOF, P. (herg.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, Heidelberg, 1992, § 109, Rdn. 22.

17. Nisso está um distanciamento consciente da constituição do império de Weimar, na qual os direitos fundamentais vinculavam a administração mas não a legislação e na qual muitos direitos fundamentais permaneceram princípios programáticos não-vinculativos, cuja violação restou sem sanção jurídica e judicial. Ver PIEROTH, B. und SCHLINK, B. (nota 13), Rdn. 164.

18. Ver STERN, K. (nota 16), Rdn. 22.

19. Ver também PIEROTH, B. und SCHLINK, B. (nota 13), Rdn. 40.

4.2 Tarefa e função dos direitos fundamentais[20]

4.2.1 As várias camadas dos direitos fundamentais

Os pressupostos essenciais de uma vida em liberdade e dignidade humana devem ser criados e mantidos pelos direitos fundamentais. Isso somente é possível quando a liberdade da vida em comunidade é garantida da mesma forma como a liberdade individual. A liberdade do particular somente pode existir dentro de uma comunidade livre. Essa liberdade pressupõe homens que sejam capazes e que estejam dispostos a decidir, eles mesmos, sobre seus próprios assuntos e a cooperar de modo auto-responsável nos assuntos da comunidade.

Essas conexões configuram a peculiaridade, a estrutura e a função dos direitos fundamentais. Eles garantem não apenas direitos subjetivos do particular, mas também princípios fundamentais objetivos da ordem constitucional estatal-jurídica e democrática. Nesse caráter duplo, os direitos fundamentais mostram camadas de significado distintas que, cada vez, condicionam, protegem e completam reciprocamente.

4.2.2 Direitos fundamentais como direitos individuais de defesa

As garantias jurídico-fundamentais da Lei Fundamental e o asseguramento especial de sua validez têm a tarefa de defesa contra intervenções estatais na esfera da vida individual. O Tribunal Constitucional Federal deu-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 levou a cabo, em comparação com o passado, uma eficácia essencialmente aumentada dos direitos fundamentais. Nisso, ele orientou-se pelo entendimento de que a amplitude de proteção de um direito fundamental somente pode ser compreendida em vista dos fatos da realidade social; por conseguinte, uma transformação desses fatos não pode ficar desconsiderada na interpretação.[21]

4.2.3 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.

Ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos corresponde seu significado como partes integrantes fundamentais da ordem democrática, estatal-jurídica e, também, da federal.

20. Sigo, aqui, no essencial, a exposição de HESSE, K. (nota 13), Rdn. 13 ff.

21. Aqui deve ser lembrado o "programa da norma" e o "âmbito da norma" que, nisto, desempenham um papel importante. Ver para isso, MÜLLER, F. *Juristische Methodik*, 5. Aufl., Berlin, 1993, S. 26 ff., 45, 47 ff., 53, 74 f., 81, 103, 107 f., 120, 124, 143 ff., 147 ff., 277 ff.

Deste modo, os direitos fundamentais atuam no quadro da ordem estatal-jurídica como limites para a atuação estatal, como garantias de base da ordem jurídica, em especial também, de institutos centrais da ordem jurídica privada.

Na sentença-Lüth[22] de 1958 foi determinado o significado jurídico-objetivo dos direitos fundamentais e seu efeito irradiador sobre o direito civil e, com isso, tomado posição[23] a respeito do efeito diante de terceiros dos direitos fundamentais. Segundo isso, os tribunais cíveis são obrigados a considerar, na interpretação e aplicação de cláusulas gerais e outros conceitos legais indeterminados, os direitos fundamentais como linhas diretivas.[24] Apesar dessa influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado, um conflito entre privados sobre direitos e deveres de normas de conduta, jurídico-fundamentalmente influenciadas, do direito civil permanece, material e processualmente, um conflito jurídico civil.[25]

4.3 Efeito diante de terceiros de direitos fundamentais

Se pelo artigo 1º, alínea 3, somente o poder estatal está vinculado aos direitos fundamentais, não o sujeito de direitos privado, a não ser que ele mesmo exerça pontualmente poder público, então está nisto uma manifestação clara contra um efeito diante de terceiros dos direitos fundamentais, que significa a validez dos direitos fundamentais na relação de um particular com outro parti-

22. Uma boa apreciação encontra-se em STARCK, C. Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, in: *JZ*, 1996, S. 1035 f.

23. Ver, infra, 4.3.2

24. Isso encontra a sua expressão na interpretação conforme os direitos fundamentais. Por meio dela, os direitos fundamentais atuam sobre a interpretação e aplicação do direito ordinário pela jurisdição e administração. Aqui, a vinculação aos direitos fundamentais (artigo 1º, alínea 3, da Lei Fundamental) requer que a decisão por uma interpretação seja orientada pelos direitos fundamentais. Ela deve trazer à validade os direitos fundamentais, interpretar o direito ordinário de forma amigável aos direitos fundamentais, preservadora, protetora e fomentadora da liberdade. Ver para isso, PIEROTH, B. und SCHLINK, B. (nota 13), Rdn. 77, 76.

25. BVerfGE 7, 198 (205). Esse conjunto, o Tribunal Constitucional Federal expressou da forma seguinte: "Sem dúvida, os direitos fundamentais estão determinados, em primeiro lugar, a isto, de assegurar a esfera de liberdade do particular diante de intervenções do poder público; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Isso resulta tanto do desenvolvimento histórico-espiritual da idéia dos direitos fundamentais como dos precedentes históricos que conduziram à recepção de direitos fundamentais nas constituições dos Estados particulares. Esse sentido também têm os direitos fundamentais da Lei Fundamental que, com a anteposição do título dos direitos fundamentais, quis acentuar a primazia da pessoa e sua dignidade diante do poder do Estado. A isso corresponde que o legislador concedeu o recurso jurídico especial para a salvaguarda desses direitos, o recurso constitucional, apenas contra atos do poder público. Do mesmo modo, porém, é certo que a Lei Fundamental, que não quer ser uma ordem neutra de valores (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 ff., 197 ff.]; 6, 32 [40 f.]), em seu título de direitos fundamentais também estabeleceu uma ordem de valores objetiva e que exatamente nisto se manifesta um fortalecimento fundamental da força de validez dos direitos fundamentais (Klein-v. Mangolt, Das Bonner Grundgesetz, Vorbem. B III 4 vor Art. 1 S. 93). Esse sistema de valores, que encontra o seu ponto central na personalidade humana, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, e sua dignidade deve, como decisão fundamental jurídico-constitucional, valer para todos os setores do direito; legislação, administração e jurisdição recebem dele linhas diretivas e impulsos. Assim, ele influencia naturalmente também o direito civil; nenhuma prescrição jurídico-cível deve estar em contradição com ele, cada uma deve ser interpretada em seu espírito. O conteúdo jurídico dos direitos fundamentais como normas objetivas desdobra-se no direito privado por meio das prescrições que dominam diretamente esse setor jurídico. Como direito novo deve estar de acordo com o sistema de valores jurídico-fundamental, assim direito existente mais antigo é orientado quanto ao conteúdo por esse sistema de valores; deste corre para aquele um conteúdo

cular, não como no sentido tradicional, a validez dos direitos fundamentais na relação entre particular e Estado.[26]

4.3.1 Efeito diante de terceiros direto

Um efeito diante de terceiros direto foi fundamentado pelo Tribunal Federal do Trabalho com a "transformação do significado dos direitos fundamentais", que atua no sentido de que:

> "Sem dúvida, não todos, mas uma série de direitos fundamentais significativos da constituição não somente garantem direitos de liberdade diante do poder estatal ..., antes (são) princípios de ordem para a vida social que, em uma proporção a ser desenvolvida mais de perto do direito fundamental, tem significado direto para o tráfego jurídico dos cidadãos entre si... . Também a adesão normativa da Lei Fundamental para o Estado de direito social (artigo 20, 28) que, para a interpretação da Lei Fundamental e outras leis, é de importância fundamental, fala a favor do efeito jurídico-privado direto das determinações jurídico-fundamentais, que são indispensáveis para o tráfego dos membros jurídicos entre si em uma comunidade liberal e social".[27]

O Tribunal Federal também aceitou ocasionalmente um efeito diante de terceiros direto e o Tribunal Constitucional Federal ainda não se pronunciou definitivamente sobre a questão.[28]

4.3.2 Efeito diante de terceiros indireto

O efeito diante de terceiros indireto foi reconhecido relativamente cedo na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Na sentença Lüth, já mencionada supra, o Tribunal Constitucional Federal manifestou-se a respeito assim: "No direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais desdobra-se *indiretamente* por meio de prescrições jurídico-privadas."[29]

O significado do efeito diante de terceiros indireto pode ser visto sobretudo nisto, que, sob as condições da sociedade industrial moderna altamente complexa, ele ajuda também a conservar liberdade e igualdade. Estas pressupõem, segundo sua compreensão histórica, uma situação de *simetria fática*, na qual cada cidadão tem as mesmas oportunidades de perseguição e realização de seus interesses. Essa simetria fática é, hoje, posta em perigo e eliminada não somente pelo poder do Estado, mas também pelo exercício do poder econômico e social privado.[30] Assim, os direitos fundamentais influenciam as prescrições jurídico-privadas tanto mais eficazmente quanto mais se tra-

jurídico-constitucional específico que, desde então, determina sua interpretação. Um conflito entre privados sobre direitos e deveres de tais normas de conduta do direito civil influenciadas jurídico-fundamentalmente permanece, material e processualmente, um conflito jurídico civil. Interpretado e empregado é direito civil, embora sua interpretação tenha de seguir o direito público, a constituição. A influência de critérios de valores jurídico-fundamentais irá fazer-se valer, sobretudo, naquelas prescrições do direito privado que contém direito coercitivo e formam, assim, uma parte da ordre public - em sentido amplo -, isto é, dos princípios que, por razões do bem-comum, também devem ser vinculativos para a formação das relações jurídicas entre os particulares e, por isso, estão subtraídos ao domínio da vontade privada. Estas determinações têm, segundo seu fim, um parentesco mais próximo com o direito público, ao qual elas se juntam complementarmente. Isso deve expô-las, em medida especial, à influência do direito constitucional. À jurisdição se oferecem para a realização dessa influência, sobretudo, as "cláusulas gerais" que, como o § 826 [Quem, em uma forma que infringe os bons costumes, causa dano com premeditação a outro está obrigado à indenização do dano ao outro.] do BGB [código civil], remetem, para o juízo sobre conduta humana, a critérios extrajurídico-cíveis, em primeiro lugar até extrajurídicos, como os "bons costumes". Porque na decisão sobre isto, o que esses mandamentos sociais exigem, cada vez, no caso particular, deve ser partido, em primeiro lugar, da totalidade das concepções de valores que o povo, em um determinado momento de seu desenvolvimento espírito-cultural, alcançou e fixou em sua constituição. Por isso, as cláusulas gerais foram, com razão, qualificadas de "pontos de invasão" dos direitos fundamentais no direito civil (Dürig, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II S. 525).

O juiz deve, em virtude da constituição, examinar se as prescrições jurídico-cíveis materiais, que devem ser por ele empregadas, estão influenciadas jurídico-fundamentalmente na forma descrita; se o caso é esse, então ele tem de observar na interpretação e emprego dessas prescrições a modificação do direito privado que resulta disto. Se ele erra esses critérios e se sua sentença se funda na negligência da influência jurídico-constitucional sobre as normas jurídico-cíveis, então ele infringe não somente direito constitucional objetivo ao desconhecer o conteúdo da norma de direito fundamental (como norma objetiva), ele viola, muito mais, como titular de poder público, por sua sentença, o direito fundamental a cuja consideração também pelo poder judiciário o cidadão tem um direito jurídico-constitucional. Contra uma tal sentença pode - sem prejuízo da luta contra o erro jurídico na via de instâncias cível-jurídica - o Tribunal Constitucional Federal ser chamado no caminho do recurso constitucional. O Tribunal Constitucional Federal tem de examinar se o tribunal ordinário julgou acertadamente o alcance e a força de eficácia dos direitos fundamentais no setor do direito civil. Disso resulta, porém, simultaneamente, a limitação da verificação: não é tarefa do Tribunal Constitucional examinar sentenças do juiz civil em sua totalidade nos erros jurídicos; o Tribunal Constitucional tem de julgar meramente o "efeito irradiador" indicado dos direitos fundamentais sobre o direito civil e de fazer valer o conteúdo de valores do princípio jurídico-constitucional também aqui. O sentido do instituto do recurso constitucional é que todos os atos do poder legislativo, executivo e judicial sejam verificáveis em sua "conformidade com os direitos fundamentais" (§ 90 BVerfGG [lei sobre o Tribunal Constitucional Federal]). Tampouco como o Tribunal Constitucional Federal é destinado a tornar-se ativo como instância de revisão ou até superrevisão diante dos tribunais cíveis, tampouco ele deve abster-se em geral da verificação de tais sentenças e passar ao largo de um desconhecimento, que se manifesta nelas, de normas e critérios jurídico-fundamentais" (BVerfGE 7, 198 [204 ff., em aspas no original]).

26. Uma influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil (direito privado) não foi inteiramente desconhecida à concepção de mundo da doutrina do direito do estado desde a revolução francesa, porque a *Déclaration* de 1789 não tinha apenas uma direção de ataque relacionada ao Estado, mas também se dirigiu contra privilégios estamentais e clericais, contra prerrogativas sociais no direito privado. Tratava-se, para ela, também de realizar liberdade e igualdade no direito privado, sobretudo, diante da escravidão, gravames sobre bens imóveis, obrigações de serviço e coisas semelhantes. Na Alemanha, no período prévio à revolução de março de 1848, a influência do pensamento jurídico-natural e a idéia do desenvolvimento da personalidade nos escritos de Kant também demonstram uma direção da liberdade no direito privado. Ver para isso, com mais demonstrações, STERN, K. (nota 4), S. 1515 ff.

27. BAGE 1, 185 (193 f). Na doutrina foi, sobretudo, H.C. Nipperdey que defendeu a tese de um efeito diante de terceiros direto dos direitos fundamentais no direito privado sob o ponto de vista da influência do artigo 3º da Lei Fundamental na perspectiva de uma igualdade salarial entre homens e mulheres em trabalho igual. O Tribunal Federal do Trabalho seguiu, em grande medida, a posição de Nipperdey que foi o seu primeiro presidente. Ver para isso, com mais demonstrações, STERN, K. (nota 4), S. 1524 ff.). Para os argumentos pró e contra um efeito diante de terceiros direto, ver PIEROTH, B. und SCHLINK, B. (nota 13), Rdn. 175 e seguintes. Crítico: HESSE, K. (nota 7), número de margem 354 e seguinte. Aqui deve ser acentuado que a "doutrina" do efeito diante de terceiros direto dos direitos fundamentais não reconhece que cada direito fundamental deva ser vinculativo para o tráfego jurídico-privado. Isso deve ser examinado, antes, para cada norma de direito fundamental. Disso resulta que é necessário, para a solução de um conflito, analizar reciprocamente as normas de direitos fundamentais e as normas jurídico-privadas competentes, cada vez, de um determinado ordenamento jurídico. Para o ordenamento jurídico alemão, ver STERN, K. (nota 4), S. 1538 ff.

28. Ver para isso, com pormenores, HESSE, K. (nota 7), número de margem 353.

29. BVerfGE 7, 198 (frase diretiva número 2, não acentuado no original). Na doutrina, o principal representante do efeito diante de terceiros indireto dos direitos fundamentais foi G. Dürig. Ele aludiu essa tese pela primeira vez no tratamento do direito fundamental da liberdade de circulação. Ver para isso, com mais demonstrações, STERN, K. (nota 4), S. 1532. A "doutrina" do efeito diante de terceiros indireto dos direitos fundamentais centra a questão nos conceitos carentes de preenchimento valorativo e nas cláusulas gerais. Disso resulta a necessidade de, para a solução de um conflito, verificar os conceitos carentes de preenchimento valorativo e as cláusulas gerais competentes, cada vez, de um determinado ordenamento jurídico-privado. Para o ordenamento jurídico-privado alemão, ver STERN, K. (nota 4), S. 1543.

30. PIEROTH, B. und SCHLINK, B. (nota 13), Rdn. 183 (acentuado no original). Ver também HESSE, K. (nota 7), número de margem 349.

ta da proteção de liberdade pessoal contra o *exercício de poder econômico e social.*[31]

4.4 Dever de proteção do Estado

Na jurisprudência recente delineia-se uma evolução que deixa ficar clara a conexão entre o efeito diante de terceiros indireto e o dever de proteção do Estado.[32]

Os direitos fundamentais atuam jurídico-objetivamente não somente sobre a interpretação e aplicação do direito ordinário por meio da jurisdição e administração, mas também sobre a formação do direito ordinário pelo legislador. Em sua função jurídico-objetiva os direitos fundamentais pedem do legislador uma ação positiva. Essa formação o obriga à proteção dos direitos fundamentais e a critérios jurídico-fundamentais para organizações, prestações e procedimentos estatais também lá onde o particular não tem, em primeiro lugar, direitos subjetivos correspondentes.[33]

O conceito de dever de proteção obtém contornos quando é referido à função clássica dos direitos fundamentais de rechaçar violações. Essa função pede do Estado opor-se protetoramente a ameaças a direitos fundamentais quando:

a) a violação de direitos fundamentais, que promete desenvolver-se da ameaça ao direito fundamental, é *irreparável*;

b) o desenvolvimento, que promete produzir a violação ao direito fundamental da ameaça ao direito fundamental, é *não-dominável*; e,

c) o jogo de conjunto, rico em conflito de colisão, dos particulares, no qual podem ocorrer violações de direitos fundamentais, *não* é, pelo afetado, *regulável autonomamente*.[34]

4.5 Decisões correspondentes do Tribunal Constitucional Federal

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal devem ser mencionadas duas decisões que espelham claramente a questão do efeito diante de terceiros dos direitos fundamentais. A seguir será apresentada a sua formação com remissão à literatura pertinente.

4.5.1 Contratos de fiança.

4.5.1.1 A questão

Nos recursos constitucionais apresentados ao Tribunal Constitucional Federal estava colocada a questão de até que ponto os tribunais cíveis estão obrigados, em virtude da constituição, a submeter a um controle de conteúdo contratos com bancos na medida em que familiares sem renda e sem bens do tomador de crédito assumem, como cidadãos, altos riscos de responsabilidade.[35]

4.5.1.2 A posição da jurisprudência

Durante, praticamente, dez anos os tribunais cíveis ocuparam-se progressivamente com casos nos quais jovens entraram em dívidas sem saída porque afiançaram seu parceiro ou pais para altos créditos bancários, embora dispusessem somente de pequenas rendas.

Os tribunais submetiam primeiro essa prática contratual a um controle de conteúdo amplo. Alguns tribunais estaduais (Düsseldorf, Köln e Hamburg) valorizavam o alargamento da responsabilidade a cônjuges inexperientes e outros membros familiares na falta de disposição de renda ou bens como contrário aos bons costumes. O tribunal estadual de Lübeck julgou até toda a obrigação como contrária aos bons costumes que de antemão e reconhecidamente iria ultrapassar os valores livres de penhora mensais do devedor. O ponto de apoio legal desses tribunais era o § 138, alínea 1 (Um negócio jurídico que infringe os bons costumes é nulo.), do BGB.

O tribunal estadual de Stuttgart, com base no § 310 (Um contrato, pelo qual uma parte se obriga a transferir seu patrimônio futuro ou uma fração de seu patrimônio futuro ou a gravar com um usufruto, é nulo.) do BGB, julgava uma obrigação contratual nula quando o credor de antemão pôde reconhecer que a co-responsabilidade iria conduzir a um excesso de dívidas sem saída.

Outros tribunais estaduais partiam, sobretudo, dos deveres de esclarecimento e consideração que resultam do § 242 (O devedor é obrigado a efetuar a prestação assim como a boa-fé, em atenção aos costumes de tráfego, o exige.) do BGB e já existem antes da conclusão do contrato. Os tribunais estaduais de Celle e Hamm indeferiam ações de cobrança contra membros familiares co-responsáveis com o fundamento de que os bancos proponentes não eliminaram mal-entendidos na forma indicada e, por isso, violaram seus deveres de advertência e se tornaram obrigados a uma indenização.[36]

O IX senado civil do Tribunal Federal rechaçou amplamente, no que foi acompanhado pelo III senado civil, o controle de conteúdo dos contratos pelos tribunais estaduais. Segundo ele, contratos de fiança não poderiam ser vistos como contrários aos bons costumes porque conduzissem presumivelmente a um excesso de dívidas. A liberdade de formação de contratos compreende para cada capaz completo o poder jurídico de assumir obrigações que podem ser cumpridas somente sob condições especialmente favoráveis. A inexperiência comercial de um cidadão não é fundamento para carregar os institutos de crédito com deveres de esclarecimento e aconselhamen-

31. HESSE, K. (nota 7), número de margem 357 (acentuado no original).

32. Assim HESSE, K. (nota 7), número de margem 353. Ver também STERN, K. (nota 4), S. 1560 f. Mais recentemente, surgiram também na doutrina outras formas de tratamento da questão do efeito dos direitos fundamentais no direito privado. Nesse sentido, cabe mencionar: ALEXY, R. Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt a. M.,1994, S. 484 ff. Uma tentativa de esclarecer completamente o efeito dos direitos fundamentais no direito privado encontra-se em STERN, K. (nota 4), S. 1563 ff.

33. PIEROTH, B. und SCHLINK, B. (nota 13), Rdn. 82. Ver também HESSE, K. (nota 7), número de margem 350.

34. Assim, PIEROTH, B. und SCHLINK, B. (nota 13), Rdn. 92 (acentuado no original). Uma visão de conjunto detalhada sobre o efeito diante de terceiros de direitos fundamentais no direito privado e sobre a doutrina dos deveres de proteção jurídico-fundamentais encontra-se em SINGER, R. Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, in: *JZ*, 1995, S. 1135 ff.

35. BVerfGE 89, 214 (214 f.).

36. BVerfGE 89, 214 (215 f.).

to. Um maior de idade sabe também, no geral, sem advertências especiais que uma emissão de declaração de fiança apresenta um negócio arriscado. O banco pode, assim, partir disto, que aquele que assume uma obrigação de fiança conhece o alcance de sua atuação e avalia seu risco em responsabilidade própria. Coisa diferente vale, em todo caso, então, quando o banco, por meio de conduta própria e para ele reconhecível, suscita no cidadão um engano pelo qual o risco da responsabilidade é aumentado.[37]

Entrementes o XI senado civil do Tribunal Federal, o competente para direito bancário, modificou essa jurisprudência. Sob o apelo ao Tribunal Constitucional Federal ele sustenta a concepção de que em uma paridade contratual perturbada o juiz é obrigado a um controle de conteúdo de contrados de fiança com auxílio das cláusulas gerais do código civil. A co-responsabilidade para dívidas bancárias altas de cônjuges ou pais pode mostra-se, sob determinados pressupostos, contrária aos bons costumes.[38]

4.5.1.3 O caso concreto

4.5.1.3.1 O primeiro recurso constitucional

O pai da proponente do recurso constitucional trabalhava, primeiro, como agenciador de imóveis. Ele construía e vendia apartamentos. Em 1982 ele solicitou para a caixa econômica municipal a duplicação de seu limite de crédito de 50.000 para 100.000 marcos. Quando a caixa econômica municipal pediu uma garantia, a proponente, então com 21 anos, assinou em 1982 um documento de fiança impresso com a quantia máxima de 100.000 marcos, afora os deveres acessórios.

O aumento do crédito foi então concedido. A proponente obteve para a conta de crédito um direito de assinatura mas ela mesma não dispunha de bens. Ela não tinha formação profissional, estava preponderantemente desempregada e recebia, ao tempo da declaração de fiança, 1.500 marcos líquido.

Em outubro de 1984 o pai da proponente abandonou seu negócio imobiliário e trabalhou doravante como armador. A caixa econômica municipal financiou a compra de um navio com 1.300.000 marcos. Em dezembro de 1986 ela rescindiu os créditos não cobertos (em torno de 2.400.000 marcos) e notificou a proponente que seria solicitada pela fiança.[39]

4.5.1.3.2 O segundo recurso constitucional

A proponente afiançou-se em 1979 de sua própria dívida diante do banco demandante para a garantia de um "empréstimo de seguro" que havia sido concedido a seu cônjuge na quantia de 30.000 marcos. Na época da declaração da fiança ela

37. BVerfGE 89, 214 (217 f.). Essa jurisprudência encontrou, em parte, aprovação contida na literatura. Preponderantemente, porém, ela foi rejeitada. Também alguns tribunais estaduais rejeitaram o seu seguimento. Indicações bibliográficas e jurisprudência encontram-se, in: *BVerfGE 89, 214 (217).*

38. BVerfGE 89, 214 (217), com remissões à jurisprudência.

39. BVerfGE 89, 214 (218).

estava sem rendas e bens. Quando seu marido entrou em mora com o pagamento dos juros, o banco, em 1988, rescindiu o empréstimo. O saldo devedor consistia na época em 32.140,31 marcos. Pela inclusão do valor de resgate do seguro de vida ele foi reduzido a 16.274,02 marcos. Tendo por base este montante o banco demandou.[40]

4.5.1.4 A posição do Tribunal Constitucional Federal

Segundo o Tribunal Constitucional Federal, as censuras da proponente afetam, antes, a interpretação daquelas cláusulas gerais que indicam aos tribunais cíveis um controle de conteúdo de contratos jurídico-obrigacionais, sobretudo os §§ 138 e 242 do BGB. Em sua concretização, de acordo com a proponente, devem ser considerados a autonomia privada e o direito de personalidade geral, o que os tribunais cíveis desconheceram no procedimento inicial. Essa fundamentação, conforme o Tribunal Constitucional Federal, compreende acertadamente o significado dos direitos fundamentais para a concretização de cláusulas gerais jurídico-cíveis.

A Lei Fundamental, continua o Tribunal Constitucional Federal, contém em seu título de direitos fundamentais decisões básicas jurídico-constitucionais para todos os setores do direito. Essas decisões básicas desdobram-se por meio daquelas prescrições que dominam diretamente o campo jurídico respectivo e têm, sobretudo, também significado na interpretação de cláusulas gerais jurídico-cíveis. Quando os §§ 138 e 242 remetem, em geral, aos bons costumes, aos costumes de tráfego, assim como à boa-fé, eles pedem dos tribunais uma concretização pelo critério de concepções de valores que são, em primeiro lugar, determinadas pelas decisões de princípio da constituição. Por isso, os tribunais cíveis estão obrigados, em virtude da constituição, a considerar, na interpretação e emprego das cláusulas gerais, os direitos fundamentais como "linhas diretivas". Se eles desconhecem isto e decidem, por conseguinte, em prejuízo de uma parte processual, então eles a violam em seus direitos fundamentais.[41]

Em outro lugar, prossegue o Tribunal Constitucional Federal dizendo que a ciência do direito civil está, ao fim e ao cabo, de acordo sobre isto, que o princípio da boa-fé indica um limite imanente do poder de formação contratual e fundamenta a autorização para um controle de conteúdo judicial do contrato. Sobre os pressupostos e a intensidade do controle de conteúdo existe, sem dúvida, discussão na literatura jurídica. Para uma apreciação jurídico-constitucional basta, todavia, a comprovação de que o direito vigente, em todo o caso, tem à disposição instrumentos que tornam possível reagir apropriadamente a perturbações estruturais da paridade contratual.

Para os tribunais cíveis resulta disto o dever de, na interpretação e emprego de cláusulas gerais, prestar atenção a que contratos não sirvam como meio de determinações alheias. Se as partes contratuais estipularam uma regulação em si admissível,

40. BVerfGE 89, 214 (221, em aspas no original).

41. BVerfGE 89, 214 (229 f., em aspas no original) com remissões à jurisprudência do próprio Tribunal Constitucional Federal.

então regularmente irá economizar-se um controle de conteúdo amplo. Mas se o conteúdo do contrato para uma parte é invulgarmente agravante e, como compensação de interesses, manifestamente inadequado, então os tribunais não devem satisfazer-se com a afirmação: "contrato é contrato". Eles devem, antes, clarificar se a regulação é uma conseqüência de poder de negociação estruturalmente desigual e, dado o caso, intervir corretivamente no quadro das cláusulas gerais do direito civil vigente. Como eles devem proceder nisto e a quais resultados devem chegar é, em primeiro lugar, uma questão do direito ordinário, ao qual a constituição deixa um espaço livre amplo. Uma infração contra a garantia jurídico-fundamental da autonomia privada, porém, entra então em consideração quando o problema da paridade contratual perturbada nem sequer é visto ou sua solução é tentada com meios imprestáveis.[42]

4.5.2 Direito de posse do locatário

4.5.2.1 O caso concreto

O proponente era locatário de uma casa. A locadora rescindiu a relação de aluguel e o proponente alegou, entre outras coisas, estar violado em seu direito de propriedade do artigo 14, alínea 1, frase 1 (A propriedade e o direito de herança serão garantidos.), da Lei Fundamental.[43]

4.5.2.2 A posição do Tribunal Constitucional Federal

Até a alegação do proponente, o Tribunal Constitucional Federal havia deixado aberta a questão se o direito de posse do locatário, resultante do contrato de aluguel, na casa alugada é propriedade no sentido desta garantia de liberdade.[44] Na decisão deste recurso constitucional o Tribunal Constitucional Federal respondeu-a afirmativamente,[45] ou seja, o direito de posse do locatário na casa alugada é propriedade no sentido do artigo 14, alínea 1, frase 1, da Lei Fundamental.[46]

Segundo o Tribunal Constitucional Federal, a proteção de propriedade do locatário opõe-se a decisões judiciais de desconhecerem o significado e alcance do artigo 14, alínea 1, frase 1, da Lei Fundamental, para o direito de posse. Também nisso a proteção de propriedade do locatário não se distingue em sua estrutura daquela do locador.[47]

5. Conclusão

No século passado a influência foi no sentido contrário, especialmente claro em Laband, que tentou trabalhar o direito do

42. BVerfGE 89 214 (232 f., em aspas no original) com remissões à literatura. Ver, sobre esta sentença, na literatura: HESSE, H. A. und KAUFFMANN, P. Die Schutzpflicht in der Privarechtsprechung, in: *JZ* 1995, S. 219 ff.; GERNHUBER, H.-J. Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit, in: *JZ*, 1995, S. 1086 ff.

43. BVerfGE 89, 1.

44. BVerfGE 89, 1 (5 f.) com remissão à sua própria jurisprudência.

45. BVerfGE 89, 1 (6).

46. BVerfGE 89, 1 (frase diretiva número 1).

47. BVerfGE 89, 1 (10). Ver sobre esta sentença na literatura, crítico: ROELLECKE, G. Mietwohnungsbesitz als Eigentum, in: *JZ*, 1995, S. 74 ff.

estado alemão a partir do "método" do direito privado. Com isso, a influência estava situada no plano doutrinal, ou seja, no dogmático. Neste século, principalmente depois da segunda guerra, a influência do direito constitucional sobre o direito civil encontra-se no plano jurisprudencial, isto é, no do aperfeiçoamento e desenvolvimento do direito. Dito em outras palavras: na constituição estão os pressupostos da criação, validez e realização das normas da ordem jurídica infra-constitucional e ela determina, em grande medida, também o seu conteúdo; assim, ela converteu-se em um elemento da unidade da ordem jurídica total da comunidade e, nisto, ela não só exclui uma separação entre direito constitucional e outros setores jurídicos, especialmente do direito privado, mas também uma coexistência estanque destes setores jurídicos e, com isso, ela desenvolve, simultaneamente, aquele efeito que cimenta a unidade, o qual pressupõe a existência e efeito normativo da constituição mesma.

Brazil - Case Comment – Internet Domain Name "aol.com.br" - The Leading Case

Luiz Edgard Montaury Pimenta
Partner of the Law Firm of **Montaury Pimenta, Machado & Lioce**, Rio de Janeiro, Brazil.

Domain Names can be registered in Brazil by any Brazilian Company regularly established in the country. This type of registration is made at **FAPESP**, which is the Agency responsible for the Internet Domain Name registrations in Brazil, in view of a delegation of competency determined by the Brazilian Ministry of Industry and Commerce. This Domain Name registration procedure is very simple, and any company regularly established in the country is able to obtain up to ten Domain Name registrations.

Since opposition procedures are not available at FAPESP, the only alternative to request the cancellation of a Domain Name registration is to send warning-cease and desist letters to the titleholder of the registration and to FAPESP, and if the registration is not assigned and/or canceled, the remaining alternative is to file a court action at a Brazilian Federal Court seeking the cancellation of that Domain Name registration.

In the Brazilian Courts this is a new issue, since no cases were taken into Court up to very recently.

On April 1997, the Brazilian Company AMÉRICA ON LINE TELECOMUNICAÇÕES LTDA., established in the city of Curitiba, State of Paraná, an Internet Service Provider, has started using the marks **"AOL"** and **"AMERICA ONLINE"** to distinguish its Internet Services and registered the Domain Name **"AOL.COM.BR"** at FAPESP. A warning-cease and desist letter has been sent to such company by AMERICA ONLINE INC., but same refused to assign such rights alleging only that the accent inserted in the word "América" would be an evidence that they were not acting with bad faith and that their clients would never confuse the services with those provided by the U.S. company AMERICA ONLINE INC. Another warning-cease and desist letter was sent to FAPESP which refused to cancel the Domain Name registration, without major explanations.

AMERICA ONLINE INC. then decided to file a court action against both AMÉRICA ON LINE TELECOMUNICAÇÕES LTDA. and FAPESP at a Federal

Court in the city of Curitiba, State of Paraná (where AMÉRICA ON LINE TELECOMUNICAÇÕES LTDA. is located), and the 10th Section of the Federal Court of the city of Curitiba has granted a preliminary injunction on January 26, 1999, in which FAPESP has been sentenced to suspend the divulgation and publication of the **"AOL.COM.BR"** domain name in the Internet, and the suspension of such registration until the final decision of the court action is rendered, and AMÉRICA ON LINE TELECOMUNICAÇÕES LTDA. has been sentenced to, besides ceasing the use of the marks **"AMERICA ONLINE"** and **"AOL"**, to also cease the use of the domain name **"AOL.COM.BR"** until the final decision of the court action.

Under the Brazilian Law, there are two basic requirements to be met in order to enable the Judge to grant a preliminary injunction decision, i.e., to present strong evidences of Plaintiff's rights and the suspicion of irreparable damages.

The first basic condition has been duly demonstrated by AMERICA ONLINE INC. by means of submitting copies of several certificates of registration for the marks **"AOL"**, **"AMERICA ONLINE"** and their corresponding logos as well as proving the notoriety of these marks by means of presenting copies of U.S. and other countries' registrations for these marks, advertisements and articles published in Brazilian publications as well as in magazines of international circulation.

The recent enacted Brazilian Intellectual Property Law has placed Brazil in a more confortable position in relation to the protection of intellectual property rights on a world-wide scenario, trying to put aside the previous negative image, which for a long time has prevailed (in the sense of allowing the practice of trademark piracy).

The above mentioned evidences also proved, in this case, that Plaintiff's marks are well-known in relation to Internet services, entitling AMERICA ONLINE INC. to benefit from the provisions established in Section 126 of the Brazilian Trademark Law, which states:

> **"Article 126** - Marks that are well-known in their field of activity in the terms of article 6 bis (1) of the Paris Convention for the Protection on Industrial Property will enjoy special protection, independently of whether they have been previously filed or registered in Brazil."

As to the suspicion of irreparable damages or damages of difficult reparation in this case, which is the other necessary requirement to allow the grant of preliminary injunctions, Plaintiff has cleared proved that the first Defendant was using Plaintiff's domain name and marks in the Internet and consequently risking the international reputation of this mark and Domain Name. Furthermore, the users may think that they were using the services of one company when, in fact, they were being supplied by another company, which does not have any relation with the Plaintiff.

Another strong argument used in this case was that while the Brazilian company AMÉRICA ON LINE TELECOMUNICAÇÕES LTDA. was using the

"AOL" mark as part of its domain name, AMERICA ONLINE, INC. would not be able to use it at the Internet in Brazil, which would probably cause high losses and damages.

Besides the preliminary injunction request, that has been granted by the Judge due to the unquestionable existence of these two pre-requisites, this court action also claims the payment of losses and damages, by the first Defendant, which according to this recently enacted Law, should be calculated on the basis of the benefits that the injured party would have gained, in case the violation had not occurred.

Loss of profits are to be determined by the most favorable criteria to the injured party, on the basis of: **a)** the benefits that the injured party would have gained if the violation had not occurred; **b)** the benefits gained by the Defendant in the situation in question; or **c)** the remuneration that the Defendant would have paid to the Plaintiff for a granted license which would have legally permitted him to exploit the subject of the rights.

This decision is extremely important, since this is to be considered the leading case for Internet Domain Name registrations in Brazil and what is definitely most important, is the fact that a preliminary injunction decision has been granted, thus suspending, immediately, the Internet address **"AOL.COM.BR"**

In Brazil, some companies or individuals have registered domain names at FAPESP containing third party's well known names and marks, to try to sell the rights arising from such Domain Name registrations to their corresponding legitimate owners, usually asking for a considerable amount of money, what could be called "Domain Name Piracy".

Some companies have been settling agreements with these Pirate-Infringers, and in order to recover their own Domain Names are giving them a sum of money in exchange for the assignment of their Domain Name registrations. This practice created a truly gray market in which the actual owner of the Domain Name usually decides to pay considerable amounts of money due to the delay and backlog of the Brazilian Courts to render final decisions in relation to such type of cases.

Some well-known marks have been registered as Domain Names at FAPESP in Brazil by unauthorized parties such as ***"firestone.com.br"***, ***"redley.com.br"***, ***"hardrock.com.br"***, ***"altavista.com.br"***, ***"burgerking.com.br"***, and this recent decision concerning the Domain Name **"AOL.COM.BR"** can certainly be used as an extremely helpful tool to revert the situation of these and other similar cases in Brazil.

Prova Criminal: o Testemunho Infantil

Ney Fayet de Souza Júnior
Professor de Direito Penal (PUC/RS), Especialista em Ciências Penais (PUC/RS), Mestrando em Ciências Criminais (PUC/RS), Advogado.

"Ah! Il n'y a plus d'enfants".
Molière.

O estudo da prova testemunhal na disciplina do processo criminal adquire especial interesse para os operadores da ciência penal. Pode-se dizer que hoje, mais do que nunca, várias disciplinas se ajuntam à do processo penal para fornecer um campo vasto (e, devemos acrescentar, seguro) de investigação e de elucidação dos crimes. As polêmicas em torno do tema, como sabido, são imensas (tanto no que diz respeito à doutrina como também à jurisprudência), notadamente no que se refere ao valor e à admissibilidade de algumas modalidades de prova.

Como se sabe, a prova,[1] evidentemente, decide o processo criminal, pois diz respeito à verdade real, com a qual o juiz estabelece, na entrega da prestação jurisdicional penal, a certeza sobre o episódio ilícito-criminal que foi imputado ao acusado (condenando-o ou absolvendo-o). Na área de interesse do processo penal, o estudo da prova testemunhal[2] (talvez,

1. Como conceitua Fragoso (Heleno Cláudio Fragoso - *in* Notas Sobre a Prova no Processo Penal - Revista de Direito Penal, volume 23, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 23), *constitui prova todo o elemento capaz de proporcionar ao juiz o conhecimento da existência histórica do fato e de sua autoria.*

2. Diz o Prof. Paulo Cláudio Tovo (*in* Prova Criminal: Critérios de Avaliação - Livro de Estudos Jurídicos, Coordenação James Tubenchlak e Ricardo Silva de Bustamente, Ed. Instituto de Estudos Jurídicos, 1ª ed., 1991, p. 306) que *o epíteto de* meretriz das provas *atribuído à prova testemunhal não passa de preconceito contra talvez a mais importante das provas no que concerne a fatos humanos. As imperfeições que ela apresenta são as comuns em quaisquer meios de prova - frutos quase sempre da falibilidade humana. Daí porque a exposição de motivos de nosso Código ensina: 'Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá,* ex vi legis, *valor decisivo, ou necessariamente maior que outra'.*

embora essa hierarquia, com efeito, não exista, a mais importante de todas as provas) reveste-se de uma importância fundamental e decisiva.[3]

E, naquilo que é pertinente à prova testemunhal, adquire importante relevo uma modalidade específica desta prova[4] carreada em juízo (ou mesmo em uma fase pré-jurídica), que é a prova testemunhal infantil,[5] haja vista as suas vicissitudes e peculiaridades. Abordar os aspectos fundamentais da prova testemunhal infantil (com todas as suas principais nuanças, quer do aspecto processual, quer do aspecto psicológico) é o escopo deste trabalho.[6]

O testemunho infantil, efetivamente, sempre preocupou a justiça penal, em todas as fases de sua evolução histórica,[7] constituindo-se em fator (ao lado do sexo, da situação civil, da vida pregressa etc.) que, muitas vezes, incapacitava a pessoa de testemunhar.

Hodiernamente, o nosso ordenamento jurídico não estabelece obstáculos à participação de menores, como testemunhas, no processo criminal. E isto porque, segundo o Código de Processo Penal, qualquer pessoa[8] pode ser testemunha.

Deste modo, a criança, igualmente, pela percepção sensorial, pode tomar conta-

3. O que levou o grande Jeremias Bentham a dizer que *a arte do processo não é senão a arte de administrar as provas* (citado por Walter Coelho, *in* Prova Indiciária em Matéria Criminal, Ed. Fabris, 1996, p. 11).

4. Bem diz Marques (José Frederico Marques - *in* Elementos de Direito Processual Penal - volume II, Ed Bookseller, Campinas, 1997, p. 309) que *prova testemunhal é a que se obtém com o depoimento oral sobre fatos que se contêm no litígio penal. As pessoas que prestam esse depoimento têm o nome de testemunhas, às quais, segundo definição de Von Kries, são terceiros chamados a depor, sobre suas percepções sensoriais, perante o juiz.*

5. O Código de Processo Penal, em seu artigo 202, permite que toda a pessoa possa ser testemunha, não se deferindo, entretanto, o compromisso de dizer a verdade aos a) doentes e deficientes mentais; b) aos menores de 14 anos; c) aos parentes do acusado mencionados no artigo 206 do Código de Processo Penal, e que são o ascendente ou descendente, ou afim em linha reta, o cônjuge ainda separado, o irmão, e também pai, mãe, ou filho adotivo (CPP, artigo 208).

6. Nunca é demais referir-se que vigora entre nós, no que tange à prova no processo penal, o **princípio da verdade real,** que corresponde à busca da certeza sem obstáculos ou limitações legais na valoração da prova (sistema do livre convencimento, adotado em nosso sistema - artigo 157, do Código de Processo Penal e artigo 297, do Código de Processo Penal Militar). Desta sorte, o juiz, ao estabelecer, na sentença, o fim da lide penal, pode apoiar-se na prova que se lhe aprouver, desde que motive, suficientemente, o seu convencimento. Daí porque, tem-se como válido o testemunho infantil para gerar uma nota de censurabilidade jurídico-penal. Tem-se, por fim, de referir, conjuntamente à Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, que *o livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo.*

7. O Código de Manu já preconizava: "Só quando o fato houver ocorrido em lugar ermo, é que a criança poderá ser inquirida; mas nesse caso o juiz equiparará o depoimento dela ao do alienado (citado por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha - *in* Da Prova no Processo Penal, Ed. Saraiva, 1996, p. 145). Eugenio Florian (*in* De Las Pruebas Penales - tomo II, 3ª ed., Editorial Temis Libreria, Colômbia, 1982, p. 105/106) também acrescenta que *los menores tenían también la facultad de rendir testemonio. En cuanto a los impúberes, dada naturalmente su condición jurídica, carecían de capacidad para rendir testemonio, como resulta de numerosos pasajes de las fuentes.*

8. Como remarca o Prof. Tornaghi (Hélio Tornaghi, *in* Curso de Processo Penal, v. 1, Ed. Saraiva, 1991, p. 397), o *emprego da palavra pessoa* (no Código de Processo Penal) *está a mostrar que somente o homem (e o homem é gênero que abraça as mulheres - v. Dicionário humarístico, de Folco Masucci, p. 81, nº 692) pode ser testemunha. Um animal pode ser levado a juízo, por exemplo, para reconhecer, pelo faro, um ladrão, para repetir o que ouviu (papagaio), para provar que um cavaleiro poderia ter saltado a cavalo uma determinada distância etc. Mas não serão testemunhas e sim instrumentos capazes de ministrar indícios.*

to com o delito, dele despontando como testemunha, inexistindo qualquer óbice ou escolho para que no processo assuma e desempenhe essa posição, com o único senão de que não será compromissada.[9] Admite-se, assim, o depoimento infantil como meio de prova, mesmo porque, em certos crimes, é a única existente (porém será defeso, como visto, o compromisso de dizer a verdade ao menor de catorze anos), mas, por outro lado, reconhece-se as dificuldades em se estabelecer, por meio dele, a verdade real.[10]

Deve-se, portanto, perscrutar do valor jurídico que se há de conferir ao depoimento testemunhal (ou mesmo vitimário) infantil,[11] pois vários fatores - que, a seguir, serão relacionados e debatidos - o inviabilizam.

Já se asseverou que a criança apresenta pureza de espírito,[12] candura e ausência de malícia e que, portanto, seus depoimentos deveriam ser tidos como a exata expressão da verdade,[13] porque se julga a criança tão inocente que sequer sabe mentir - *ex ore puerorum veritas.*[14]

A maioria dos autores, entretanto, tem criticado a fé cega com que a justiça encara, às vezes, os testemunhos infantis.[15]

E isto é certo porque o testemunho infantil contém defeitos psicológicos que impedem que, em relação a determinados episódios com interesse jurídico-penal, se forme um juízo de plena certeza,[16] sendo que, somente em situações excepcionais (onde as decla-

9. Conforme: Fernando de Almeida Pedroso - Da Prova Penal. Ed. Aidê, Rio, 1994, p. 63.

10. Aduz Roque de Brito Alves (*in* Ciência Criminal, Ed. Forense, 1995, p. 189) que *"pedagogos, psicólogos, psiquiatras, juristas e tratadistas da prova fazem as maiores restrições acerca das declarações de crianças, sobre os depoimentos infantis e somente admite-se, por exceção, que sejam a expressão da verdade."*

11. Assim, a jurisprudência: Testemunha - Menor - Acusação nela esteada - Admissibilidade. *"Não se contesta que o testemunho infantil deve ser recebido com reserva, mas não pode ser afastado* in limine, *máxime quando encontra ressonância na prova indiciária"* (RT 430/344). Testemunha - Menor - Amparo em prova idônea existente nos autos. *"As restrições que, em tese, são feitas ao testemunho infantil entendem-se cabíveis quando ele é o único elemento de que se dispõe para alicerçar a decisão. Quando, porém, está amparado por prova idônea que o confirma, não se vê razão ou motivo para que dele se descreia".* RT 242/98. (Citados por Mohamed Amaro - Jurisprudência e Doutrina Criminais, 2º v., Ed. RT, São Paulo, 1979, p. 912).

12. Julio Fabbrini Mirabete (*in* Código de Processo Penal Interpretado, Ed. Atlas, São Paulo, 1994, p. 255) sustenta que *o depoimento infantil deve merecer valor probatório quando a criança relata fato de simples percepção visual e de fácil percepção, porque em regra se presume a pureza do menor, o que lhe concede credibilidade.*

13. Convém registrar-se a crítica feita por Mittermayer (*in* Tratado da Prova em Matéria Criminal, Livraria do Editor, Rio, 1871, p. 109): *a incapacidade das crianças. Por maior que seja o valor que se dê à sua candura, às suas ingênuas palavras, que, sem calcular as consequências, só exprimem o que realmente caiu sob os seus sentidos, o legislador deverá receiar da leviandade natural do seu espírito, da falta dos seus meios de observação, do seu hábito de só verem as coisas superficialmente e de contentarem-se com a primeira impressão; e, finalmente, uma consideração das mais fortes o fará recuar, é a experiência tão frequente de que a sua jovem imaginação mistura sempre imagens errôneas com as observações reais.*

14. Daí existirem julgados realçando que todos os depoimentos têm valor equivalente e a idade, por si só, não constitui elemento para diminuir-lhes o grau de certeza.

15. Outra não é a lição do grande Gorphe: *"Es increíble que en nuestra época de progreso científico, la simple palabra de un niño,* flatus vocis, *inconsistente, pueda decidir de nuestros bienes más sagrados, del honor y de la libertad del hombre"* (*in* La Critica del Testemonio, Editorial Reus, 1933, p. 117).

16. No mesmo sentido: Luiz Régis Prado, (*in* Falso Testemunho e Falsa Perícia, Ed. Saraiva, 1984, p. 16), para quem *o testemunho infantil é perigoso e difícil por fatores morais e psicológicos. A mentalidade da criança, incapaz de compreender os fatos humanos, imaginativa e criadora, vive num mundo ideal antes de chegar à realidade.*

rações infantis sejam coerentes e confortantes de outros dados da prova), poderão estribar sentenças penais condenatórias.

Os fatores psicológicos que tornam deficientes os testemunhos infantis são os seguintes: imaturidade psicológica: a) a imaturidade orgânica[17] do infante traz a imaturidade funcional, com o que o desenvolvimento psíquico será incompleto;[18] b) a imaginação:[19] atua duplamente na criança: meio de defesa (mentira defensiva ou interesseira) ou de satisfação de desejos (brinquedos fantasiosos);[20] e c) sugestibilidade:[21] é bem acentuada nas crianças, surgindo mais ou menos aos cinco anos de idade, atinge seu ponto máximo em torno dos oito anos para, a partir de então, entrar em decrescimento.

Há também os fatores morais que tornam os testemunhos infantis deficientes. Pode-se, mesmo, falar em uma espécie de *imaturidade moral*. A moralidade não é um fato inato, porém adquirido pela criança com base em estímulos ambientais e pressões externas.

Ao início, na tenra idade, a criança mente, sem a menor intenção, mas porque age com força imaginativa, como defesa, como uma arma etc. Depois, fatores ambientais e pressões sociais exógenas (família, escola, meio

17. Trata-se a imaturidade orgânica da criança da sua imaturidade funcional: se o cérebro, órgão central da inteligência está incompleto, imperfeita será, portanto, a função que se lhe é respectiva.

18. *A criança*, diz Enrico Altavilla (*in* Psicologia Judiciária - Armênio Amado Editor, Coimbra, 1955, p. 58), *ao separar-se do ventre materno, é um ser incompleto, cuja vida psíquica se reduz à expressão mais simples: a sensação, que se traduz em reflexos.* E, logo após, remarca que *(na criança) os órgãos dos sentidos se tornam bem depressa suficientemente perfeitos para recolher o estímulo exterior, mas a consciência só muito tarde atinge aquela complexa harmonia que torna possível a exata transformação da sensação em percepção.*

19. Já Rassier (citado por V. César da Silveira - Tratado da Responsabilidade Criminal, volume III, Ed. Saraiva, 1955, p. 1292/1293) referia que *a criança não é dotada de razão, que domina no adulto e determina o valor moral das ações humanas. Na criança essa faculdade é substituída pela* **imaginação**. *De fato, a razão resulta de larga experiência, de numerosas associações de idéias; não pode existir na infância, que não adquiriu, ainda, a noção do* abstrato, *e para a qual tudo é simples e concreto. A criança não é dotada de* raciocínio, *que revela a razão e a enobrece. O raciocínio supõe a* comparação *de idéias precedentemente adquiridas, medindo-se pelo grau de clareza e exatidão com o qual se apreciam as coisas. Ora, para bem apreciá-las é mister tê-las observado, comparado, analisando e rememorando atentamente. Um bom raciocínio equivale, portanto, a uma capacidade média de observação, de abstração, de análise e de comparação.* Interessante, por outro lado, o exemplo citado por J. P. Porto Carrero (*in* Psicologia Judiciária, Ed. Guanabara, Rio, 1936, p. 160): *em um caso citado por Plaut, uma criança de quatro anos, que presenciara uma tentativa de estupro de que fora vítima a mãe, contava que o criminoso exigia dinheiro e que a mulher lhe respondera que não o tinha; a imaginação completou o que a inteligência não permitia compreender.*

20. Em sua obra clássica (La Prueba - Editorial TEMIS Librería - Colombia - 1982, p. 34), O Tschadek relata o seguinte caso: *en una ciudad austriaca se tramitó, pocos años há, un juicio contra un odontólogo a quien había consultado en vísperas de Navidad una niña de doce años a la que él conocía desde la primera infancia. Durante el tratamiento, la pequeña le contó que sentía intensos dolores en la región abdominal y que su madre temía que vinieran del apéndice. Entonces, el odontólogo palpó la zona del apéndice com el propósito de informar, dado el caso, a la mamá que también era amiga suya. Como posteriormente habrían de confirmarlo los testigos, la niña salió muy tranquila del consultorio. En la casa contó que el odontólogo le había tocado la región pubiana e intentado violarla. Hasta tal punto abundaba el relato en detalles que el presunto delincuente fue condenado en primeira instancia, y solo más tarde se comprobó su inocencia a la luz de las deposiciones de la ayudante del consultorio y de varios pacientes, amén de la declaración modificada de la niña. Para mí no cabe duda que la menor realmente creía haber dicho la verdad y que, tal vez, un deseo reprimido, que la palpación del vientre despertó, hubiera motivado la apreciación totalmente equivocada de la situación.*

21. Trata-se da capacidade de modificar a realidade da percepção a partir da sugestão que se lhe é proposta. Pode-se mesmo falar em mentira sugerida (expressão que buscamos em Gorphe), ou seja, a mentira sugerida deriva da sugestão alheia, como a

religioso etc.) indicam que a mentira deve ser relegada, ainda que prejudicando o prazer e as vantagens que pode proporcionar; por fim, a censura exterior interioriza-se e o superego cuida de evitar a mentira.[22]

Assim, a imaturidade moral[23] da criança não admite um valor pleno ao depoimento infantil.[24]

É de remarcar-se, também, que novas técnicas, produzidas e desenvolvidas na ciência psicológica, têm contribuído para se realçar o *valeur du témoignage des enfants en justice*, sobretudo àquelas que se relacionam aos casos em que as crianças são vítimas de delitos (principalmente os sexuais).[25] Por outro lado, não se pode olvidar das situações em que as crianças são preparadas,[26] apresentando traumatismos adrede produzidos para materializar o suposto delito, ou então se

expressão, por si só, já o indica; a sugestão é freqüente, nas falsas acusações devidas a crianças. Essa sugestão nem sempre é intencional: muito freqüentemente é o próprio interrogatório inicial dos pais que indica à criança a invenção. O caso do cura de Etampes é clássico. Uma professora deu queixa contra o sacerdote, acusando-o de atentados ao pudor de algumas de suas alunas. Eis a origem do caso: notara a mestra que aquelas meninas tinham hábitos viciosos; interroga com severidade uma delas: "Diga, foi...quem foi?" E a pequena, atarantada, a responder: Foi...foi...o sr..." - "O sr., quem? - replica a mestra; aqui só há duas pessoas a quem chamamos senhor: o sr. Prefeito e o sr. cura." E a menina, crente de que a resposta encerraria o incidente: "Foi o sr. cura!". O médico legista, interrogando mais habilmente uma das vítimas, pode descobrir o verdadeiro autor; mas todas elas acusaram o sacerdote. (Citado por Porto Carrero, p. 161/162).

22. Ainda o escólio de Altavilla (ob. cit., p. 79) que, com clareza, abordando os aspectos psicológicos, propriamente ditos, esclarece que ao se estudar as 'mentiras conscientes', tem-se de reconhecer que *a razão da sua frequência á constituída pelo fato da mentira representar um meio de luta pela existência: "Todos os seres débeis e os agregados sociais inferiores e anormais se servem da mentira como meio de luta. Basta observar a forma como se produz a mentira nas crianças, para nos convencermos de que ela é uma manifestação do instinto da conservação e, com frequência, uma produção inconsciente, que tem, algumas vezes, as características daqueles movimentos reflexos que esse instinto impõe aos nossos músculos, como quando, numa queda, as mãos se estendem para diante a adoçá-la, ou a um gesto de ameaça as pálpabras se cerram para proteger os olhos". É que a criança, no seu mórbido egoísmo, na sua 'polimorfa perversidade', como diria Freud, na impulsividade dos seus estímulos, com um fraco discernimento, com uma insuficiente inibição, diz, indiferentemente, o verdadeiro ou o falso, conforme o seu cego utilitarismo a faz considerar, para satisfação de uma necessidade imediata, mais conveniente uma coisa ou a outra. Ela é guiada por uma concepção hedonista da vida, pela lei do prazer* (Lustprinzip, *de Freud), que predomina sobre a lei da realidade* (Realitätprinzip). *(...) É por isso que um garoto estraga um magnífico móvel para se apoderar de uma pequena mola, e um outro diz ao pai que viu a mãe com um senhor, para ser deixado só e poder ir ao cinema. E isto é ainda mais fácil porque a intervenção da imaginação favorecida por uma forte auto-sugestionabilidade, na altura em que a sua pequena paixão lhe inflama de desejo a alma, a leva a perder a concepção precisa e clara de que está a dizer coisas falsas, o que faz faltar também aquele sentimento antagonístico que poderia, eventualmente, suscitar a sensação clara e precisa de estar a mentir. Assim se explica a passagem frequente da mentira consciente para a inconsciente.*

23. Conforme Cesár Silveira (ob. cit. p. 1.296), citando vários escritores: *"tout enfant, en realité, est un petit sauvage. A criança é apudica; a criança, como o animal, não tem pudor, eis que o pudor é característico da puberdade".*

24. Adalberto Camargo Aranha - ob. cit. p. 147.

25. Recentemente, psicólogos americanos apresentaram um método bastante simples (e, dizem, eficiente) para descobrir se uma determinada criança foi vítima de algum crime de conotação sexual. Trata-se de bonecos, que reproduzem as figuras familiares (por exemplo: se, em um determinado caso, a criança tem pai e mãe, e existe a suspeita de abuso sexual praticado pelo pai, a criança *brinca* com os bonecos (com as representações dele e de seu pai), e, ao final, termina por demonstrar nesta atividade lúdica aquilo que se lhe ocorreu em realidade), com os quais a criança irá, sob o cuidado de um especialista, *brincar*, mas - inconscientemente - tenderá a demonstrar o crime de que foi vítima.

26. É o escólio de Luigi Battistelli (*in* A Mentira nos Tribunais, Ed. Coimbra Ltda., Coimbra, 1963, p. 113): *As crónicas judiciais abundam em falsas acusações, em denúncias baseadas nas palavras mentirosas de um rapazinho ou de uma rapariguinha, em testemunhos falsos, habilmente insinuados no acanhado espírito de uma criança, com um fim utilitário bem determinado, e o facto repete-se com muita frequência.*

aproveitam lesões pré-existentes, pois são comuns as vulvites nas meninas. Atribuem-se então essas lesões a práticas libidinosas, que as crianças sugestionadas descreverão.[27] A História, como acentua o Prof. ROQUE DE BRITO ALVES, registra diversos casos de erros judiciários com apoio em depoimento infantis, bastando recordar a indigna acusação do filho de Maria Antonieta, sob sugestão, contra a mesma.[28]

Todos estes aspectos, que foram, perfunctoriamente, abordados, demonstram a fragilidade da prova angariada por meio dos testemunhos infantis.[29]

De tal arte que, quer por fatores psicológicos, quer por fatores morais, deve ser (haja vista o princípio do *livre convencimento motivado das provas* - que inspira o direito processual penal brasileiro - e que permite o depoimento testemunhal infantil como meio de prova), aceita com (muitas) reservas a prova testemunhal feita por meio dos testemunhos de crianças, pois é certo que esta modalidade específica de prova testemunhal é, muitas vezes, a única de que se dispõe para a perfeita elucidação do delito. Por outro lado, esse testemunho pode ser vantajosamente aproveitado, desde que haja precaução em relação à forma de sua obtenção, concluindo-se que, até o momento, não se houve a Justiça Criminal de forma exitosa no sentido de produzir, com segurança, a prova a partir do depoimento das crianças. Este será, portanto, o desafio lançado às ciências (sobretudo em relação à Psicologia Criminal), para, no futuro, possibilitarem a realização desta modalidade de prova com um juízo de plena e eficaz certeza, colaborando, decisivamente, para a existência de uma Justiça Criminal mais eficiente.

Bibliografia

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia* Judiciária, Armênio Amado Editor, Coimbra, 1955.

ALVES, Roque de Brito. *Ciência Criminal*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1995.

AMARO, Mohamed. *Jurisprudência e Doutrina Criminais*, 2º v., Ed. RT, São Paulo, 1979.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*, Ed. Saraiva, 1996.

BATTISTELLI, Luigi. *A Mentira nos Tribunais*, Ed. Coimbra Ltda., Coimbra, 1963.

CARRERO, J. P. Porto. *Psicologia Judiciária*, Ed. Guanabara, Rio, 1936.

COELHO, Walter. *Prova Indiciária em Matéria Criminal*, Ed. Fabris, 1996.

FLORIAN, Eugenio. *De Las Pruebas Penales* - tomo II, 3ª ed., Editorial Temis Libreria, Colômbia, 1982.

27. Conforme Hélio Gomes - Medicina Legal, Liv. Freitas Bastos, 1957, v. 1, 4ª ed., p. 384.

28. Obra citada, p. 189.

29. Claro que a crítica à prova testemunhal infantil também se espraia para toda a prova testemunhal. Assim Edmond Locard (*in* A Investigação Criminal - Ed. Saraiva, São Paulo, 1939, p. 89), ao referir que *esse modo de prova (a* testemunhal*) aparece-nos como terrivelmente enfraquecido. Sensações dispersas; percepções lacunares perturbadas pela inatenção pelos factos que importam ao processo, mas não à testemunha, perturbada pela emoção que lhe causam os factos que lhe interessam directamente; as falhas da percepção supridas pela imaginação que as deforma; recordações que se consomem e que cada chamada altera gravemente; uma interpretação falada que transforma a recordação, até ao ponto de a tornar irreconhecível; fenómenos colectivos que modificam a imagem ao sabor da vaidade de quem conta e a compõem de acordo com as sugestões recíprocas das outras testemunhas; a suspeita da mentira histérica, da mitomania, da sugestão ou da hipnose.*

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Notas sobre a Prova no Processo Penal* - Revista de Direito Penal, volume 23, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1978.

GOMES, Hélio. *Medicina Legal*, Liv. Freitas Bastos, 1957.

GORPHE, Francois. *La Critica del Testimonio*. Editorial Reus, Madrid, 1933.

LOCARD, Edmond. *A Investigação Criminal*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1939.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal* - volume II, Ed. Bookseller, Campinas, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*, Ed. Atlas, São Paulo, 1994.

MITTERMAYER, C. J.. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, Livraria do Editor, Rio, 1871.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Da Prova Penal*. Ed. Aidê, Rio, 1994.

PRADO, Luiz Régis. *Falso Testemunho e Falsa Perícia*, Ed. Saraiva, 1984.

SILVEIRA, V. César da. *Tratado da Responsabilidade Criminal*, volume III, Ed. Saraiva, 1955.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal - v. 1.*, Ed. Saraiva, 1991.

TOVO, Paulo Cláudio. *Prova Criminal: Critérios de Avaliação - Livro de Estudos Jurídicos*, Ed. Instituto de Estudos Jurídicos, 1ª edição, 1991.

TSCHADEK, O., *La Prueba*, Editorial Temis Librería - Colômbia - 1982.

O Projeto de Código Civil e o Direito Comercial

Norberto da Costa Caruso Mac-Donald
Professor de Direito Comercial da UFRGS.

"Nell'attuale crisi di valori, il mondo chiede ai giuristi piuttosto nuove idee che sottili interpretazioni: dobbiamo riprendere e riesaminare i concetti fondamentali."
Tullio Ascarelli

SUMÁRIO

1. *Introdução.*
2. *A expansão do direito comercial.*
3. *A superação da bipartição do direito privado.*
4. *A orientação do Projeto e o direito comparado.*
5. *O direito das obrigações.*
6. *Disciplina geral dos títulos de crédito.*
7. *O direito de empresa no Código Civil Italiano.*
8. *O direito de empresa no Projeto de Código Civil.*
9. *Observações críticas sobre o Livro II da Parte Especial do Projeto.*
10. *Conclusões.*

1. Introdução

1.1. Não é propósito deste estudo questionar a conveniência em elaborar-se um novo Código Civil. Trata-se de matéria apreciada pelo Congresso Nacional, tendo o Senado Federal acatado o parecer do Senador JOSAPHAT MARINHO, que reforçou com seus argumentos o entendimento que vinha sendo acolhido.[1]

1.2. Outrossim, não se tem por finalidade discutir a autonomia do direito comercial, mas apenas considerar a orientação do Projeto de Código Civil em face das tendências atuais.

1.3. Após, determinar-se-á o sistema jurídico mais próximo, próprio para ser invocado como modelo do Projeto nas matérias e institutos que interessam aos objetivos do presente trabalho. Isso possibilitará que se conte, para a avaliação de inovações adotadas, com subsídios amparados também no resultado da aplicação de legislação vigente há mais de meio século.

1. Parecer Final do Relator ao Projeto de Código Civil, in REALE, Miguel. *O Projeto do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 111-140 (esp. p. 139-140).

1.4. De outra parte, não se pretende esgotar as questões que estão a merecer exame, mas selecioná-las por sua importância e caráter inovador, submetendo-as a uma apreciação geral. Alhures, alguns temas específicos poderão vir a ser desenvolvidos.

2. A expansão do direito comercial

2.1. Em 1944, ao proferir uma de suas aulas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, TULLIO ASCARELLI destacava que *"desde a sua origem, foi o direito comercial elaborando, em contraposição ao direito comum, institutos que, posteriormente, passaram para este, alcançando uma aplicação geral"*, pelo que divisava naquele *"uma categoria histórica"*, além de constatar a tendência a uma *"commercialisation du droit privé"*[2].

2.2. No mesmo sentido, FRANCESCO GALGANO aduz que o direito comercial apresenta, na época moderna, uma dúplice tendência expansiva: no interior das unidades políticas, a tendência à crescente "comercialização" do direito privado ou, se se quer considerar o fenômeno sob o aspecto histórico-econômico, a sua progressiva adequação às exigências do desenvolvimento da economia capitalista. Tal tendência conduz, onde alcança uma integral realização, à formal extinção de um direito comercial e à sua absorção num direito civil comercializado. A outra tendência expansiva é a que atua na superação dos confins das unidades políticas.[3]

2.3. Corroborando as lições citadas, diz GASTONE COTTINO que hoje se pode afirmar, numa visão histórica mais madura, que não só o direito comercial, mas TODA a legislação privada nascida das revoluções burguesas é, nas suas características dominantes, uma legislação de classe, que encontra na ideologia liberal e no ordenamento capitalista da economia a própria base e as próprias estruturas. Nenhum ramo do direito, nem o direito de família[4] ou o direito das sucessões, ou seja, aqueles mais condicionados pelos costumes e tradições, podem se afastar deste processo de adequação e coordenação às exigências capitalistas.[5]

2. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 27, 22 e 40.

3. *Atlante di Diritto Privato Comparato*. Bolonha: Zanichelli, 1997, p. 39. Tenha-se presente, porém, que a unificação dos códigos de direito privado não afasta a permanência de institutos jurídicos mercantis, quer no interior do Código Civil, quer regulados por leis especiais. Tampouco suprime necessariamente a autonomia didática e científica do direito comercial. A seleção das matérias comerciais repousa, fundamentalmente, sobre a tradição, incluindo o direito da empresa e das sociedades, os títulos de crédito e os contratos que, pelo uso mais freqüente por parte dos empresários comerciais, costuma-se definir como "contratos comerciais" ou "contratos de empresa" (idem, p. 42). Ver ainda nota 13 infra.

4. A esse respeito, elucidativa a observação de GALGANO relativa à transição, entre o fim do século XVIII e o princípio do século XIX, da antiga sociedade agrícola à moderna sociedade industrial, em que mudou não só a organização econômica da sociedade, isto é, a regulação jurídica das relações econômicas, mas também se alterou profundamente a sua organização civil: basta pensar no declínio da antiga família patriarcal, própria da sociedade rural, e no advento da moderna família conjugal, adequada às exigências de uma sociedade industrial (*Diritto Privato*. Pádua: CEDAM, 1985, p. 4).

5. *Diritto Commerciale*. Pádua: CEDAM, 1986, v. I, p. 4-5.

3. A superação da bipartição do direito privado

3.1. Segundo o Prof. MIGUEL REALE, Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, essa não teve por objetivo estabelecer a unidade do direito privado, mas consolidar e aperfeiçoar o que já estava sendo seguido no País, que era a *unidade do direito das obrigações*.[6] Porém, o regramento unitário das obrigações civis e mercantis importa no desaparecimento, *"absorvida num processo de extrema 'objetivação', daquela que constituía, historicamente, a parte mais notável do direito comercial, ou seja, a disciplina das obrigações e dos contratos comerciais. Pela sua contraposição à disciplina das obrigações e dos contratos civis era esta - o juízo é de K. Wieland, Handelsrecht, I, München u. Leipzig, 1921, p. 4 - a parte que guardava a essência do direito comercial"*[7].

3.2. De outra parte, o art. 2.040 do Projeto revoga expressamente o Código Civil de 1916, a Primeira Parte do Código Comercial de 1850 e toda a legislação civil e mercantil abrangida pelo Código Civil ou com ele incompatível. Se considerarmos que a Terceira Parte do Código Comercial, pertinente às "quebras", já se encontra derrogada[8], temos que com a entrada em vigor do novo Código restará vigente, alterada por legislação superveniente, apenas a Segunda Parte, que trata do comércio marítimo. Na Itália, mesmo após 1942, existe um Código da Navegação separado do Código Civil[9].

3.3. A permanência de leis comerciais complementares ou especiais não é incompatível com a unificação, correspondendo ao fenômeno que ASCARELLI definiu como o "fracionamento" do direito comercial, que se correlaciona, nos direitos nacionais, com a tendência à unificação internacional: tal procedimento determina que alguns setores, regulados uniformemente pelas convenções internacionais, saiam dos códigos de comércio e constituam objeto de leis especiais[10]. Ademais, GASTONE COTTINO aponta também, como causa da existência da legislação especial, a impossibilidade de enrijecer no âmbito estreito dos códigos, institutos e disciplinas ligados à contínua evolução e às mutáveis circunstâncias do ordenamento da produção e da circulação[11]. Assim, a exclusão, do Projeto, da regulação da sociedade

6. Visão geral do Projeto de Código Civil. *In: O Projeto do novo Código Civil*, cit., p. 5.

7. GALGANO, Francesco. *Storia del Diritto Commerciale*. Bolonha: Il Mulino, 1976, p. 105, traduzi.

8. O Dec. 917, de 24/10/1890, calcado em projeto de Carlos de Carvalho, derrogou a Terceira Parte do Código Comercial e o Dec. 738, de 25/11/1850 (ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: LEUD, 1997, p. 54). De sua vez, o Título Único do mesmo Código deixou de vigorar com a vigência do Dec.-Lei 1.608/39, anterior Código de Processo Civil.

9. Consoante esclarece Alberto Asquini, também o exercício da navegação marítima e aérea pode originar uma empresa comercial no sentido do art. 2.195 do Código Civil Italiano. Porém, decisiva em favor da autonomia do Código da Navegação foi sobretudo a consideração do particular tecnicismo da organização e do exercício da empresa de navegação, exigindo um vasto complexo de normas peculiares que teriam tornado muito denso o Código Civil (*Titoli di Credito*. Pádua: CEDAM, 1966, p. 19).

10. GALGANO, Francesco. *Storia del Diritto Commerciale*, cit., p. 102.

11. Ob. cit., p. 7. Na mesma linha, Miguel Reale salienta *"que o Projeto não abrange matérias que envolvam questões que vão além dos lindes jurídicos, como é o caso das sociedades por ações, objeto de lei especial"*. Destaca, ademais, ser *"próprio de um código albergar somente questões que se revistam de certa estabilidade, de certa perspectiva de duração"* (Visão geral do Projeto de Código Civil, cit., p. 14.).

anônima, a qual é cometida a lei especial (art. 1.088), alterando orientação anterior, encontra as mencionadas justificativas[12].

3.4. Nesses termos, admissível concluir que a orientação observada no Anteprojeto e confirmada no Projeto em tramitação no Congresso Nacional completa a superação da bipartição formal do direito privado característica da época moderna[13], que fora iniciada no Brasil com a abolição da dualidade de jurisdição no século passado[14].

4. A orientação do Projeto e o direito comparado[15]

4.1. Cabe, agora, determinar o sistema jurídico privado do qual o Projeto se encontra mais próximo. Conquanto nos países de *common law* tenha sido a unificação alcançada anteriormente, é nos países de *civil law*, da família dos direitos romano-germânicos, a que pertence o Brasil, que se deve buscar o modelo para proceder a um exame comparativo, hábil a propiciar uma melhor compreensão do Projeto.

4.2. Na Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil (19 de março de 1973), diz o Prof. MIGUEL REALE, quanto à unificação do direito das obrigações, que a solução adotada não constitui *"cópia de qualquer modelo alienígena, mas antes fidelidade a uma das contribuições mais originais da cultura jurídica pátria, desde o ensinamento genial de TEIXEIRA DE FREITAS"*. E completa: *"Não há como confundir o modelo brasileiro de codificação unificada com o italiano ou o suíço. Bastará dizer que este se restringe ao Direito das Obrigações, enquanto que aquele, além de não possuir Parte Geral, disciplina também o Direito do Trabalho."*[16] Contudo, tendo-se em conta que os países de *civil law* com acentuada influência sobre o Brasil no campo jurídico privado, como Alemanha, França, Portugal e Espanha, conservam o Código Comercial separado do Civil[17], é na Itália que vamos encontrar o modelo que mais se ajusta ao propósito antes revelado. Não só porque lá ocorreu a unificação em 1942, mas também em virtude de inúmeras semelhanças, que, sob o enfoque em exame, situam o Projeto próximo ao *Codice Civile*. Por ora, basta que se mencionem genericamente, para justificar a escolha, ao lado da *unificação do direito das obrigações*, a introdução de uma *disciplina geral dos títulos de crédito*[18], além da substituição do conceito de *ato de comércio* pelos de *empresa e atividade empresarial*[19], da categoria de *fundo de comércio* pela de *estabelecimento*[20], e da criação da *sociedade simples*, que *"é, como tipo de sociedade, uma invenção do Código Civil Italiano de 1942"*[21].

5. O direito das obrigações

5.1. As manifestações dos integrantes da Comissão que elaborou o Anteprojeto ressaltam que a unificação do direito das obrigações consolidou e aperfeiçoou o que já estava sendo seguido no País, de acordo com a tradição evolutiva do nosso direito positivo no campo das relações privadas.[22]

5.2. De sua vez, ao apreciar as *"qualidades e defeitos"* do Código Civil Italiano de 1942, afirma GASTONE COTTINO que os maiores méritos cabem aos legisladores no direito das obrigações, cuja unificação legislativa é realizada pelo Livro Quarto. Aponta, como uma das inovações mais importantes, a abolição da regulamentação separada do ato de comércio.[23]

5.3. Igualmente, numa apreciação geral, pode-se destacar a importância do

12. Segundo Joaquin Garrigues, dentro das instituições jurídicas, a sociedade anônima é a mais sensível às novas exigências sociais e econômicas, precisamente porque esta sociedade é titular das grandes empresas industriais e comerciais (*Problemas atuais das sociedades anônimas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1982, p. 55).

13. *"Na época moderna, que é a época da codificação do direito privado, a época da mediação do Estado na regulação de todas as relações sociais, o antigo particularismo jurídico se apresenta de outra forma: o direito comercial é o direito dos códigos de comércio separados dos códigos civis, da jurisdição comercial separada da jurisdição civil."* (GALGANO, Francesco. *Atlante di Diritto Privato Comparato*, cit., p. 38, traduzi.) Eunápio Borges distingue, além da autonomia legislativa do direito comercial, ou seja, a *"sua independência em relação ao direito comum quanto à fonte legislativa de seus preceitos"*, que o particularizou em sua origem, a autonomia formal, a substancial, a didática e a científica (*Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, cap. IV.). Como destaca Fábio Ulhoa Coelho, *"com certeza, não basta a reunião da disciplina privada das atividades econômicas num mesmo diploma legal para que se eliminem as diferenças de tratamento entre as comerciais e as civis. É necessária ainda uma noção teórica capaz de constituir o modelo para esta disciplina."* (*Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 1, p. 17.)

14. *"Em 30 de novembro de 1876, o Dec. 6.384, expedido em conformidade com o art. 1º do Dec. 2.662, organizou as juntas e inspetorias comerciais, regulando o exercício de suas funções. Desapareceu assim a dualidade de jurisdição que, nas legislações onde existe, constitui o maior obstáculo à unificação do direito privado."* (BORGES, Eunápio. Ob. cit., p. 40.)

15. Galgano enfatiza que, com a crescente internacionalização dos mercados e, conseqüentemente, das relações jurídicas, o direito privado comparado não é, hoje, matéria pertinente apenas à formação cultural do jurista, mas concerne à sua própria formação profissional (*Atlante di Diritto Privato Comparato*, cit., p. XI).

16. *In: Anteprojeto de Código Civil*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1973, p. 5. Quanto à classificação do direito do trabalho, se no âmbito do direito público ou do direito privado, não cabe, aqui, referir as diversas opiniões exaustivamente examinadas por Evaristo de Moraes Filho, que se filia à que o apresenta como um *direito unitário*, e conclui: *"apesar de possuir normas de direito público e de direito privado, é de fácil demonstração que as primeiras preponderam sobre as segundas, em número e força"* (*Introdução ao Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. II, p. 171-172).

17. *Atlante di Diritto Privato Comparato*, cit., p. 36-37.

18. GALGANO, Francesco. *Atlante di Diritto Privato Comparato*, cit., p. 221. Observa Federico Martorano que a introdução, no direito italiano, de uma disciplina geral dos títulos de crédito representou não só uma fundamental inovação no âmbito da disciplina interna, mas também um fenômeno excepcional relativamente aos outros ordenamentos, quer continentais, quer de *common law* (Titoli di credito. *In: Enciclopedia del Diritto*. Milão: Giuffrè, 1992, vol. XLIV, p. 573). Giuseppe Gualtieri e Ignacio Winizky informam que *"somente as legislações mexicana, suíça, italiana e hondurenha estruturaram organicamente um corpo de normas sobre os títulos-valores"*, correspondendo *"ao México o lugar de vanguarda na sistematização legislativa dos títulos circulatórios, por haver editado em agosto de 1932, a Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito"* (*Títulos Circulatorios*. Buenos Aires: Eudeba, 1966, p. 40 e 20, traduzi).

19. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, *"o projeto em tramitação inspira-se no Codice Civile e, adotando expressamente a teoria da empresa, incorpora o modelo italiano de disciplina privada da atividade econômica"* (ob. cit., p. 24).

20. REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil (19 de março de 1973). *In: Anteprojeto de Código Civil*, cit., p. 13.

21. GALGANO, Francesco. *Sommario di Diritto Commerciale*. Milão: Giuffrè, 1990, p. 122, traduzi.

22. REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. *In: O Projeto do novo Código Civil*, cit., p. 5. Sylvio Marcondes destaca que, *"há mais de um século, o Código Comercial de 1850 já preceitua, no seu art. 121, que, salvo as restrições estabelecidas, 'as regras e disposições de direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais'"*. Lembra, a seguir, que com o disposto em seu art. 1.364, o Código Civil de 1916, ao regular o contrato de sociedade, dá prosseguimento à mesma linha unificadora (Exposição de Motivos Complementar. *In: Anteprojeto de Código Civil*, cit., p. 196). Waldírio Bulgarelli admite que as peculiaridades dos negócios mercantis podem perfeitamente ser disciplinadas num corpo orgânico único legislativo, como ocorreu com sucesso na Suíça e na Itália, e registra *"a tendência universal à unificação das obrigações"* (*Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 40 e 56).

23. Ob. cit., p. 63.

Livro I da Parte Especial do Projeto[24], em virtude não só da unificação que levou a cabo, mas também de que, no dizer de JUDITH MARTINS COSTA, *"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 - que encontraremos, em paralelo às normas marcadas pela estrita casuística, a maior parte das cláusulas gerais"*, as quais *"constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade deste século"*, e, *"mais do que um 'caso' da teoria do direito - pois revolucionam a tradicional teoria das fontes - constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis"*[25].

5.4. Nada obstante, no tocante aos contratos empresariais, em suas observações à Comissão Especial da Câmara dos Deputados então incumbida de dar parecer sobre o Projeto de Código Civil, manifestou o Prof. FÁBIO KONDER COMPARATO que eles, sob o enfoque comercialista, *"apresentam-se, salvo uma ou outra exceção, mal regulados"*. Invoca, a título de ilustração, o capítulo consagrado aos contratos bancários[26]. Estes últimos foram excluídos do Projeto pela Câmara dos Deputados[27]. Considerando-se que outros contratos mercantis ou empresariais, hoje já amplamente utilizados, estão também ausentes do Projeto, preocupa o comprometimento, nessa matéria, da unidade e sistematização esperáveis de um código. Mesmo tendo-se presente a superação das idéias mestras de uniformização e universalismo legislativos, que inspiraram as codificações no século passado[28], bem como a constante criação de novas figuras contratuais destinadas a viver como contratos atípicos enquanto a lei não intervenha para regulá-los[29].

6. Disciplina geral dos títulos de crédito.

6.1. Como anteriormente observado[30], o Projeto, à semelhança do Código Civil Italiano, introduz em nosso País uma disciplina geral dos títulos de crédito, cuja intenção *"não foi reunir simplesmente o que é comum aos diversos títulos regulados em leis especiais...; foi fixar os requisitos mínimos para todos os títulos de crédito, inclusive para títulos inominados, que a prática venha a criar, deixando assim aberta a porta às necessidades econômicas e jurídicas do futuro"*[31].

6.2. Consoante o Prof. MAURO BRANDÃO LOPES, a doutrina italiana é preponderantemente favorável à criação de títulos atípicos, e entre nós por eles se manifestaram CARVALHO DE MENDONÇA e PONTES DE MIRANDA[32]. Sobre essa questão, esclarece FEDERICO MARTORANO que a maioria da doutrina atribui ao art. 2.004 do Código Civil Italiano, a que corresponde, em suma, o art. 906 do Projeto, um claro sentido *"permissivo"*, bem como que o reconhecimento da liberdade de emissão dos títulos de crédito se mostra como corolário da introdução de uma regulamentação geral daqueles, encontrando sustentação também no princípio da autonomia privada (arts. 1.322 e 1.324)[33]. Todavia, como lembra o mesmo autor, ao consenso geral quanto à inexistência, no ordenamento italiano, de um *numerus clausus* de títulos de crédito, não corresponde igual entendimento no tocante à inexistência de ulteriores limites à dita liberdade, além daquele previsto no art. 2.004. Aponta e examina criticamente opiniões que restringem aos empresários a possibilidade de emitir títulos atípicos, ou condicionam à tipicidade social do documento circulatório a sua qualificação como título de crédito[34]. GIOVANNI L. PELLIZZI igualmente analisa a multiplicidade de questões propostas pela disciplina geral dos títulos de crédito. Estes são por ele divididos em três categorias, em que se verifica progressiva dificuldade na determinação da presença da sua característica básica, considerada como a destinação à incorporação, mais precisamente, a consciência coletiva de uma destinação à incorporação: os *legalmente típicos*, ou nominados pela lei; os *socialmente típicos*, criados pela prática; e os *totalmente atípicos*, concebidos e utilizados por indivíduos ou por entidades sem ou antes que a seu respeito se verifiquem as condições de notoriedade, constância e generalidade determinantes da tipicidade social[35]. Ademais, assinala MARTORANO que o *Codice Civile* em nenhum norma definiu o título de crédito, deixando assim, ao intérprete, a solução de um problema que envolve duas questões: de um lado, a relativa às características que um documento assume por efeito de sua submissão à disciplina dos artigos 1.992 e seguintes (definição normativa); de outro, a referente a que características de fato um documento deve apresentar para ficar submetido àquela mesma disciplina (definição tipológica).

24. O *Codice Civile*, que não está dividido em Parte Geral e Parte Especial, trata das *obrigações* no Livro Quarto, e do *trabalho* no Livro Quinto, dedicando o Título II deste último ao *trabalho na empresa*, e o Título V às *sociedades*. O Projeto destina o Livro I da Parte Especial ao *direito das obrigações*, dispondo no Título VIII sobre os *títulos de crédito*; e o Livro II, que se decompõe em quatro títulos (I – Do Empresário; II – Da Sociedade; III – Do Estabelecimento; IV – Dos Institutos Complementares), ao *direito de empresa*, designação que a Câmara dos Deputados preferiu em lugar de *atividade negocial*.

25. O Direito Privado como um Sistema em Construção – As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre: Síntese, v. 15, 1998, p. 144 e 131.

26. Projeto do Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: RT, nº 17, nova série, 1975, p. 177.

27. BULGARELLI, Waldírio. Ob. cit., p. 45. O *Codice Civile* dispõe sobre os contratos bancários no Capítulo XVII do Título III do Livro Quarto.

28. COMPARATO, Fábio Konder. Ob. cit., p. 173-175.

29. GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*, cit., p. 215.

30. Ver nota 18 supra.

31. Exposição de Motivos. *Apud* LOPES, Mauro Brandão. Exposição de Motivos Complementar. *In: Anteprojeto de Código Civil*, cit., p. 91.

32. Exposição de Motivos Complementar. *In: Anteprojeto de Código Civil*, cit., p. 91. Raul Cervantes Ahumada entende possível que o uso consagre, como tem sucedido na prática mexicana, documentos que, por suas especiais características, adquiram a natureza de títulos de crédito. E conclui: *"isso ocorrerá quando os títulos novos preencham os requisitos mínimos que a Lei estabelece para os títulos de crédito em geral"* (*Títulos y operaciones de crédito*. México, DF: Herrero, 1969, p. 16, traduzi).

33. Dispõe o Projeto no art. 424: *"É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código."*

34. Ob. cit., p. 631.

35. *Principi di Diritto Cartolare*. Bolonha: Zanichelli, 1967, p. 136.

Enfatiza esse autor a relevância do assunto, de vez que, na matéria em exame, a regulamentação jurídica não se limita a sobrepor-se a um fenômeno já existente na realidade socioeconômica, mas concorre para determinar-lhe a própria existência.[36]

6.3. A partir dessas considerações, poder-se-ia esperar que com o disposto no art. 886, que conceitua os títulos de crédito[37], e no art. 888, que menciona os seus requisitos, tivesse o Projeto afastado as dificuldades apontadas por MARTORANO. Não é esse, porém, o entendimento de abalizada doutrina, consoante se vê de manifestações como a de COMPARATO, segundo o qual, quando aquele emprega a expressão *"título de crédito como categoria geral, sem indicar especificamente os documentos a que se refere, incorre em evidente tautologia: essas disposições gerais aplicam-se aos títulos de crédito, e títulos de crédito são exatamente os documentos aos quais se aplicam essas disposições gerais"*[38]. Concluindo, indaga o referido autor, após sublinhar que a doutrina costuma distinguir os títulos de crédito propriamente ditos dos chamados títulos ou comprovantes de legitimação e dos títulos de crédito impróprios: *"Como não perceber a extrema confusão que resultará, na prática, entre título de crédito inominado e título de crédito impróprio ou comprovante de legitimação?"*[39] O sistema do Projeto, embora se distinga daquele criticado pela doutrina italiana, mostra-se insatisfatório para superar os óbices que, de regra, acompanham a admissibilidade de títulos atípicos. Permanece difícil determinar com segurança quando um documento é qualificável como título de crédito, por conter os requisitos necessários e também suficientes para submetê-lo à disciplina específica e excepcional prevista no Título VIII do Livro I da Parte Especial. A expressa exigência da indicação da lei de circulação, que é omitida, constituiria dado significativo, embora não decisivo, para esse efeito[40]. Não resultando do exame formal do documento a sua natureza de título de crédito, restará recorrer

36. Ob. cit., p. 575.

37. Observa Newton de Lucca que o Projeto acolheu a definição de Vivante, substituindo, todavia, *"mencionado"* por *"contido"*, o que, para Mercado Jr. parece não merecer acolhida em texto de lei (*Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito*. São Paulo: Pioneira, 1979, p. 14). Não destoa a crítica de Paulo Armínio Tavares Buechele: *"A conceituação dos títulos de crédito no referido Projeto, embora assemelhada no seu todo àquela apresentada por Vivante, traz no seu bojo a tese da incorporação do direito pelo documento, à qual o grande jurista italiano sempre se opôs."* (Os Títulos de Crédito no Projeto de Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: RT, nº 78, nova série, abril/junho 1990, p. 64.)

38. Ob. cit., p. 178. No mesmo sentido, Newton de Lucca (ob. cit., p. 123); Paulo Armínio Tavares Buechele (ob. cit., p. 68). Ambos invocam a lição de Tullio Ascarelli: não é possível recorrer à definição vivanteana porquanto se é conduzido a um círculo vicioso. Preliminarmente, é necessário identificar a *fattispecie* dos títulos de crédito para aplicar as normas legais do Código. Somente depois de identificada a *fattispecie* é que poderíamos dizer que a ela se aplicam as normas do Código. Mas é evidente que se sustentarmos serem tais normas aplicáveis aos títulos atípicos, não poderemos encontrar a *fattispecie* à qual elas se aplicariam. Diversamente, entende Mauro Rodrigues Penteado que a crítica de Ascarelli foi formulada *"diante de quadro normativo diverso, pois o* Codice Civile, *além de não conter qualquer definição normativa, alude reiteradamente a* titolo di credito, *para determinar a aplicação de vários de seus dispositivos (...), o que conduz efetivamente a um círculo vicioso"* (Títulos de Crédito no Projeto de Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: RT, nº 100, nova série, outubro/dezembro 1995, p. 36).

39. Ob. cit., p. 179.

40. Ver PELIZZI, Giovanni L. *Studi sui Titoli di Credito*. Pádua: CEDAM, 1960, p. 12-16.

a outras indicações fora daquele, poucas vezes porém capazes de afastar as incertezas que afetam a indispensável tutela ao seu portador.[41]

6.4. Outro ponto a considerar respeita à omissão, no Projeto, dentre as disposições gerais aos títulos de crédito, de uma das normas tidas como básicas, por respeitar ao regime geral de oponibilidade de exceções[42]. Tanto PELLIZZI[43] como MARTORANO[44] destacam que dos trinta e seis artigos (do 1.992 ao 2.027) dedicados pelo *Codice Civile* aos títulos de crédito, somente os três primeiros apresentam interesse verdadeiramente fundamental, por representarem o núcleo essencial e revestirem valor qualificativo de toda a categoria: o art. 1.992, relativo sobretudo à legitimação; o art. 1.993, de que se dessomem o princípio da literalidade, a delimitação da relação cartular e suas conexões com a relação subjacente[45]; e o art. 1.994, em que está o fundamento da autonomia. Com algumas alterações, o art. 1.993 é repetido pelos arts. 914 e 915 do Projeto, específicos aos títulos à ordem; contudo, esses dispositivos, só parcialmente reproduzidos pelo art. 905, que integra o Capítulo pertinente aos títulos ao portador, são omitidos no tocante aos títulos nominativos. Quanto a outras regras fundamentais, encontram-se no Capítulo que compreende as disposições gerais, nos arts. 886, 895 e 900.[46]

6.5. Igualmente na Exposição de Motivos Complementar, aduz o Prof. MAURO BRANDÃO LOPES: *"Disciplinados os títulos de crédito no Anteprojeto, visando especialmente aos atípicos e inominados, a regulamentação teria de ser tal que os títulos atípicos, surgidos sob sua égide, oferecessem maiores vantagens do que as têm os créditos*

41. Acresce que o sistema jurídico brasileiro, diversamente do italiano (*Codice Civile*, arts. 1.153, 1.157 e 1.994), tem o princípio da aquisição da propriedade pela posse de boa fé como excepcional: atualmente só concerne aos títulos cambiários e cambiariformes (ver nota 47 infra), não havendo qualquer regra do Código Civil ou do Código Comercial adotado o princípio *en fait de meubles, possession vaut titre* (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, v. 15, p. 223, 240 e 259). No Projeto, o art. 1.267 repetiu o art. 622 do Código Civil vigente, tendo, porém, o art. 895 estendido o referido princípio aos títulos de crédito em geral.

42. O Instituto Brasileiro de Direito Comparado aprovou proposta de Antônio Mercado Jr. no sentido de que a norma regulando a oponibilidade de exceções fosse colocada nas "Disposições Gerais" (Observações sobre o Anteprojeto de Código Civil, quanto à matéria "Dos Títulos de Crédito", constante da Parte Especial, Livro I, Título VIII. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: RT, nº 9, nova série, 1973, p. 127 e 136).

43. *Principi di Diritto Cartolare*, cit., p. 47.

44. Ob. cit., p. 573.

45. Para Fabrizio Devescovi, a 1ª alínea do art. 1.993 do *Codice Civile* proclama a literalidade, e a 2ª alínea a abstração, entendida como separação entre relação cartular e relação subjacente (*Titolo di Credito e Informatica*. Pádua: CEDAM, 1991, p. 100).

46. Conforme Martorano, ainda que o alcance geral das referidas normas do *Codice Civile* não seja unanimemente reconhecido pela doutrina, é inegável que entre os princípios estatuídos nos arts. 1.993 e 1.994 existe uma recíproca conexão, que deles impõe uma aplicação coerente (ob. cit., p. 574), constituindo, outrossim, os arts. 1.992, 1.993 e 1.994 um corpo unitário e indivisível, aplicável a todos os títulos de crédito (*Lineamenti Generali dei Titoli di Credito*. Nápoles: 1979. *Apud* DEVESCOVI, Fabrizio. Ob. cit., p. 100, nota 90). Galgano confirma o nexo entre o art. 1.994 e o art. 1.993, entre a aquisição a título originário do documento e a aquisição do direito nele mencionado como direito autônomo, com um exemplo: no caso de aquisição de um título de crédito por sucessão hereditária, fica o adquirente exposto às exceções oponíveis ao transmitente (*Diritto Privato*, cit., p. 403). E Pellizzi indaga de que serviria a propriedade de um título de crédito e por que o legislador estaria preocupado em assegurá-la, se ao proprietário não correspondesse também a titularidade do direito no título mencionado (*Principi di Diritto Cartolare*, cit., p. 52).

no direito não-cambiário, e menores do que as têm os títulos já especialmente regulados"[47]. Após, aponta o mesmo autor algumas dessemelhanças, entre elas não comportarem os atípicos estipulação de juros (art. 889), nem proibição de endosso (idem), nem aval parcial (art. 896, parágrafo único), contrariamente ao disposto na Lei Uniforme de Genebra, respectivamente nos arts. 5º, 11, al. 2ª, e 30, al. 1ª. Diferença relevante, comparativamente aos títulos cambiários, está em se tornar o endossante devedor solidário somente se expressamente assumir responsabilidade pelo pagamento (art. 913), regra correspondente à do art. 1.074 do Código Civil em vigor (art. 295 do Projeto) pertinente à cessão de crédito, e inversa àquela do art. 15 da Lei Uniforme de Genebra.[48]

6.6. O § 3º do art. 888, introduzido por emenda aditiva formulada pelo Senador JOSAPHAT MARINHO, acolhendo sugestão do Prof. MAURO RODRIGUES PENTEADO, admite que o título de crédito *"poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente"*, além de observados *"os requisitos mínimos"* do referido dispositivo. Prossegue o mencionado Relator em seu Parecer destacando que *"desse modo, com as cautelas necessárias, adota-se procedimento correspondente às inovações que a tecnologia vem proporcionando a todas as atividades humanas"*[49]. Com efeito, conexo com os progressos da eletrônica apresenta-se um dos aspectos da "desmaterialização" ocorrente na sociedade pós-industrial: a transferência eletrônica de fundos tende a desmaterializar os títulos de crédito[50]. O meio magnético vem substituindo paulatina e decisivamente o meio papel como suporte de informações. Os empresários, ao vender seus produtos ou serviços a prazo, cada vez menos têm se valido do documento escrito para o registro da operação[51]. Pelo que, conclui GALGANO que *"uma nova tarefa nos aguarda: a teoria do título de crédito, que foi admirável criação de várias gerações de juristas, deverá ser completamente refeita, porquanto é inteiramente construída sobre a cártula vista como coisa móvel suscetível de posse e, por isso, de aquisição* a non domino"[52].

47. Permanecem, assim, consoante também ocorre na Itália, ao lado da disciplina geral dos títulos de crédito, as disciplinas específicas aos títulos típicos, como os cambiários (letra de câmbio e nota promissória) e os cambiariformes (p. ex., duplicata), na terminologia de Pontes de Miranda, segundo o qual os primeiros se caracterizam como títulos formais, abstratos, comerciais, com pluralidade de vinculações solidárias e fungibilidade da prestação, sendo os cambiariformes aqueles a cujo respeito a *lex specialis* estatui que se invoque o direito cambiário (*Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961, v. 34, p. 7 e 55). Às mencionadas características dos títulos cambiários, acrescenta Giorgio de Semo uma especial tutela substancial e processual, sendo dotados de eficácia executiva (*Trattato di Diritto Cambiario*. Pádua: CEDAM, 1963, p. 4 e 110).

48. Rubens Requião, em suas observações à Comissão Especial da Câmara dos Deputados então incumbida de dar parecer sobre o Projeto, manifesta a sua mais candente crítica às "Disposições Gerais" sobre títulos de crédito, *"por abandonarem os princípios que regem as Convenções de Genebra"* (Projeto do Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: RT, nº 17, nova série, 1975, p. 139).

49. Parecer final do Relator ao Projeto de Código Civil, ob. cit., p. 134-135.

50. GALGANO, Francesco. La giurisprudenza nella società post-industriale. *Contratto e impresa*. Pádua: CEDAM, 1989/2, p. 359.

51. COELHO, Fábio Ulhoa. Ob. cit., p. 378.

52. GALGANO, Francesco. La giurisprudenza nella società post-industriale, ob. cit., p. 360, traduzi.

6.7. O clássico conceito de VIVANTE, perfilhado pelo art. 886 do Projeto[53], ao qual se conformam outros dispositivos básicos como o art. 895, sintetiza os princípios da cartularidade, literalidade e autonomia[54], implicando a materialização do direito num documento, numa cártula, ao que se torna difícil adequar o registro por processo informatizado. Sem a indispensável reforma a que alude GALGANO, torna-se difícil satisfazer, com uma regra isolada inserida num contexto legislativo fundado na teoria tradicional, às exigências ditadas pelo progresso tecnológico e práticas decorrentes[55], preservando-se a função primeira dos títulos de crédito[56].

6.8. Ademais, nota-se que o Projeto não cuidou do modo de constituir ou de suprir a assinatura do emitente, arrolada como um dos requisitos dos títulos de crédito no *caput* do art. 888[57], a cuja observância remete expressamente a parte final do § 3º do mesmo artigo[58]. Em títulos, como a letra de câmbio e a nota promissória, por seu rigor formal típico, a subscrição autógrafa tem sido considerada elemento essencial[59]. Mesmo tendo o Brasil adotado a reserva do art. 2º do Anexo II da 1ª Convenção de Genebra, não legislou sobre a matéria no tocante à cambial[60]. Porém, a Lei nº 7.357, de 02.09.85, no art. 1º, parágrafo único, admitiu que a assinatura do emitente do cheque possa ser constituída, na forma da legislação específica, por chancela mecânica ou processo equivalente. E a Lei nº 5.589, de 03.07.70, alterada pela Lei nº 7.464, de 18.04.86, autorizou a utilização de chancela mecânica para autenticação de valores mobiliários e de duplicatas, obedecidas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional - CMN. Como se vê, pela importância da questão, a substituição da assinatura autógrafa tem requerido não só a autorização, mas também a regulamentação legislativa a respeito do processo a ser observado.

53. Ver nota 37 supra.

54. COELHO, Fábio Ulhoa. Ob. cit., p. 366-370. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 2, p. 299.

55. Ver DEVESCOVI, Fabrizio. Ob. cit. COELHO, Fábio Ulhoa. Ob. cit., p. 378-379.

56. Tenha-se presente que, adotando a definição de Vivante com a alteração mencionada na nota 37, o Projeto não só prescreveu ser o documento necessário ao exercício do direito, como afirmou a incorporação deste naquele, o que mais dificulta a superação de princípios da doutrina tradicional com vistas a possibilitar uma *circulação informatizada* sem renunciar à tutela atualmente assegurada pela posse qualificada do *documento cartáceo* (ver DEVESCOVI, Fabrizio. Ob. cit., p. 305-308).

57. Na Itália, não tendo o legislador previsto expressamente os requisitos de validade do título de crédito, são eles deduzidos do sistema de exceções reais de que trata o art. 1.993, que parece exigir, de modo geral, autenticidade da firma e não necessariamente a assinatura autógrafa, possibilitando, assim, uma subscrição mecânica ou por outro modo realizada (DEVESCOVI, Fabrizio. Ob. cit., p. 223).

58. Na mesma linha do Código Civil vigente (arts. 134, § 1º, *f*, e 135), o Projeto arrola a assinatura como requisito dos instrumentos públicos (art. 214, § 1º, VII) e particulares (art. 220). Observa Devescovi que, sendo o documento eletrônico assimilável ao instrumento particular, depara-se desde logo com um obstáculo, porquanto, na falta de subscrição, sequer existe juridicamente um instrumento particular (ob. cit., p. 201). Especificamente quanto aos títulos de crédito, ver nota 57 supra.

59. DEVESCOVI, Fabrizio. Ob. cit., p. 226. PAVONE LA ROSA, Antonio. Cambiale. *In: Enciclopedia del Diritto*. Milão: Giuffrè, 1973, vol. V, p. 856. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, cit., v. 2, p. 332.

60. Ver SAMPAIO, Pedro. *Letra de Câmbio e Nota Promissória*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 39-40.

7. O direito de empresa no Código Civil Italiano.

7.1. O empresário do Código de 1942, que o conceitua no art. 1.082[61], é, conforme GASTONE COTTINO, *"o herdeiro em linha reta do comerciante da legislação napoleônica e do mercador das corporações medievais"*[62].

7.2. Ainda de acordo com COTTINO, conquanto a solução adotada seja preferível à da legislação ab-rogada, encerra ela inconvenientes e ambigüidades em virtude do excesso de generalização desse conceito[63], em cujo âmbito *"o Código Civil distingue em seqüência duas espécies de empresários: o art. 2.135 define o empresário agrícola*[64]*; o art. 2.195, de sua vez, dá a noção de empresário comercial*[65]*. Ambas as espécies têm uma disciplina própria, ulterior com relação à disciplina genérica do empresário."*[66]

7.3. Outra classificação interna à categoria dos empresários é aquela que leva em conta as *dimensões* da empresa: o art. 2.083 distingue o *pequeno empresário*, que é submetido, enquanto tal, às normas formuladas para o empresário em geral, não se lhe aplicando todavia, à semelhança do que ocorre com o agrícola[67], aquelas normas que concernem, mais especificamente, ao comercial. Assim, conquanto exerça atividade comercial no sentido do art. 2.195, não está sujeito à obrigação de inscrição no registro das empresas (art. 2.202); é dispensado de manter escrituração contábil (art. 2.214, última alínea); não está submetido à falência e a outros procedimentos concursais (art. 2.221).[68]

7.4. O art. 2.082 não diz se se podem considerar empresários os profissionais intelectuais. Predominou a opinião de que esses não têm tal qualidade, como se pode dessumir do art. 2.238 do Código Civil[69], sendo o exercício de sua profissão apontado para ilustrar a possibilidade da existência de atividade para a produção de bens e serviços sem que se constitua uma empresa[70]. Todavia, em recente estudo, GALGANO, após referir que o conceito de empresa adotado em âmbito comunitário relativamente à liberdade de concorrência é idôneo para compreender também as atividades dos profissionais intelectuais, aduz, inclusive com base em jurisprudência, que no direito interno italiano a questão há de ser reexaminada, tendo-se em conta que as mencionadas atividades vêm sendo consideradas como empresariais[71].

7.5. A sociedade não é uma espécie do gênero associação de direito privado, a qual, regulada no Livro Primeiro, não exerce atividade econômica, sendo, por sua natureza, um organismo não lucrativo.[72]

7.6. Impõe-se distinguir as *sociedades comerciais* das *não comerciais*. As primeiras, ou mais exatamente, no dizer de COTTINO, as *sociedades com forma comercial*, são a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples, a sociedade por ações, a sociedade de responsabilidade limitada e a sociedade em comandita por ações[73]. *Sociedade não comercial* é a sociedade simples[74]. O mesmo autor esclarece que enquanto uma sociedade tendo objeto comercial não pode se constituir sob a forma de sociedade simples, uma sociedade tendo objeto não comercial, como uma sociedade entre agricultores, pode adotar qualquer forma. Dessa bipartição refogem as sociedades cooperativas, que se contra-

61. *"A adoção deste conceito é fruto daquela particular técnica legislativa a que, no tempo da codificação, se dava o nome de 'método da economia'. Queria-se que as formas jurídicas correspondessem à substância econômica dos fenômenos: se é o empresário, segundo a análise da ciência econômica, a figura central do sistema econômico, é sobre o conceito de empresário que se deve fundar na regulação dos fenômenos econômicos, também o sistema legislativo."* (GALGANO, Francesco. *Sommario di Diritto Commerciale*, cit., p. 2, traduzi.)

62. Ob. cit., p. 75.

63. Idem, p. 76.

64. Critica-se que o legislador de 1942 não tenha considerado a modernização da agricultura e assimilado o empresário agrícola ao comercial, refletindo o estatuto do primeiro, na sua disciplina protetiva, as resistências ao processo de racionalização capitalista da propriedade agrária (Idem, p. 103 e 65).

65. Segundo Cottino, os enunciados dos arts. 2.135 e 2.082 permitem completar o conteúdo normativo do art. 2.195 e a exemplificação ali expressa, afim de estabelecer os confins da empresa comercial (ob. cit., p. 102), qualificação que *"comporta a inscrição no registro das empresas, a manutenção de escrituração contábil e a sujeição aos processos concursais em caso de insolvência"* (GALGANO, Francesco. Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa. *Contratto e impresa / Europa*. Pádua: CEDAM, 1997/1, p. 2, traduzi).

66. GALGANO, Francesco. *Sommario di Diritto Commerciale*, cit., p. 11, traduzi.

67. O art. 2.136 dispensa da inscrição no registro das empresas apenas os empresários agrícolas que não tenham assumido a forma de uma sociedade comercial (COTTINO, Gastone. Ob. cit., p. 103). Massimo Bione refere que a doutrina está radicalmente dividida no tocante à sujeição das sociedade agrícolas diversas das simples à obrigação de manter a escrituração contábil prevista pelo art. 2.214 (Lo statuto dell'imprenditore agricolo. *In:* GALGANO, Francesco (org.). *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*. Pádua: CEDAM, 1978, v. II, p. 524-525). Alessandro Nigro entende que estão sujeitas a manter a contabilidade as sociedades de tipo ou forma comercial (em nome coletivo, em comandita, etc.) com objeto diverso de uma atividade comercial (Lo obbligo di tenuta delle scriture contabile. *In:* GALGANO, Francesco (org.). *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, cit., p. 219). Todavia, ainda quando sujeito a registro, o empresário agrícola não está submetido à falência e aos outros procedimentos concursais (BIONE, Massimo. Ob. cit., p. 523-524).

68. GALGANO, Francesco. *Sommario di Diritto Commerciale*, cit., p. 23. Quanto às sociedade entre pequenos empresários, são elas sociedades comerciais, tendo o art. 1º, última parte, da Lei de Falências e o art. 2.083 do Código Civil reservado a qualidade de pequeno empresário aos **empresários individuais**. Não podendo, outrossim, tais sociedades assumir as vestes de uma sociedade simples (art. 2.249), para evitar sua sujeição à disciplina da empresa comercial só lhes resta uma solução: adotar o esquema cooperativo (COTTINO, Gastone. Ob. cit., p. 152-153).

69. COTTINO, Gastone. Ob. cit., p. 97.

70. Cottino cita a sociedade entre profissionais como exemplo de sociedade sem o exercício de uma atividade empresarial (ob. cit., p. 156).

71. GALGANO, Francesco. Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa, cit., p. 14 e 24. Conclui o mesmo autor que, como atividades empresariais, podem elas constituir, nos termos do art. 2.247 do Código Civil, objeto de sociedade, a qual deverá ser de pessoas: sociedade simples ou sociedade em nome coletivo, entendendo-se, nesse segundo caso, que se estará perante uma sociedade civil sob forma comercial (art. 2.249, al. 2ª, do Código Civil), submetida às normas do tipo societário escolhido, porém dispensada das exigências pertinentes às empresas comerciais (idem, ibidem). No direito francês, a Lei 90-1.258, de 31/12/90, criou as *Societés d'exercise libéral (SEL)*, ou a possibilidade para os profissionais liberais de recorrer, nada obstante o **caráter civil** da atividade desenvolvida, às estruturas jurídicas das sociedades comerciais (DASSIO, Michele. A proposito di società tra profissionisti. Notte sull'esperienza francese. *Contratto e impresa / Europa*. Pádua: CEDAM, 1998/2, p. 984). Aponta o mesmo autor que a permissão para o exercício das profissões liberais com a estrutura de uma sociedade comercial visa a enfrentar a concorrência internacional (idem, p. 985).

72. COTTINO, Gastone. Ob. cit., 1987, v. I, tomo II, p. 18-19.

73. Idem, p. 103.

74. Vige, em matéria societária, a regra do *numerus clausus* (Idem, p. 112), apresentando-se o sistema das sociedades como um *sistema fechado* (GALGANO, Francesco. *Sommario di Diritto Commerciale*, cit., p. 104).

põem a todas as sociedades, comerciais ou não[75].

7.7. A outra distinção que se pode estabelecer é entre *sociedades de pessoas* e *sociedades de capitais*, ou seja, entre sociedades dotadas de simples autonomia patrimonial[76] e sociedades a que é reconhecida a personalidade jurídica[77], em que aparece particularmente acentuada a autonomia do capital social, pertencente a um sujeito de direito distinto das pessoas dos sócios: a própria sociedade concebida como pessoa jurídica.[78]

7.8. Quanto à sociedade simples, concebida como um tipo genérico de sociedade identificável com base em critérios meramente negativos, embora se preste, em tese, a uma série ilimitada de utilização por todo âmbito de atividades suscetíveis de ser consideradas, no sentido do art. 2.247, como "atividades econômicas", que não sejam aquelas que o art. 2.195 qualifica como comerciais, em verdade as possibilidades de sua utilização se restringem muito, praticamente às sociedades agrícolas. Ademais, as normas sobre sociedade simples, que não são derrogadas pelas normas específicas sobre sociedade em nome coletivo e em comandita simples, devem ser consideradas como a *disciplina geral das sociedades de pessoas*.[79]

7.9. Cabe, por fim, distinguir a *sociedade de fato* da *sociedade irregular*: a primeira é aquela cuja existência se infere *per facta concludentia* e respectivas manifestações, sendo que a disciplina aplicável (sociedade simples ou coletiva) se deduz da respectiva atividade. Outra coisa é a *sociedade irregular*: um fenômeno que não diz respeito à sociedade simples, para a qual não é prevista a inscrição no registro das empresas. A sociedade irregular é, com efeito, uma sociedade de pessoas *comercial*, caracterizada pela circunstância de existir o ato constitutivo, que, todavia, não é levado a registro. Essa última não apresenta marcantes diferenças de tratamento jurídico relativamente à sociedade de fato.[80]

75. COTTINO, Gastone. Ob. cit., 1987, v. I, tomo II, p. 104.

76. Conexa a essa questão é a relativa à empresa individual de responsabilidade limitada, hoje admitida por diversos países, como França, Alemanha, Bélgica e Holanda, quer sob forma de sociedade unipessoal, constituída por uma só pessoa, quer sob outras formas especiais, como a técnica do patrimônio de destinação, adotada por Portugal (WEIGMANN, Roberto. L'impresa individuale a responsabilità limitata. *In: Atlante di Diritto Privato Comparato*, cit., p. 196, 200 e 206). Na Itália, o Decreto Legislativo nº 88/93, em execução da décima-segunda diretiva comunitária, rompeu a tradição alterando alguns artigos do Código Civil, de modo a permitir a constituição de sociedade de responsabilidade limitada por ato unilateral (idem, p. 103).

77. COTTINO, Gastone. Ob. cit., 1987, v. I, tomo II, p. 104.

78. GALGANO, Francesco. *Sommario di Diritto Commerciale*, cit., p. 112. Na Itália, mesmo após 1942 e nada obstante o disposto nos arts. 2.331 e 2.498 do Código Civil, e no art. 145 do Código de Processo Civil, permaneceram as controvérsias a respeito da matéria: para alguns, a personalidade jurídica foi reconhecida a todas as sociedades e associações; para outros, às sociedades inscritas no registro das empresas; para uma terceira corrente, apoiada pela jurisprudência da Corte de Cassação, somente às sociedade de capitais (COTTINO, Gastone. Ob. cit., 1987, v. I, tomo II, p. 96-97).

79. GALGANO, Francesco. *Sommario di Diritto Commerciale*, cit., p. 121-122. A respeito das sociedades agrícolas, das sociedades entre pequenos empresários e das sociedades entre profissionais intelectuais, ver notas 67, 68, 70 e 71 supra.

80. COTTINO, Gastone. Ob. cit., 1987, v. I, tomo II, p. 123.

8. O direito de empresa no Projeto de Código Civil.

8.1. No art. 965, o Projeto conceitua o empresário praticamente nos mesmos termos do *Codice Civile*, cuja amplitude foi criticada. Porém, enquanto esse último distingue entre empresário agrícola, empresário comercial e pequeno empresário, conceituando-os e conferindo-lhes tratamento diversificado, o Projeto se limita a referir, no art. 969, o empresário rural e o pequeno empresário sem caracterizá-los, dispondo que a lei lhes assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes. O texto atual foi estabelecido pela Emenda nº 68 do Senado, estando o texto original mais próximo do modelo italiano.

8.2. No parágrafo único do art. 965, o Projeto adotou expressamente orientação no sentido de não considerar empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.[81]

8.3. Relativamente às sociedades, destaque-se, desde logo, que também para o Projeto não são elas espécies do gênero associação, denominação que ficou reservada às pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos reguladas no Título II do Livro I da Parte Geral (art. 44, I; arts. 53 a 61).

8.4. Não mais se estabelece, como atualmente, distinção entre sociedades civis e sociedades comerciais, mas entre pessoas jurídicas de direito privado sem (associações) ou com fins econômicos (sociedades), dividindo-se estas em sociedades empresárias e sociedades simples, sendo as primeiras aquelas que têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro. São consideradas, independentemente do seu objeto, empresárias as sociedades por ações; e, simples, as cooperativas.[82]

8.5. De acordo com o Projeto, todas as sociedades regularmente inscritas são pessoas jurídicas (art. 44, II; art. 984; Subtítulo II do Título II do Livro II da Parte Especial), sejam sociedades de pessoas, sejam sociedades de capitais.[83]

8.6. A regulação destas, que compreendem a sociedade anônima[84] e a socieda-

81. Ver item 7.4. e notas 70 e 71 supra.

82. Art. 981, parágrafo único. Como visto no item 7.6. supra, no direito italiano as cooperativas não se enquadram na bipartição sociedades comercias e não comerciais.

83. A respeito da personificação das sociedades no direito italiano, ver item 7.7. e nota 78 supra. De outra parte, na Itália, entre as sociedades de capitais se inclui a sociedade de responsabilidade limitada (GALGANO, Francesco. *Sommario di Diritto Commerciale*, cit., p. 114). Na doutrina brasileira, acentuam alguns autores o particularismo desse tipo de sociedade (LACERDA TEIXEIRA, Egberto. *Das Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 29), *"que pode apresentar feição capitalista ou de pessoas, segundo melhor convier a seus quotistas"* (GRAEFF JR., Cristiano. *Compêndio Elementar das Sociedades Comerciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 43). O parágrafo único introduzido ao art. 1.052 pela Emenda nº 418-R do Senado vem ao encontro desse entendimento.

84. A expressão *sociedade anônima* é adotada nos países latinos (na Itália até 1942) para destacar uma característica deste tipo de sociedade decorrente da responsabilidade limitada dos sócios e da indiferença, frente aos terceiros credores, da identidade pessoal daqueles, ou seja, o fato de que a denominação da sociedade, diversamente da razão social das sociedades de pessoas, pode não conter a indicação do nome de qualquer sócio e, por isso, *anônima*, porque sociedade que não atua sob o nome de uma pessoa (GALGANO, Francesco. *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*. Pádua: CEDAM, 1987, v. VII, p. 2).

de em comandita por ações, é deixada para lei especial, o que se harmoniza com a tendência antes exposta.[85]

8.7. Importante inovação é trazida pelo Projeto ao disciplinar, entre as sociedades não personificadas, ao lado da sociedade em conta de participação, a sociedade em comum (arts. 985 a 989). A respeito, esclarece SYLVIO MARCONDES que *"o Anteprojeto considera a sociedade, na fase antecedente à personificação, não como um produto bastardo, que, denominado sociedade de fato, a lei atual manda viver nos quadros do direito comum, mas perfilhando-se à linhagem societária, no grupo das sociedades não personificadas"*[86]. A partir dessas considerações, e tendo em conta o disposto nos arts. 985 e 986, parece que a sociedade em comum abarca as sociedades atualmente qualificadas como irregulares e de fato.[87]

8.8. O art. 50, que integra as Disposições Gerais do Título II da Parte Geral, pertinente às pessoas jurídicas, admite a desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso *"caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial"*. O texto atual resultou de Emenda do Relator no Senado, o qual esclarece que a fórmula adotada proveio do conhecimento e da experiência do Prof. FÁBIO KONDER COMPARATO.[88]

9. Observações críticas sobre o Livro II da Parte Especial do Projeto[89]

9.1. A amplitude do conceito de empresário, a que a doutrina italiana opõe reparos, no Projeto não encontra limitação, como ocorre na Itália, sequer numa enumeração, ainda que exemplificativa, das atividades cujo exercício obriga à inscrição no Registro das Empresas. Tampouco, após a Emenda nº 68 do Senado, são indicados critérios para caracterizar o empresário rural e o pequeno empresário, o que é deixado para lei posterior. Tratando-se de questões estruturais, recomendável a sua regulação no próprio Código, pela vantagem da certeza que ofereceria[90].

9.2. Poder-se-á alegar que a Emenda nº 68 foi além, superando em parte a

85. Ver item 3.3. supra.

86. Exposição de Motivos Complementar. *In: Anteprojeto de Código Civil*, cit., p. 203.

87. Nesse sentido, o entendimento de Attila de Souza Leão Andrade Jr. (*O Novo Direito Societário Brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 50). Tanto nas sociedades de fato como nas irregulares, não ocorre a personificação, distinguindo-as Waldemar Ferreira segundo critério ao qual Rubens Requião manifesta sua adesão: nas primeiras, inexiste contrato escrito; nas irregulares, há um instrumento inscrito, que, porém, não se arquiva no Registro de Comércio (*Curso de Direito Comercial*, cit., 1989, vol. 1, p. 286).

88. MARINHO, Josaphat. Ob. cit., p. 134.

89. Tanto Fábio Konder Comparato quanto Rubens Requião manifestaram sua preferência por uma lei geral ou código de empresários e sociedades, separado do Código Civil (Projeto do Código Civil, cit., p. 136, 159 e 177).

90. Como observa José Carlos Moreira Alves, o vigente Código Civil Português se encontra fixado numa posição em que predomina o caráter científico, com 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 (*A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 24).

censura ao modelo italiano[91], ao sujeitar também o empresário rural e o pequeno empresário à inscrição, embora diferenciada e simplificada. Isso, todavia, não afasta a observação crítica acima mencionada, sobretudo tendo-se em conta que algumas diferenças de tratamento ao pequeno empresário e à sociedade simples já são enunciadas no Projeto. Assim, essa última, que poderá ter por objeto o exercício de atividade própria do empresário rural (art. 983) vincula-se, segundo o art. 1.149, ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, enquanto o empresário em geral, bem como a sociedade empresária, vinculam-se ao Registro das Empresas. Estando, agora, o empresário rural e o pequeno empresário, os quais, tenha-se presente, empresários são, sujeitos à inscrição, cumprirá à lei prevista no art. 969 determinar as formalidades para efetivação daquela, além dos respectivos efeitos. De sua vez, o art. 1.178 dispensa expressamente das suas exigências pertinentes à contabilidade e escrituração somente o pequeno empresário (§ 2º), a elas sujeitando o empresário e a sociedade empresária (*caput*). Logo, estaria compreendido no *caput* o empresário rural, que não é excetuado nos parágrafos, e excluída a sociedade simples. Como se vê, questões básicas deixam de ser reguladas, ou o são apenas parcialmente, quebrando-se a unidade do sistema.

9.3. Com a abolição da dispensa de inscrição para os empresários rurais e pequenos empresários, ficando todos os empresários sujeitos a registro, esvaziou-se o critério estabelecido no art. 981 para distinguir a sociedade empresária da sociedade simples[92], considerada a primeira a que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro. É, pois, de perquirir se persiste razão para a existência da última.[93]

9.4. Ainda que justificável a exclusão do regulamento das sociedades por ações (sociedade anônima e sociedade em comandita por ações) do âmbito do Código Civil, as quais serão regidas por lei especial (art. 1.087 e 1.088), não se afigura como a melhor solução técnica a regulação parcial, pelo próprio Código, dessas sociedades, o que é feito sobretudo em relação à sociedade em comandita por ações (arts. 1.089 a 1.091).

9.5. A mesma observação cabe quanto às sociedades cooperativas, regidas pelos

91. Ver nota 64 supra.

92. Nos arts. 981 e 982, a sociedade simples, conquanto uma das estruturas sociais (tipos) especificamente reguladas no Projeto (arts. 996 a 1.037), é considerada genericamente, em oposição à sociedade empresária, para abranger todas as sociedades que não tenham por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro. Outrossim, o art. 982 admite que a sociedade simples se constitua de conformidade com um dos outros tipos regulados nos arts. 1.038 a 1.091.

93. Atualmente, com a distinção entre sociedades civis e sociedades comerciais em função do respectivo objeto, embora possam as primeiras revestir as formas estabelecidas nas leis comerciais (Código Civil, art. 1.364; Lei 6.404/76, art. 2º, § 1º), justifica-se a existência de uma disciplina própria para as primeiras, aplicável, ademais, às associações sem fins lucrativos (BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações 2*. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 325). Porém, no Projeto, as sociedades prestadoras de serviços incluem-se entre as empresárias; as associações sem fins econômicos têm disciplina específica – arts. 53 a 61; às cooperativas aplicam-se apenas supletivamente as disposições referentes à sociedade simples (art. 1.095). Além disso, cabe ter presente o disposto na segunda parte do art. 982 e a ressalva contida no parágrafo único do mesmo artigo, de par com a tendência a admitir a utilização, pelos profissionais liberais, das estruturas das sociedades comerciais (ver nota 71 supra).

arts. 1.092 a 1.095 com expressa ressalva da legislação especial, além da aplicação, no que a lei for omissa, das disposições referentes à sociedade simples (art. 1.095).

9.6. Embora as razões invocadas pelo Prof. SYLVIO MARCONDES para a introdução da sociedade em comum (arts. 985 a 989), ocorre que, como destaca PONTES DE MIRANDA, o sistema jurídico comercial exige o registro para que as sociedades regularmente funcionem, porque uma das finalidades da política jurídica comercial é ser registrado tudo que se passa a respeito de contratos sociais[94]. A exigência do registro, não só como condição para a personificação, mas também para o regular funcionamento das sociedades comerciais, evidencia-se ao considerar-se as conseqüências atuais da falta de registro, que não se limitam à responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais, como igualmente ocorre com os sócios da sociedade em comum (art. 989 do Projeto). Além desse efeito, a sociedade irregular não tem legitimidade ativa para requerer falência, nem pode impetrar concordata (Lei de Falências, arts. 9º, III, *a*, e 140, I); está impossibilitada de se inscrever no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda e nos cadastros estaduais e municipais, bem como de se matricular junto ao INSS[95]. Outrossim, segundo a Lei nº 8.934, de 18/11/94, as Juntas Comerciais autenticarão, na forma da lei própria, os instrumentos de escrituração das empresas mercantis *registradas*. E a proteção ao nome empresarial decorre automaticamente do arquivamento dos atos constitutivos de firma individual e de sociedades, ou de suas alterações[96]. Ora, como as sociedades empresárias compreendem, no sistema do Projeto, as atuais sociedades comerciais, impõe-se indagar se enquanto não inscritas e, pois, sociedades em comum, estariam ou não sujeitas às conseqüências e sanções decorrentes da falta de registro, já que deixaram de constituir um "produto bastardo"[97]. De outra parte, no tocante à denominada "sociedade de fato", que é *minus* em relação à sociedade irregular, não havendo ou tendo deixado de existir o instrumento contratual, *"tem-se de editar regra jurídica que estabeleça a* alegabilidade *e os* meios de prova *da existência da sociedade aparente"*[98]. A esse respeito, o Projeto se limita a dispor, no art. 986, que *"os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo"*[99].

10. Conclusões

10.1. Sob o enfoque em que se desenvolveu o presente trabalho, revelado em seu título e explicitado na introdução, pode-se concluir que o Projeto de Código Civil

94. *Tratado de Direito Privado*, cit., 1965, v. 49, p. 65.

95. COELHO, Fábio Ulhoa. Ob. cit., p. 71.

96. Arts. 32, III; 33 e 39.

97. Ver item 8.7. supra.

98. PONTES DE MIRANDA. Idem, p. 59.

99. Comparativamente ao Código Comercial vigente, que dispõe sobre a matéria nos arts. 300 a 305, o Projeto mostra-se lacunoso.

não destoa das tendências atuais. Tampouco chega a subverter a tradição jurídico-privada nacional, ao unificar o direito das obrigações e substituir a teoria dos atos de comércio pela da empresa[100]. Mostra-se, assim, como o resultado de uma evolução natural. Mas, como se viu, deficiências podem ser apontadas, inclusive a frustração de expectativas no tocante a inovações.

10.2. Numa visão de conjunto, sem os limites inicialmente impostos a este estudo, caberia, de um lado, destacar, como o fez MIGUEL REALE, os importantes avanços na superação do sentido individualista que condiciona o Código Civil vigente, para o que contribui o acolhimento das denominadas *cláusulas gerais*. De outra parte, seria de ponderar se os progressos e vantagens alcançados são suficientes para justificar a elaboração de novo Código em época marcada por incertezas e rápidas transformações.

10.3. Por fim, retornando aos lindes de início traçados, apropriado recapitular, sumariamente e sem observações críticas, linhas mestras do Projeto, com destaque a alterações ao sistema vigente:

a) inclusão, no Código Civil, das matérias usualmente compreendidas nos dois códigos de direito privado, com expressa revogação, pelo art. 2040, do Código Civil de 1916, da Primeira Parte do Código Comercial de 1850, e de toda legislação civil e comercial abrangida pelo Código Civil ou com ele incompatível;

b) regulamentação unitária das obrigações e contratos civis e comerciais no Livro I da Parte Especial;

c) introdução de uma disciplina geral dos títulos de crédito (Livro I, Título VIII, da Parte Especial), visando especialmente, como destacado na Exposição de Motivos, aos atípicos e inominados, oferecendo esses maiores vantagens do que as têm os créditos no direito não-cambiário, e menores do que as têm os títulos especialmente regulados, cuja legislação específica permanece;

d) substituição da teoria dos atos de comércio pela da empresa, sendo o empresário conceituado no art. 965, como *"quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e de serviços"*;

e) exclusão da categoria de empresário daqueles que exercem *"profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda como concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo seu exercício da profissão constituir elemento de empresa"* (art. 965, parágrafo único);

f) superação da distinção entre sociedades civis e sociedades comerciais, extremando-se as pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos – *associações* (art. 53), daquelas com fins econômicos – *sociedades* (art. 980), e dividindo-se essas em *sociedades empresárias* e *sociedades simples* (art. 981), sendo as pri-

100. Ver item 3.1. e nota 22 supra. Tenha-se também presente o entendimento de Eunápio Borges, de que na noção de *mercancia* – Código Comercial de 1850, art. 4º; Regulamento 737, de 1850, art. 19 – *"já está contida a idéia de empresa, a de repetição organizada de atos profissionais de cujo encadeamento resulta a unidade econômica de todos eles"* (Op. cit., p. 111).

meiras as que têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (arts. 966, 969, 983 e 1.149);

g) introdução da *sociedade simples* como gênero contraposto à *sociedade empresária* (arts. 981 e 982) e também como uma das espécies (tipos) sociais especificamente regulados (arts. 996 a 1.037), podendo constituir-se de conformidade com um dos demais tipos regulados nos arts. 1.038 a 1.091;

h) regulamentação da sociedade na fase antecedente à personificação sob a denominação de *sociedade em comum* (arts. 985 a 989), colocada juntamente com a sociedade em conta de participação no subtítulo dedicado à sociedade não personificada. Assim, segundo a Exposição de Motivos, as denominadas sociedades de fato deixam os quadros do direito comum para perfilhar-se à linhagem societária;

i) exclusão do regulamento das sociedades por ações do âmbito do Código Civil, regendo-se as mesmas por lei especial (arts. 1.088 e 1.089), modificando a anterior orientação do Anteprojeto e conservando a atualmente em vigor;

j) inclusão de dispositivo expresso a respeito de desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso "*caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial*" (art. 50).

Bibliografia

ABRÃO, NELSON. *Curso de Direito Falimentar.* São Paulo: LEUD, 1997.

AHUMADA, RAUL CERVANTES. *Títulos y Operaciones de Crédito.* México: Herrero, 1969.

ANDRADE JR., ATTILA DE SOUZA LEÃO. *O Novo Direito Societário Brasileiro.* Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

ASCARELLI, TULLIO. *Panorama do Direito Comercial.* São Paulo: Saraiva, 1947.

ASQUINI, ALBERTO. *Titoli di Credito.* Pádua: CEDAM, 1966.

BARROS MONTEIRO, WASHINGTON DE. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações 2.* São Paulo: Saraiva, 1959.

BIONE, MASSIMO. Lo statuto dell'imprenditore agricolo. *In:* GALGANO, FRANCESCO (org.). *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia.* Pádua: CEDAM, 1978, v. II, p. 519-547.

BORGES, EUNÁPIO. *Curso de Direito Comercial Terrestre.* Rio de Janeiro, Forense, 1971.

BUECHELE, PAULO ARMÍNIO TAVARES. Os Títulos de Crédito no Projeto de Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo: RT, nº 78, nova série, abril/junho 1990, p. 61-75.

BULGARELLI, WALDIRIO. *Contratos Mercantis.* São Paulo: Atlas, 1998.

COELHO, FÁBIO ULHOA. *Curso de Direito Comercial.* São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 1.

COMPARATO, FÁBIO KONDER. Projeto de Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo: RT, nº 17, nova série, 1975, p. 173-179.

COTTINO, GASTONE. *Diritto Commerciale.* Pádua: CEDAM, 1986, v.I; 1987, v. I, tomo II.

DASSIO, MICHELE. A proposito di società tra profissionisti. Notte sull'esperienza francese. *Contratto e impresa / Europa.* Pádua: CEDAM, 1998/2, p. 984-998.

DE LUCCA, NEWTON. *Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito.* São Paulo: Pioneira, 1979.

DE SEMO, GIORGIO. *Trattato di Diritto Cambiario.* Pádua: CEDAM, 1963.

DEVESCOVI, FABRIZIO. *Titolo di Credito e Informatica.* Pádua: CEDAM, 1991.

GALGANO, FRANCESCO. Diritto Civile e Diritto Commerciale. *In:* GALGANO, FRANCESCO (org.). *Atlante di Diritto Privato Comparato.* Bolonha: Zanichelli, 1997, p. 35-44.

_____ . *Diritto Privato.* Pádua: CEDAM, 1985.

_____ . La giurisprudenza nella società post-industriale. *Contratto e Impresa.* Pádua: CEDAM, 1989/2, p. 357-368.

_____ . Le professione intellettuali e il concetto comunitario di impresa. *Contratto e impresa / Europa.* Pádua: CEDAM, 1997/1, p. 1-24.

_____ . *Sommario di Diritto Commerciale.* Milão: Giuffrè, 1990.

_____ . *Storia del Diritto Commerciale.* Bolonha: Il Mulino, 1976.

_____ . I titoli di credito. *In:* GALGANO, FRANCESCO (org.). *Atlante di Diritto Privato Comparato.* Bolonha: Zanichelli, 1997, p. 221-231.

_____ . *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia.* Pádua: CEDAM, 1984, v. VII.

GARRIGUES, JOAQUIN. *Problemas Atuais das Sociedades Anônimas.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1982.

GRAEFF JR., CRISTIANO. *Compêndio Elementar das Sociedades Comerciais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUALTIERI, GIUSEPPE e WINIZKY, IGNACIO. *Títulos Circulatorios.* Buenos Aires: EUDEBA, 1966.

LACERDA TEIXEIRA, EGBERTO. *Das Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada.* São Paulo: Max Limonad, 1956.

LOPES, MAURO BRANDÃO. Exposição de Motivos Complementar. *In: Anteprojeto de Código Civil.* Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1973, p. 91-95.

MARCONDES, SYLVIO. Exposição de Motivos Complementar. *In: Anteprojeto de Código Civil.* Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1973, p. 195-210.

MARINHO, JOSAPHAT. Parecer Final do Relator ao Projeto de Código Civil. *In:* REALE, MIGUEL. *O Projeto do novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 1999, p. 111-140.

MARTINS-COSTA, JUDITH. O Direito Privado como um Sistema em Construção – As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS.* Porto Alegre: Síntese, v. 15, 1998, p. 129-154.

MARTORANO, FEDERICO. Titoli di credito. *In: Enciclopedia del Diritto.* Milão: Giuffrè, 1992, vol. XLIV, p. 572-609.

MERCADO JÚNIOR, ANTÔNIO. Observações sobre o Anteprojeto de Código Civil, quanto à matéria "Dos Títulos de Crédito", constante da Parte Especial, Livro I, Título VIII. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo: RT, nº 9, nova série, 1973, p. 113-137.

MORAES FILHO, EVARISTO DE. *Introdução ao Direito do Trabalho.* Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. II.

MOREIRA ALVES, JOSÉ CARLOS. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1986.

NIGRO, ALESSANDRO. L'obbligo di tenuta delle scriture contabile. *In:* GALGANO, FRANCESCO (org.). *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia.* Pádua: CEDAM, 1978, v. II, p. 213-255.

PAVONE LA ROSA, ANTONIO. Cambiale. *In: Enciclopedia del Diritto.* Milão: Giuffrè, 1973, vol. V, p. 839-908.

PELIZZI, GIOVANNI L. *Principi di Diritto Cartolare.* Bolonha: Zanichelli, 1967.

_____ . *Studi sui Titoli di Credito.* Pádua: CEDAM, 1960.

PENTEADO, MAURO RODRIGUES. Títulos de Crédito no Projeto de Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo: RT, nº 100, nova série, outubro/dezembro 1995, p. 24-48.

PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, v. 15; 1961, v. 34; 1965, v. 49.

REALE, MIGUEL. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil (19 de março de 1973). *In: Anteprojeto de Código Civil*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1973, p. 3-22.

_____ . *O Projeto do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

REQUIÃO, RUBENS. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1; 1987, v. 2.

_____ . Projeto de Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: RT, nº 17, nova série, 1975, p. 133-173.

SAMPAIO, PEDRO. *Letra de Câmbio e Nota Promissória*. São Paulo: Saraiva, 1975.

WEIGMANN, ROBERTO. L'impresa individuale a responsabilità limitata. *In:* GALGANO, FRANCESCO (org.). *Atlante di Diritto Privato Comparato*. Bolonha: Zanichelli, 1997, p. 195-206.

Redes Contractuales: Conceptualizaciòn juridica, relaciones internas de colaboracion, efectos frente a terceros[1]

Ricardo Lorenzetti
Professor da Universidade de Buenos Aires

SUMÁRIO

PRIMERA PARTE : Conceptualizaciòn juridica
I) Finalidad economica
II) Teorias jurìdicas sobre las redes contractuales
III) La teoria sistemica
SEGUNDA PARTE : Relaciones internas
I) Elementos tipificantes y Caracteres:
II) Contrato y sistema
III) El control a traves de la red
IV) Efectos entre las partes: deberes de proteccion del sistema
TERCERA PARTE : Relaciones Externas
I) Efectos frente a terceros:

PRIMERA PARTE: Conceptualizaciòn juridica

I) Finalidad economica

1. La oferta asociada y los productos complejos

Cuando una empresa que presta dinero y otra que vende heladeras, deciden aunarse para mejorar su posicionamiento en el mercado, prestando dinero y vendiendo heladeras a los consumidores, tenemos al menos tres cumulos de relaciones. Entre ambas empresas, aunque no exista ningun convenio, aunque no se de una oferta unificada, hay una colaboracion que se obtiene mediante la "convivencia de contratos distintos": si una presta dinero y la otra vende heladeras por

1. Versão ampliada da conferência ministrada nas Jornadas Preparatórias do XVII Congresso Argentino de Direito Civil, organizadas conjuntamente pelo Mestrado em Direito-UFRGS, Faculdade de Direito da UFRGS e Faculdade de Direito da Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, Argentina, de 17 a 19 de setembro de 1998, no Salão Nobre da Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre.

separado, brindaran menos satisfaccion que si ponen al alcance del cliente un producto complejo y completo. A renglon seguido, tenemos las relaciones que se dan entre estas empresas y el cliente, que pueden ser dos o tres. Seran dos relaciones si las empresas unifican la oferta; seran tres vinculos si las empresas no ofertan unificadamente celebrando contratos distintos con el cliente.

Frente a este tipo de ofertas, los consumidores tienen algun beneficio por el hecho de estar juntos: compran el bien màs barato porque hay costos que se prorratean entre el grupo, obtienen mejores financiaciones porque representan un volùmen econòmico màs interesante para el financista, y muchas otras ventajas.

Similares apreciaciones podemos hacer en relacion a los productos complejos, sistemas contractuales de ahorro, o las tarjetas de credito.

Veremos seguidamente algunos ejemplos.

2. Redes de consumidores: reglas de circulaciòn ordenada de contratos

Si alguien compra un bien habrà una relaciòn de cambio, al igual que si solicita un crèdito. Pero la situaciòn cambia si la compra la hace a travès de una red de usuarios de tarjetas de creditos, o de un club de usuarios, o de un sistema de ahorro previo. Si alguien celebra un contrato medico, es una relaciòn de cambio, pero si es integrante de un "sistema de medicina prepaga",la situaciòn varia.

¿Por què es distinta? – Los contratos siguen siendo autònomos y las relaciones individuales, pero el estar juntos les da una tonalidad especial. – A las relaciones de cambio se le superpone un vìnculo conceptualmente inasible por ahora.

Algo similar sucede con los automòviles. Tenemos un concepto bastante claro del automotor y con ello nos desenvolvemos bien. Pero si vemos muchos automotores circulando en un ciudad, provocando un caos en el tràsnito, debemos establecer reglas de circulaciòn que eviten la congestion. Estas reglas se vuelven imprescindibles para la existencia de los automotores circulando masivamente, de modo tal que el concepto del automotor evoca como consecuencia inevitable el de las reglas de circulaciòm.

Tambièn puede haber congestion contractual por la circulaciòn masiva de ellos; puede haber un tràfico desordenado que desequilibre el sistema.

¿Que sucede si un contratante reclama algo justo para èl pero excesivamente costoso para el conjunto?, esos costos los soportarà el sistema, y cada uno de los contratantes.

La causa contractual permanece indemne, pero la causa sistematica se desequilibra.

3. La metafora del amacenero, la cadena y la red de distribucion:

No hace muchos años nos valìamos de la "metafora del amacenero", que nos servìa para comprender el fenòmeno de los almacenes de ramos generales; vendìan toda

clase de productos de escasa elaboraciòn, porque los podìan comprar directamente de sus productores, en el campo cercano al pueblo. Eran propietarios de lo que vendìan, y abarcaban una gran variedad de productos.

Era un personaje importante.

Cuando se comenzaron a vender productos màs elaborados, hubo que recurrir a fabricantes de otras zonas, y a los distribuidores que èstos señalaban. Comenzaron a surgir sistemas de comercializacion que nos llevaron a la "metafora de la cadena", que nos permite entender còmo un fabricante vende a un mayorista, y èste al minorista, mediante negocios ventas sucesivas encadenadas.

El "almacenero de ramos generales", se vuelve "minorista", y su figura se adelgaza; muchas veces no es dueño sino que recibe en consignaciòn, en suministro, depende de lo que le manden o no, de la calidad decidida por otros. Se produce asì un fraccionamiento de conductas en la cadena: uno fabrica, otro distribuye, otro vende y, aunque frente al consumidor se pretende diluir estas diferencias, las mismas se muestran perennes en las relaciones internas.

La cadena es el enlazamiento de un miembro inicial, otros intermediarios y uno final que se relaciona con el adquirente. La cadena es lineal, vertical segùn algunos autores. Lo caracterìstico es que se advierte en ella una sucesiòn temporal de actos juridicos, del uno al otro y asì sucesivamente.

Otro fenòmeno distinto surge cuando hay muchos distribuidores, o muchos fabricantes, producièndose un ensanchamiento de uno de los eslabones de la cadena. El problema no es ya la circulaciòn del producto o servicio a travès de actos sucesivos, sino la actuaciòn de un conjunto en forma simultànea.

Pasamos entonces a la "metafora de la red", que plantea cuestiones diferentes.

Si una empresa vende a un distribuidor, estamos ante una relaciòn de cambio. Pero si arma una red de distribuidores, todos deben actuar coordinadamente y, si bien son contratos individuales, autònomos, hay algo que los une y que requiere que funcionen conjuntamente. Por otra parte, la red es oscura y compleja en sus relaciones: los productos y servicios pueden circular a travès de ella sin que existan transferencias dominiales, utilizandose contratos de comodato o suministro. Pueden existir miembros antiguos y nuevos, privilegiados o no. Pueden plantearse incluso conflictos internos como los relativos a zonas de distribucion, o bien frente a terceros, como la responsabilidad laboral o por daños.

Finalmente, retornamos a un almacenero de ramos generales sofisticado: el hipermercado de consumo.

En la cadena hay una sucesiòn de actos; en la red una simultaneidad; pero en ambos casos hay un titular del interès y una delegaciòn gestoria.

En el hipermercado de consumo hay, a semejanza de la red, una actuaciòn simultànea, pero a diferencia de ella, hay una finalidad comùn, un interès compartido; es un almacèn de ramos generales ampliado y con mùltiples participantes. En el

hipermercado hay una empresa que se dedica a la explotaciòn del shoping center. Esta empresa celebra contratos de locaciòn con otras que instalan allì sus negocios. Examinada la relaciòn individual, existe una causa de cambio, mediante la cual se cede el uso y goce de un local contra el pago de un precio. Pero lo cierto es que la multiplicidad de relaciones locativas, conexas entre si, tiene algùn efecto. Naturalmente, alquilar un local para instalar un negocio, es un hecho econòmicamente distinto si se lo hace en un shoping o fuera de èl. El hacerlo dentro del hipermercado significa participar de una empresa comùn. Surge asì un vinculo asociativo que se superpone con la relaciòn de cambio, modificando algunos de sus aspectos.

Esta superposiciòn no es asfixiante, de modo tal que sigue siendo una relaciòn de cambio, pero modificada en algunos aspectos por el vìnculo asociativo que la entorna. Por ello, es una mera conexidad y no un vinculo atipico o tipico que represente una ùnica empresa comùn. La diversidad subsiste, pero se homogeneiniza en algunos aspectos decisivos para la protecciòn de terceros y para la subsistencia del sistema.

El mantenimiento de la empresa se sustenta en diferentes aspectos: existe un lugar y espacios de utilizaciòn comùn; gastos de mantenimiento y subcontrataciones, tambièn compartidos. Una instalaciòn del shoping planificada aprovechando espacios, diversificando los productos y servicios ofrecidos, una buena coordinacion de los gastos comunes, son claves del exito del mantenimiento de la empresa.

Frente a los terceros, publicidad se realiza unificadamente, incluso con fondos comunitarios. Se suelen establecer precios competitivos acordados, horarios extendidos, promociones especiales.

De esta manera, no esta diversificada la titularidad del interès y la ejecuciòn, sino que, por el contrario, hay una empresa comùn.

4. Coordinadores de servicios y de productos: La subcontrataciòn masiva

Una obra social o una empresa de medicina prepaga que prestan servicios mèdicos, generalmente no lo hacen por sì mismos, porque es excesivamente costoso tener servicios propios en toda la zona de cobertura. Por ello, puede contratar los servicios de clinica con el medico, los que requieren estudios màs complejos con un centro de diagnostico, los de cirugia con un sanatorio, los de emergencia con una empresa dedicada a ello. En otros casos puede valerse de un intermediario como una empresa o una asociaciòn profesional. A su vez, todo ello se repite en distintas zonas geogràficas en las que se brindan servicios.

De tal modo, surge una red compleja que, necesariamente debe actuar en forma coordinada frente al paciente.

Algo similar ocurre con los productos. Es habitual que una empresa que es fabricante de un producto subcontrate con otros la fabricaciòn de partes o la prestaciòn de servicios. Comenzarà contratando el servicio de vigilancia, luego la administraciòn, la computacion, elaboraciòn de partes del producto.

El resultado final puede ser un fabricante que sea el coordinador de un grupo

de fabricantes y prestadores de servicios; son personas jurìdicas distintas que celebran contratos disìmiles.

5. Comunidades reales

Otro fenòmeno de interès lo constituyen los agrupamientos de propietarios. Quien compra un departamento, o adquiere una parcela en un cementerio privado o se adhiere a un sistema de tiempo compartido o un club de campo, puede pensar que se halla suficientemente protegido porque es titular de un derecho real.

Al poco tiempo descubrirà que la contrataciòn de las expensas, de la policia privada, la construccion de obras comunes, o la mayoria de los gastos, no son aspectos que pueda decidir como lo harìa cualquier propietario. Son determinados por un grupo que a su vez es dominado por un subgrupo, o bien por una empresa que administra.

De tal modo se encontrarà muchas veces cautivo de las decisiones que otros toman y que tendrà que aceptar. El costo de separarse serà màs alto que el de mantenerse dentro del grupo.

Se asiste a un fenòmeno de contractualizacion de la propiedad derivada de la separacion entre explotacion y titularidad.

Hay muchos bienes en los que resulta economicamente importante la explotacion y el uso de los mismos, subalternizandose la titularidad dominial. El problema no es la relacion de inmediatez entre un sujeto y el bien, ni tampoco es relevante la intromision de terceros o la proteccion erga omnes.

El problema fundamental es la relacion entre una empresa que lucra con la explotacion de los bienes y el publico consumidor. La empresa se ocupa por si misma de los problemas de proteccion frente a terceros, y sin embargo no es la titular del dominio. Establece reglamentos de uso sin que esta facultad sea una emanacion de un derecho real.

El consumidor resulta un titular dominial invalido, a quien poco le sirve la invocacion del derecho real.

Surge un grupo de titulares dominiales con vinculos de conexidad contractual y una temàtica tipica de la contrataciòn de consumo.

6. El aseguramiento individual y la comunidad de riesgos

La doctrina que ha investigado el contrato de seguro ha encontrado dificultades para distinguir la relacion asegurado-empresa de la comunidad de contratos que son necesarios para que el sistema funcione.

Todos los autores coinciden en que esa mutualidad permite el funcionamiento de la empresa asegurativa al facilitar el fraccionamiento de riesgos homogeneos. A este aspecto se lo considera dentro de la "economia" del seguro o dentro de los elementos "tecnicos" [2].

2. por ej conf en la doctrina francesa LAMBERT FAIVRE, Y, "Droit des Assurances", Dalloz, Pariz, 1995.

Hay coincidencia entre los economistas y abogados sobre la existencia de ese elemento tecnico y su necesidad, pero dentro de la ciencia juridica debemos explicar cual es su importancia y significado.

En su reciente y magnifica obra Stiglitz[3] indica que la relevancia de ello radica en que se deben aplicar e interpretar las normas que delimitan el riesgo de modo que hagan posible esta comunidad de riesgos. Asi, sostiene que las condiciones generales que determinen con rigor el riesgo, las que consagren la suspension automatica de la cobertura para el caso de falta de pago, las que establezcan sanciones para la inobservancia dolosa de las cargas informativas, deben ser interpretadas literalmente a fin de sostener la comunidad de riesgos.

Estas clausulas, que examinadas en un contrato bilateral podrian afectar la relacion conmutativa, encuentran su razon en la proteccion del sistema que permite la celebracion y funcionamiento del contrato, y por lo tanto no serian abusivas.

La frontera no es sencilla de establecer, ya que en el derecho de proteccion de los consumidores se avanza en la descalificacion de las clausulas abusivas. En este camino se consideran que lesionan la reciprocidad de las obligaciones algunas disposiciones que encuentran su explicacion en la comunidad de riesgos; ello es frecuente en los contratos de seguros de salud con referencia a las exclusiones de enfermedades, carencias, y otros aspectos similares.

Llegados a este punto, debemos suplementar las nociones economicas y tecnicas del negocio asegurativo con intrumentos juridicos que aporten criterios de solucion.

En este aspecto, nos parece que la solucion es relacionar contrato y sistema, y la causa del contrato con la causa del sistema.

7. Consecuencias juridicas

Para extraer consecuencias juridicas de estos nuevos encadenamientos, hay que ordenar los problemas que producen.

La union de contratos es un medio que se utiliza para la satisfaccion de un interes, que no se puede realizar normalmente a traves de las figuras tipicas existentes. De ello debemos deducir que hay una parte que busca una satisfaccion y otra que intenta satisfacerla mediante un encadenamiento contractual.

Habra que discernir entre las relaciones juridicas que surgen entre los participantes de los distintos contratos que colaboran entre si a fin de dar satisfaccion, y las que se dan entre estos y el que busca la obtencion del interes. En este ultimo caso habra que distinguir aquellos casos en que se trata de relaciones de consumo, por su normativa especial.

Desde el punto de vista de las empresas oferentes, los contratos coligados son un asunto de colaboracion; ya no una colaboracion asociativa que se logra a traves de un contrato, sino de varios.

3. STIGLITZ, Ruben, "Derecho de Seguros", Bs.As., Abeledo Perrot, 1997, T.I, pag.25

Desde el punto de vista del cliente, es un problema de relacionamiento: ¿estan relacionados estos contratos?; ¿es posible pensar en que las viscisitudes de uno estan sujetos a la condicion de que el otro se cumpla?; ¿ se puede vincular a los sujetos distintos de contratos tambien dispares, por una demanda de responsabilidad?.

El estudio de estos aspectos nos lleva por caminos novedosos del derecho de los contratos.

II) Teorias jurìdicas sobre las redes contractuales

Aunque el tema es novedoso en la doctrina contractualista internacional, existen algunas aproximaciones teòricas destinadas a captar el fenòmeno.

1. La tesis de los contratos relacionales

En el derecho anglosajòn se ha desarrollado la teoria de los contratos relacionales[4], que se refiere a dos fenòmenos simultàneos: los vinculos de larga duracion y las redes contractuales. La teorìa contractual debe modificarse para captar las relaciones flexibles que unen a las empresas en la economìa actual y tener en cuenta que estos vìnculos se hacen con perspectiva de futuro. La teoria clàsica contempla al contrato como algo aislado y discontìnuo, con un objeto definido que hace "presente" lo que las partes haràn en el futuro (por ejemplo, comprar y vender una cosa).

El contrato actual, en cambio, presenta un objeto vacìo, porque en realidad se pactan procedimientos de actuaciòn, reglas que uniràn a las partes y que se iràn especificando a lo largo del proceso de cumplimiento. Los vìnculos de larga duraciòn tienen un caràcter procesal, en el sentido de que el objeto no es una prestaciòn consistente en un dar o en un hacer determinado, sino determinable.

En el campo de las "networks" el contrato es una relaciòn entre empresas basada en la cooperaciòn. Se trata de vìnculos mùltiples basados en la confianza entre los agentes para lograr una metodologìa de producciòn flexìble, que es lo que exige la economìa actual. De modo que es esa confianza o cooperaciòn el elemento que une a esas redes.

Resumiento: se destaca al contrato como un conjunto de reglas que establecen comportamiento procedimentales para lograr un resultado flexible, basado en la cooperaciòn de un conjunto de agentes econòmicos.

Esta teorìa està basada en una aproximaciòn sociològica al tema y es descriptiva, razòn por la cual se le puede criticar que no aporta elementos para resolver el problema. No se advierte què efectos produce esta cooperaciòn, màs allà de los ya conocidos.

2. El contrato marco de base asociativa basado en el interes comun

En otra elaboraciòn, a nuestro juicio màs sofisticada, se trata de describir el

4. Principalmente desarrollada por MACNEIL, Ian, "The new social contract. An inquiry into modern contractual relations", New haven, Yale Univ, 1980. Del mismo autor "The many futures of contracts", California law review, vol 47, pag 691 y ss.

fenòmeno y sacar algunas consecuencias del mismo, a partir de tesis conocidas, como el contrato marco, su naturaleza asociativa y la nociòn de interès comùn[5].

En las redes hay un contrato marco como medio para alcanzar fines individuales y comunes. Por ejemplo, en las redes de franquicia o en la concesión, hay relaciones bilaterales entre el franquiciante y el franquiciado, que representan los objetivos individuales. Ademàs, existen relaciones entre todos los miembros de la red, porque saben que obtienen de ella un beneficio adicional, que es el incremento de la distribuciòn y de las ventas.

El contrato marco regula el aspecto comùn de las redes.

Este contrato marco tiene un caràcter asociativo. No es una sociedad, porque hay empresas independientes entre sì, y no hay un beneficio comùn a repartir. Las ventajas que se derivan del funcionamiento en red, van directamente a los que la integran, y no a un fondo comùn que luego se reparte.

Ese caràcter asociativo existe porque hay un interès comùn, que existe cuando una parte contratante posee interés personal y directo en la obligación de la contraparte. Una de las partes obtiene satisfacciones indirectas a través de la prestaciòn que realiza la otra, sin que exista un vìnculo de cambio. De esa actuación concertada deviene una utilidad que excede la nociòn de contraprestacion.

Siguiendo estos lineamientos se sostiene que la franquicia serìa entonces "un contrato dotado de fin o interés común y ello nos permite su ubicación entre los contratos asociativos o de organización en sentido lato, factor de extremada importancia, puesto nos permitirá la traslación analógica de principios propios del contrato societario *in genere*". En función de ello, se podría proponer la aplicabilidad de principios y preceptos societarios que expresen la articulación o regulación de intereses convergentes, sin llegar a constituir normas de configuración estrictamente societaria o de regulación estatutaria de la figura del socio, entre ellas:

? La obligación de lealtad reforzada.

? El derecho de información y control que asiste al partícipe de la unión

? La concepción de las facultades de dirección comercial como "competencia reglada" informada por el fin común y no como derecho en sentido propio.

A pesar de que constituye un avance respecto de la anterior, esta tesis sigue el modelo societario, y a nuestro juicio, no capta algunos elementos realmente novedosos que aportan las redes.

3. Grupos de contratos unidos por una operaciòn econòmica

Muchos autores han tratado el tema de los contratos coligados señalando que hay "una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autònoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realizaciòn de una operaciòn econòmica unitaria y compleja"[6]. Hay un negocio ùnico que se desmembra en distintos contratos, como ocurre en la venta de equipos de computaciòn: hay un contrato sobre el hardware, otro sobre el software, otro de asistencia. De este modo, se prescinde de un enfoque voluntarista, que encuentra el nexo en la voluntad de los contratantes, para pasar a un abordaje objetivo, basado en la nociòn de causa ; la conexiòn objetiva es dada por el negocio al que sirven los contratos.

Esta conexiòn entre contratos puede darse unilateralmente (contrato accesorio de un principal), recìprocamente (contratos dependientes entre sì por una operaciòn econòmica).

Siguiendo con la tesis de Galgagno, se indica que la relevancia principal de este instituto es que, si bien los contratos mantienen su individualidad, los efectos de uno (invalidez, resoluciòn) pueden repercutir sobre el otro.

En Francia tambièn se ha tratado el tema bajo el nombre de "grupos de contratos". Larroumet[7] por ejemplo, analiza el efecto relativo de los contratos y el principio de inoponibilidad, y a partir de ello examina algunos casos que constituyen excepciòn a esas reglas. La existencia de contratos coligados puede dar lugar a acciones extracontractuales directas de un tercero damnificado, como ocurre con el caso del consumidor que demanda contra el fabricante, o con el tercero dañado por hechos del subcontratista de obra que demanda al locatario principal de la obra. Avanza màs en la cuestiòn cuando se ocupa de los grupos de contratos y de las acciones contractuales.

En este sentido dice el autor que el vìnculo econòmico entre dos contratos se debe duplicar en uno jurìdico, y que de una manera general puede estimarse que siempre que el contrato entre A y B ha hecho necesaria la celebraciòn de un contrato entre B y C, el perjuicio sufrido por C como consecuencia de un incumplimiento de la obligaciòn contraida por A hacia B, deberà ser reparada. De este modo, C tiene una acciòn contra B y contra A. La tesis màs avanzada en este sentido sostiene que quien integra un grupo de contratos no es un tercero y por ello puede tener una acciòn contractual.

Llegados a este punto, el autor se detiene a señalar las dificultades que presenta una interpretacion laxa del principio de la relatividad de los contratos y de su inoponibilidad. En tal sentido señala que es difícil establecer lìmites y que no hay una definiciòn del grupo de contratos.

Estas tesis presentan una aproximaciòn màs clara a la realidad, aunque es necesario desarrollar mejor los instrumentos normativos.

Por esta razòn haremos una presentaciòn del fenòmeno teniendo en

5. ECHEBARRIA SAENZ, Joseba A., "El contrato de franquicia-Definiciòn y conflictos en las relaciones internas", Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1995, pag 161, y ss-

6. GALGAGNO, Francesco, "El negocio juridico", trad Blasco Gasco-Prats Albentosa, Valencia, 1992, Tirant Lo Blanch, pag. 114.

7. LARROUMET, Christian, "Teoria General del Contrato", De. Temis, Bogotà, 1993, vol II pag 193 y ss.

cuenta no sòlo los efectos frente a terceros, sino tambièn los que tienen las partes entre sì.

III) La teoria sistemica

La teoria jurìdica que permita explicar y establecer reglas para solucionar los conflictos que presentan las redes, no puede dejar de considerar la novedad que ellas presentan. El enfoque no puede basarse en el contrato, sino en la interacciòn de un grupo de contratos que actùan en forma relacionada, de modo que el contrato es un instrumento para la realizaciòn de negocios.

Este enfoque, permite establecer que hay una finalidad negocial supracontractual que justifica el nacimiento y funcionamiento de una red. El grupo que surge de esa manera, no es sòlo una uniòn convencional de contratos, que puede ser analizada mediante el examen de los vinculos individuales. Se requiere una comprensiòn del sistema y por ello, de una teorìa sistematica.

Nuestro propòsito es desarrollar este enfoque, pero, a fin de proporcionar una guia de nuestra labor, presentaremos un resùmen de las proposiciones.

Las redes contractuales deben ser captadas en dos planos, referidos a sus aspectos internos y externos.

1. Relaciones entre las partes: elementos y deberes sistematicos

En las relaciones internas, las redes presentan un nexo que està vinculado a la colaboraciòn entre las partes que la integran. El elemento unificador es la conexidad, que debemos diferenciar claramente de la integraciòn total o parcial, de naturaleza societaria. La referida conexidad es un componente que fundamenta la existencia de elementos propios de la red como la causa sistematica, la finalidad supracontractual y la reciprocidad sistematica de las obligaciones. Asimismo, da origen a obligaciones sistematicas, de modo que las partes tienen entre sì obligaciones principales, accesorias y deberes secundarios de conducta, y ademàs, deberes referidos al sistema que integran.

2. Relaciones frente a terceros

A) Acciones directas extracontractuales y contractuales

En las relaciones externas, la red se vincula con los consumidores. Estos se relacionan con un integrante de la red, planteàndose la cuestiòn de si le asisten acciones respecto de otros miembros. Surge aquì el obstàculo del efecto relativo de los contratos conforme al artìculo 1195 del Còdigo Civil que impide, como regla general, este tipo de acciones.

Establecida la regla, corresponde ver las excepciones. En este sentido encontramos hipòtesis de acciones directas extracontractuales y contractuales.

? Extracontractual: Para los terceros, el contrato celebrado por los integrantes de la red es un hecho jurìdico, razòn que obstaculiza la existencia de acciones directas fundadas en el contrato. Se han encontrado distintas hipòtesis para fundar acciones:

? responsabilidad por el hecho de dependientes: a travès de una interpretaciòn amplia de la garantìa por el hecho de dependientes, se puede encontrar una "autorizacion" de un integrante de la red hacia otro. Es el caso del fabricante que autoriza a un servicio ùnico para sus productos, que veremos màs adelante.

? responsabilidad por control: una clase de control especìfico, sobre la prestaciòn, puede provocar responsabilidad. Es el caso de las obras sociales que veremos.

? responsabilidad por la apariencia: la apariencia jurìdica creada, puede dar lugar a acciones contra el titular de la marca de un producto elaborado[8].

? responsabilidad por riesgo: en el caso que uno de los integrantes utilice cosas riesgosas de propiedad de otro.

? Contractual: en algunos supuestos se han admitido acciones contractuales directas:

? existencia de un vìnculo asociativo entre las partes que permite fundar una imputaciòn. Es el caso del Shopping cuando constituye una empresa comùn con los locatarios.

? contrato a favor de terceros: en virtud del articulo 504 del Codigo Civil se han otorgado acciones directas al beneficiario de una estipulaciòn ajena. Es el caso del paciente en el contrato medico-sanatorio.

? estructura del vinculo obligatorio: en similares casos que el anterior, es decir en la responsabilidad de las clìnicas, se ha utilizado esta argumentacion para dar acciones directas al paciente.

B) Acciones indirectas

Aunque su utilidad es relativa, existe la posibilidad de la acciòn subrogatoria fundada en el artìculo 1196 del Còdigo Civil.

Nuestra tarea tratarà de avanzar en el descubrimiento de los conceptos adecuados para explicar normativamente a las redes contractuales y desentrañar los efectos jurìdicos que de su funcionamiento se derivan.

SEGUNDA PARTE: Relaciones internas

I) Elementos tipificantes y Caracteres:

1. Colaboraciòn gestoria:

En la colaboraciòn gestoria, una persona se vale de otra para realizar algunas tareas que no puede hacer por sì misma, producièndose una descentralizacion de ejecuciones. Lo que antes ejecutaba el titular por sus propios medios, ahora lo hace a travès de otro.

Entramos asì en la "ratio" jurìdica del mandato: este es un encargo, un "iussum", una interposicion gestoria o representacion

8. En el derecho argentino, no existiendo una ley que autorice a responsabilizar al titular de la marca, puede fundarse en la apariencia. Conf. ALTERINI, Atilio, "Responsabilidad por la apariencia". Derecho de Daños, La Rocca, Bs.As.

indirecta [9]. Como bien dice Diez Picazo, la representación aparece como una respuesta del orden jurídico al problema social típico de la gestión y cuidado de los bienes e intereses ajenos [10].

El interès en el negocio no se comparte, y por ello es un vìnculo sin finalidad comùn; sòlo se delega la ejecuciòn. En cambio, en la colaboraciòn asociativa, se comparte el interès, asociàndose las partes en su consecuciòn.

La fuente de esta colaboraciòn puede ser anterior al negocio mediante la simple autorizaciòn o el mandato, o posterior, como ocurre con la ratificaciòn, que equivale al mandato. Puede ser hecha conocer al tercero o no, distinguièndose entonces entre el mandato oculto y el que no lo es.

En todos los casos, la imputaciòn llega hasta el titular del interes. Cuando hay representaciòn, es directa; cuando hay mandato no representativo, es indirecta; cuando hay gestiòn, se produce a travès de la ratificaciòn posterior.

De modo tal que es la sede del interès la que determina la imputaciòn. El dueño del negocio, al que se le permite actuar por otros, tambièn responde por ellos, con intensidad diversa. Cuando ese otro es un dependiente, responde por el hecho del auxiliar; cuando es un colaborador vinculado por un contrato de colaboraciòn gestoria, responde en tanto titular del interès y conforme a los mecanismos expuestos.

Este tipo de colaboraciòn tiene una larga historia. En el derecho romano se lo utilizò para satisfacer las necesidades del pater familias de atender la taberna o la navegación por otro. En nuestros tiempos, se utiliza sobre la base del mandato, para explicar toda clase de encargos.

En las fenomenos que estudiamos en este capitulo, no se trata de una sola delegaciòn de un comerciante a otro, sino de muchisimos encargos que crean una red: red de franquiciantes, de distribuidores, de concesionarios.

El problema que presentamos es el siguiente: ¿como se explica la utilizacion de una red de franquiciantes, de distribuidores, de concesionarios?. Hay aquì una multiplicidad de delegaciones gestorias: ¿hay algùn efecto especìfico derivado del hecho de que se trate de una multiplicidad de contratos?.

2. Colaboracion asociativa:

A diferencia del supuesto anterior, en estos casos hay una finalidad comùn, ya que se comparte el interès. La colaboraciòn del otro se da en un plano màs intenso, ya que no se trata de un encargo que se da a otro que puede no conocer el interes del titular, sino de lograr juntos un objetivo. La finalidad comùn puede consistir en un resultado a obtener o una utilidad a repartir[11].

Este proposito puede obtenerse mediante una forma organizativa o sin ella.

9. TRIMARCHI, Pietro, "Iztituzioni di Diritto Privato", 8va ed.Milan, Giuffrè, 1989, pag. 257
10. DIEZ PICAZO, "La representacion en el derecho privado", Civitas, Madrid, 1979, pag. 24
11. Sobre estos temas conf: Richard, Efrain,"Organizacion asociativa", Zavalia, Bs.As. 1994.

Cuando se utiliza una organizacion, esta puede producir como efecto una persona juridica, como en la sociedad, o no, como en la union transitoria de empresas. En la sociedad, los individuos se diluyen detras de la personalidad obtenida, y las ganancias se obtienen a titulo derivado. En los vinculos asociativos, el proposito comun no hace desaparecer a los sujetos contratantes, y las ganancias se adquieren directamente. Esta tesitura, que compartimos[12] tiene el proposito de evitar la imputacion de sociedad a toda contratacion asociativa, que tiene una larga tradicion en nuestro derecho, como asimismo, promover los vinculos asociativos contractuales no societarios.

Este distingo conceptual es adecuado cuando el supuesto de hecho consiste en la actividad de dos o mas personas, con un proposito comun, que utilizan una figura contractual, tipica o atipica, para la realizacion del proposito.

¿Que sucede cuando la colaboracion se realiza a traves de una multiplicidad de contratos, tipicos o atipicos, pero juridicamente autonomos, y sin embargo puestos en red?.

3. La colaboracion en las redes contractuales:

Los grupos de contratos de colaboraciòn gestoria comprenden las redes de distribucion como los grupos de franquicia o de concesionarios.

Los grupos de colaboracion asociativa incluyen los hipercentros de consumo, la subcontrataciòn masiva, el industrial armador, los paquetes de negocios. Los grupos de consumidores abarcan tanto los circulos de ahorro para la compra de bienes, los fondos comunes de inversiòn, las jubilaciones contratadas con las administradoras de fondos de pension, los usuarios de tarjetas de creditos, las comunidades reales, los grupos de suscriptores de medicina prepaga.

Cuando hay una multiplicidad de contratos en red significa que, si bien son autònomos, deben convivir, su existencia no se explica sino a partir de la vida en comun. Lo esencial en ellos es que se logra un efecto de conjunto superior a la suma de las individualidades.

4. Integracion y conexidad:

Cuando tienen interes en hacer algo en comun, dos individuos pueden unirse y constituir una sociedad, de modo tal que crean una persona juridica distinta a los fines imputativos. Este es un supuesto de integracion total, en el que se dan los siguientes elementos:

– creacion de una persona juridica que absorbe a los sujetos contratantes.

– adquisicion de ganancias a titulo derivado, de modo tal que primero las obtiene la sociedad y luego, por distribucion de las mismas, los socios participantes.

– el interes es una finalidad comun: un proposito, o una obra, o una utilidad a repartir.

12. Hemos ampliado en Lorenzetti, Ricardo, "Los contratos asociativos y el joint venture", LL. 1992-D-789.

– la satisfaccion de ese interes se logra a traves del contrato de sociedad.

Estos dos individuos pueden prescindir de la formacion de una persona juridica distinta y asociarse para obtener el interes mediante un contrato asociativo. Las ganancias no pasan por el filtro de la sociedad, sino que se adquieren directamente.

En ambos casos es la causa asociativa la que origina la integraciòn, sea total o parcial.

En la conexidad no existe tal supuesto. Los vinculos individuales pueden ser asociativos o de cambio; no existe una causa juridica asociativa inicial que por la via contractual origine la integracion. Hay, en cambio, una causa econòmica que hace que una serie de vinculos individuales deban funcionar como sistema. El elemento asociativo se adosa a ellos como atmòsfera envolvente.

De tal modo, la conexidad es un presupuesto del funcionamiento del sistema de relaciones juridicas interdependientes. A diferencia de la integraciòn, no provoca un vìnculo estrecho, asfixiante.

Los vìnculos permanencen individuales pero, por efecto de la conexidad, se unifican para ciertos fines.

El interes, en la conexidad no es intracontractual, sino supracontractual. Se situa mas alla del contrato, en el plano del negocio. Los contratos son un instrumento para la realizacion del negocio global o del sistema ideado.

Por ello podemos distinguir:

– En la integracion hay un interes asociativo que se satisface a traves de un contrato de integracion total o parcial (sociedad, Union transitoria de empresas, agrupaciones de colaboracion empresarias, equipos, ect).

– En la conexidad, hay un interes asociativo que se satisface a traves de un negocio que requiere de varios contratos unidos en un sistema.

– La causa asociativa contractual vincula a sujetos en tanto son partes de un mismo contrato con una tipologia determinada.

– La causa asociativa negocial o conexidad, vincula sujetos que son partes de distintos contratos, que pueden tener o no el mismo tipo. Por ejemplo, en el sistema de tarjetas de creditos, todos los usuarios son contratantes con el emisor, existiendo muchos contratos de un mismo tipo. En cambio, en la subcontratacion masiva, puede haber un empresario que celebre contratos de limpieza, de suministro, de locacion de servicios, de obra, de publicidad, de modo tal que hay varios contratantes y distintos tipos contractuales.

– En la integracion, la causa asociativa es elemento esencial del contrato, lo que tiene trascendencia normativa a la hora de su calificacion e interpretacion.

– En la conexidad, el elemento asociativo se situa en el plano del negocio o sistema, y no del contrato. No es entonces un elemento esencial del contrato sino un presupuesto para el funcionamiento del sistema.

– De tal modo, la conexidad mantiene unidos a los contratos, pero estos conservan su autonomia[13].

– Lo importante en Derecho, es establecer que la conexidad, aunque muchas veces es inasible, se solidifica, es base para establecer obligaciones concretas, entre los integrantes del sistema y hacia terceros.

II) Contrato y sistema

1. El interes asociativo en la conexidad contractual

En la conexidad hay un interes asociativo que se satisface a traves de un negocio que requiere varios contratos unidos en sistema; la causa en estos supuestos vincula a sujetos que son partes de distintos contratos situandose fuera del vinculo bilateral pero dentro del sistema o red contractual. Ello significa que hay una finalidad economico-social que trasciende la individualidad de cada contrato y que constituye la razon de ser de su union; si se desequilibra la misma se afecta todo el sistema y no un solo contrato [14].

Investigando este aspecto, debemos definir cual es el interes que mantiene unida a las partes en contratos conexos, y luego, que reglas pueden deducirse del mismo. En especial desarrollaremos la idea de que existe un principio de coordinacion, correspectividad sistematica de las prestaciones, y obligaciones con fundamento en la conexidad. Estas ultimas vinculan a los integrantes de la red entre si y frente a terceros. Entre las obligaciones internas cabe mencionar: la de contribuir al sostenimiento del grupo y, la de aseguramiento del exito de la empresa.

Estos elementos sirven para explicar las obligaciones reciprocas que tienen los integrantes de una red de concesionarios, franquiciantes, usuarios de tarjetas de credito y otros sistemas similares.

A) El interes como elemento de la conexidad:

La nociòn de "interès", ha sido enfocada de modos diversos. Cuando se lo identifica con el dominio, es la relacion de disfrute con la cosa, y el titular del interes es el propietario.

Utilizando esta base, se lo ha aplicado analògicamente al mandato, de modo que tal que el mandante es una suerte de "dominus", que delega en otro la ejecuciòn. El titular del interés es aquel sobre cuyo patrimonio repercuten los efectos del acto para cuya obtención se procura la colaboración de otro. El interés es una guia

13. Frente al fenòmeno de que los planetas del universo tienen existencia autònoma, pero tienen una configuraciòn de sistema, los astronomos se se han formulado la siguiente pregunta: ¿que es lo que los mantiene unidos?. Esto dio lugar a que, desde tiempos inmemoriales, se afirmara la existencia del eter, que es un fluido inasible, que llena el espacio, y constituye un medio continuo con aptitud para transmitir todos los movimientos. Los iusprivatistas pueden preguntarse: ¿que es lo que mantiene unidos a los contratos en red?. La conexidad es un elemento similar al eter; es una sustancia inasible, invisible, pero que aunque no la veamos, "deberia" existir, porque de lo contrario no se explican los movimientos coordinados.

14. es lo que pasa con un sistema de tarjeta de creditos en el que sus miembros no pagan, o de medicina prepaga, en el que se produce la necesidad de pagar una prestacion exhorbitantemente costosa; sobre este concepto ver ntro comentario en "Las normas fundamentales de Derecho Privado", cit.

para quien cumple el encargo. La desviación del mandato es legitima cuando es de un modo más ventajoso para el titular del interès (art. 1906 CCArg).

En los supuestos de conexidad que examinamos, tambièn existe la nociòn de interès, pero con algunas particularidades.

– El interès es el centro de union, es el "cemento" que une a los distintos contratos.

– No se trata del interès de un titular individual, sino del grupo o agrupamiento, es el interès en el funcionamiento del sistema.

De ello se deducen dos principios importantes.

B) El principio democratico-conexidad y dominacion:

Para identificar el interes del titular del dominio o del dueno de negocio en mandato, se recurre a la voluntad declarada por este. Cuando hablamos de interes sistematico, la nocion pierde su carga subjetiva, y aunque el sistema pueda haber nacido de la voluntad de alguien, se independiza y funciona objetivamente.

De tal manera que, para interpretarlo, hay que recurrir al interes del sistema y no del sujeto que le dio origen. Como se trata de un agrupamiento de individuos y una colectividad de contratos, en los que es necesario establecer una convivencia, es necesario recurrir a la regla de la convivencia democratica.

Recurrimos aqui a la comunicabilidad de los principios de derecho publico y privado para señalar que los principios de la organizacion de la competencia son aplicables para estos casos.

Es claro que pueden existir grados de conexidad; pueden existir clàusulas que la acentùen, poniendo en duda si se està ante relaciones conexas o una dependencia màs acentuada[15]. Hay una zona gris: la conexidad puede transformarse en dominacion, en integracion vertical, en la que desaparece la autonomia negocial, la ajenidad de riesgos.

Naturalmente, la linea de separaciòn depende de cuestiones de hecho que deben ser definidas judicialmente.

C) El principio de la coordinacion:

Como derivacion de la existencia de un interès para el cual colabora un grupo de contratantes, surge otro principio que, es el de la coordinacion.

Quien concurre a una clinica y recibe una oferta para ser intervenido quirurgicamente, supone que el cirujano actua coordinadamente con el anestesista, con la enfermera y la instrumentista, con el bioquimico y el radiologo. Aunque no se lo pacte de esa manera, ello esta implicito,

15. Por ejemplo: la clàusula que condiciona la locacion de un local en un shopping de Capital Federal, a instalarse tambien en una sucursal del interior; o la que impide contratar en otro shopping de la competencia. Las que pactan el precio en un porcentaje de las ventas, pueden desnaturalizarse cuando ese porcentaje es demasiado alto y acompañado de auditoria de ventas que importan una injerencia abusiva. En otros casos, existen clàusulas que obligan al locatario a soportar el costo de alquileres por locales vacios, durante un tiempo que se acuerda.

puesto que no es posible pensar que alguien se someta a la actuacion de un grupo de individuos que actua alocadamente y sin un orden interno.

Quien integra una red de distribucion, supone lo mismo, de modo tal que ningun integrante de la red interferira en su zona, o quien la constituyo no tomara medidas que conduzcan al exterminio de la red. La jurisprudencia ha tenido ocasion de poner de relieve este aspecto con frecuencia: por ejemplo, con relaciòn a los contratos de concesion se ha señalado que se està ante un contrato normativo de coordinacion[16].

El principio de la coordinacion que se deriva de la existencia conexa de contratos en torno a un interes sistematico, causa la existencia de obligaciones. No se trata de contratos de coordinacion, sino de obligaciones o, deberes secundarios de conducta, que se adosan a contratos que conviven entre si de modo sistematico.

Ello significa que todos los integrantes de una red contractual, tienen una obligacion de colaborar en el funcionamiento del sistema, obrando de modo tal que su conducta sirva para el mantenimiento del mismo. Aqui, la causa asociativa del negocio grupal se hace presente, se solidifica, para fundar una pretension de colaboracion.

Estas obligaciones tambien alcanzan al organizador del sistema, quien no puede adoptar conductas o imponer medidas que lleven a la destruccion.

Este es un criterio para determinar el abuso. La regla seria el imperativo categorico kantiano con una pequena modificacion: obra de modo tal que tu maxima de obrar pueda ser elevada a ley "sistematica" del obrar. Asi todos deben obrar de modo tal que no destruyan el sistema.

2. Equilibrio del contrato y del sistema:

A) La correspectividad sistematica de prestaciones:

El contrato ha sido identificado por la doctrina argentina con el negocio juridico bilateral[17] En este aspecto en el derecho anglosajon ocurre algo similar al considerar al contrato como promesas a las que la ley les otorga fuerza legal, pero siempre dentro de un vinculo bilateral[18]. De alli que tanto la doctrina de la "causa objetiva", la del "objeto como operacion juridica considerada por las partes" como la de "consideration", si bien tienen aspectos diferentes, asumen la necesidad de una correspectividad bilateral de las prestaciones.

Lo que debemos aislar es el componente relativo a la correspectividad objetiva de las prestaciones que se mantiene como elemento genetico y funcional en el contrato[19].

Este aspecto tiene una fundamental importancia en los contratos discrecionales

16. CNCOM, SALA E. ED.109-614.

17conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1995, pag 47.

18 Conf: FRIED, Charles, "Contract as Promise. A theory of Contractual Obligation", Harvard Univ Press, 1981

19. conf BUERES, Alberto, "Objeto del negocio juridico", Hammurabi, 1986, pag 111

para juzgar el equilibrio, la reciprocidad, la commutatividad entre lo que da y entrega cada parte en el momento de celebrar el contrato y a lo largo de su desarrollo, y fundamenta la excepcion de incumplimiento contractual, el pacto comisorio y la excesiva onerosidad sobreviniente [20]. En la contratacion de consumo, la clausula es abusiva cuando "desnaturaliza" las obligaciones o cuando importen renuncia o restriccion de los derechos del consumidor o ampliacion de los derechos de la otra parte (art. 37 ley 24240), lo cual significa que el vinculo debe tener reciprocidad[21] . Mas clara aun en este aspecto es la ley francesa 95-96 de febrero de 1995, relativa a clausulas abusivas, que las califica como aquellas que "tienen por objetivo o por efecto crear, en detrimento de la parte no profesional o consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato".

La idea de equilibrio y correspectividad se ha ido expandiendo.

Durante mucho tiempo se la entendio en el plano obligacional, como "obligaciones reciprocas", porque la prestacion de una tiene razon de ser en la prestacion de la otra (art. 1139 CC), dando fundamento a un sistema de vasos comunicantes entre obligaciones. Asi, si el comprador de un inmueble no puede exigir la escrituracion si no pago el precio, porque hay correspectividad entre ambas obligaciones [22].

Actualmente hay vasos comunicantes entre obligaciones diversas de un contrato, aunque no esten interrelacionadas entre si. La calificacion de abusividad y de interrelacion toma en cuenta prestaciones nucleares, deberes secundarios de conducta, accesorios, dando lugar a una "interpretacion global" como lo propone la ley francesa en materia de contratos de consumo. La inversion de la carga de la prueba, o la prorroga de jurisdiccion, pueden dar lugar a un reequilibrio contractual, aunque no exista una obligacion correlativa especifica.

Nuestro pensamiento es que, a estas herramientas desarrolladas para el mantenimiento del equilibrio contractual, hay que adicionarle otras, similares, para el equilibrio del sistema, cuando se trata de vinculos que se entrelazan entre si.

Es en este sentido que debemos referirnos a la conexidad contractual.

La causa, entre otras muchas acepciones, puede ser entedida como correspectividad de las prestaciones existentes entre las partes. Este criterio sirve para examinar tanto la rescisiòn unilateral (art. 1200 Codigo Civil) como el pacto comisorio (art. 1204 Codigo Civil) como la excepciòn de incumplimiento contratual (art. 1201 Codigo Civi)[23].

Este criterio requiere de algunas preciciones en los sistemas de contratos.

20. conf BUERES, op cit.

21. ampliamos esta nocion al tratar las clausulas abusivas en MOSSET ITURRASPE, Jorge, LORENZETTI, Ricardo, "Defensa del Consumidor-Ley 24240", Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1994.

22. ALTERINI-AMEAL-LOPEZ CABANA, "Derecho de Obligaciones civiles y comerciales", Abeledo Perrot, Bs.As.,1995, pag.69.

23. conf. entre otros BUERES, Alberto, "El objeto del negocio juridico", Hammurabi, Bs.As.

Para entender este tema nos parece de interès comentar un caso fallado por la jurisprudencia argentina[24]. La parte actora habia celebrado un contrato de medicina prepaga. Normalmente transcurre un tiempo inicial de carencia de servicios que es costumbre en la actividad y durante el cual paga pero no recibe nada. Luego del mismo, es habitual que no se requieran grandes gastos al sistema prepago, porque los estudios que se hacen al contratar son bastante rigurosos y es raro que una persona muy enferma sea admitida, si no es a un precio mayor.

Lo cierto es que el solicitante del servicio tiene un tiempo prolongado en el que paga y no recibe servicios. Es el periodo de mayor rentabilidad de la empresa.

Luego de un tiempo, la persona se enferma. La tendencia se invierte, puesto que la empresa debe comenzar a gastar mucho màs dinero del que recibe por la cuota que va pagando el prestatario.

Como puede advertirse claramente, las curvas de la utilidad marginal son inversas como sucede habitualmente en los contratos de duracion.

Se supone que llegado al punto en que debe gastar màs de lo que recibe, la prestadora difunde este costo de dos maneras. En primer lugar lo compensa con lo que ha recibido antes de parte del prestatario ahora enfermo; tal es la funciòn de los perìodos de carencia.

En segundo lugar, la existencia de una masa de afiliados permite difundir entre todos los costos del sistemas, operàndose compensaciones entre los que estan sanos y los que estàn enfermos, que suelen ser menos; de tal modo constituyen una carga econòmica soportable para el resto, si el càlculo actuarial està razonablemente bien realizado.

Volvamos ahora al concepto de causa y a la exigencia de prestaciones recìprocas.

En primer lugar hay que ajustar el concepto en los contratos de duraciòn: la correspectividad debe examinarse durante todo el tiempo del contrato. En el caso que tomamos como base, al principio, cuando el prestatario paga y no recibe prestaciones; al enfermarse, paga poco y recibe muchas prestaciones medicas. Un anàlisis bilateral de cada momento, llevarìa a una conclusiòn de que no hay obligaciones recìprocas; sin embargo, debe evaluarse toda la temporalidad del contrato de duracion. Este es el criterio que sirve para descalificar el argumento de que a la empresa le resulta onerosa la prestaciòn medica tomando en cuenta el pago que realiza en èse momento el consumidor.

En segundo lugar y aùn tomando en cuenta todo el ciclo temporal, habrà que evaluar el sistema. Supongamos que la empresa es obligada a dar atenciòn medica a un enfermo cronico, que requiere atenciòn medica permanente y costosa durante el resto de su vida ùtil, que podrìamos estimar en veinte años como hipòtesis. En este caso, la empresa descargarà los costos en el sistema, es decir en el resto de los contra-

24. JUZG. NAC. COM. n. 11. 1ª inst. firme, 23/12/93- Heliszkowski, Michel y otros v. Programa de Salud S. A., Jurisprudencia Argentina, 27/7/94.

tantes. Podrìamos preguntarnos entonces porquè razòn los integrantes de ese grupo deberìan soportar esa carga y si es justo que asì suceda. En la mayoria de los sistemas jurìdicos, esta carga ha sido considerada excesiva para los grupos contractuales y se la difundido a travès de la seguridad social. De tal modo, podrìa imponerse la obligaciòn a la empresa de modo transitorio, hasta que la seguridad social pueda asumir el costo, y sin que desequilibre el sistema contractual.

Esta obligaciòn, sin las precisiones antedichas, si bien satisface el derecho a la salud, desequilibra el sistema.

Por ello entendemos que hay que hablar de una "correspectividad bilateral" y de una "correspectividad sistematica de las prestaciones". Esta ùltima deberìa ser entendida como la reciprocidad existente entre lo que cada uno de los integrantes del sistema paga y lo que sistema puede satisfacer de acuerdo con su racionalidad economica.

B) Deberes colaterales sistematicos

Un sistema es un conjunto de partes interdepedientes de modo tal que una de ellas no puede existir plenamente sin el concurso de las otras. Cuando hay un "sistema de contratos" ocurre exactamente lo mismo, de modo que hay un problema de convivencia[25]; son contratos distintos, pero no pueden convivir uno sin el otro; no funciona ninguno si el sistema fracasa.

Asi sucede en el sistema asegurativo, porque si se generaliza la falta de pago, o todos los asegurados mienten al contratar ocultando enfermedades preexistentes, o todos sobreutilizan las prestaciones, se produce un descalabro.

El incumplimiento de las obligaciones contractuales no se agota en sus efectos bilaterales, sino que es perceptible una repercusion en el sistema.

Esta circunstancia da lugar a una serie de conceptos que, desde nuestro punto de vista deben comenzar a desarrollarse en una economia caracterizada por prestaciones masivas y vinculadas a traves de redes:

– La finalidad supracontractual, que se refiere a los objetivos buscados y solo obtenidos a traves de una red de vinculos. En cambio la finalidad economico-social en el sentido de causa objetiva, se refiere a lo que se busca mediante el contrato.

– La existencia de deberes secundarios de conducta, respecto del funcionamiento del sistema. De alli el principio de coordinacion que genera un deber de cada una de las partes a contribuir en el sostenimiento del todo.

Las partes tienen deberes secundarios de conducta respecto del sostenimiento del mismo. El "sistema" no se identifica con la empresa que lo organiza, de manera que siempre se deba interpretar en favor del mantenimiento de la empresa.

Las uniones de contratos de este tipo, requieren de una interrelacion economica y tecnica que debe ser mantenida para su funcionamiento, conformandose el

25. C1RA CIV Y COM BAHIA BLANCA, SALA 1RA, LL.7.8.92.

equilibrio objetivo que denominamos causa sistematica. Es incompatible con el mismo que se impute a la empresa cargas excesivas, que luego volcara sobre los demas contratantes integrantes de la red, como tambien lo es que la empresa establezca clausulas abusivas que desequilibren el sistema haciendo que solo los consumidores soporten los riesgos.

Los deberes secundarios corresponden a todas las partes y la causa sistematica es el elemento moralizador.

C) Afectacion de la causa derivada de la traslacion de riesgos a los consumidores

La empresa puede buscar trasladar los riesgos a los consumidores mediante una serie de clausulas que provocan ese efecto. De alli la rescision unilateral incausada, la limitacion de responsabilidad, la modificacion unilateral de precios, y otras que la jurisprudencia ha descalificado.

Veamos como se produce ese efecto. En el caso ya comentado sobre rescision unilateral incausada enla medicina prepaga se supone que la existencia de una masa de afiliados permite "derramar" sobre ellos los costos de atencion, operàndose compensaciones entre los que estan sanos y los que estàn enfermos. Normalmente la estadìstica muestra que sòlo una pequeña parte estàn enfermos, y que no es habitual que todos enfermen al mismo tiempo. Excepciòn de ello son algunos sistemas que nuclean a personas de edad avanzada y generalmente enfermas, como el Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (Pami), pero por esa misma razòn, la difusiòn del riesgo se amplia cargando con contribuciones directas a quienes no son jubilados ni pensionados, esto es, al personal activo. La empresa percibe una masa de dinero aportada por un grupo, y solo una parte de ellos gasta, de modo que si se mantiene este equilibrio, puede pagarle a los enfermos, soportar sus gastos y obtener una ganancia. El calculo probabilistico es el que posibilita este funcionamiento.

El riesgo de la empresa reside en hacer bien o mal ese calculo, en administrar mejor o peor, en el modo de seleccion de su cartera, en la diversificacion de riesgos. La empresa puede disminuir esos riesgos o aumentarlos, segun sea mas o menos seria, mas o menos eficiente; lo que no puede hacer es trasladarlos.

Si la empresa no disminuye sus riesgos, sino que los traslada a los consumidores, afectara el equilibrio sistematico. Por ejemplo:

– si mantiene el contrato mientras el paciente paga y no gasta, pero lo rescinde cuando el paciente se enferma, se rompe el equilibrio. Su deber es absorber estos gastos con las previsiones y con compensaciones con los otros adherentes.

– cuando con el transcurso de los anos el paciente comienza a gastar mas, la empresa no puede modificarle las condiciones. Puede solucionar el problema contratando nuevos adherentes jovenes que establezcan las compensaciones necesarias dentro del sistema.

Si frente a estas situaciones previsibles no puede reaccionar, es porque hizo mal

sus calculos y debe afrontar ese riesgo empresario.

La empresa no puede obrar de modo que contradiga esta circularidad de efectos basados en el calculo probabilistico.

Veamos ahora una situacion contraria.

D) Afectacion de la causa derivada de la imposicion de cargas publicas a la empresa

La imposicion de una carga publica en un contrato o en un sistema contractual puede ocasionar un desequilibrio.

Ello es particuparmente claro en los sistemas de base asegurativa. Si por ejemplo, en la medicina prepaga, se establece que un enfermo cronico debe ser atendido sin limites, o en el seguro, se anulan todas las clausulas que delimitan el riesgo, o se le imponen deberes que no pueden ser soportados por la masa de individuos asegurados, se producen distorsiones.

La empresa puede delimitar los riesgos que asegura. De hecho si cubriera todos los riesgos de una persona durante toda su vida estaria obrando de mala fe; ya que este debe ser individualizado para que sea posible establecer un seguro, y ello se hace mediante limites temporales y materiales. El contrato establece que es lo que se cubre y lo que se excluye, lo cual es esencial para el funcionamiento del seguro.

De alli que la exclusion de cobertura sea un supuesto de limitacion del riesgo, es decir del objeto del contrato y sea licita, y no sea admisible la interpretacion analogica ni extensiva [26]. En cambio, si una vez delimitado el objeto, esto es el riesgo asegurado, la empresa lo desnaturaliza mediante disposiciones que lo trasladan al consumidor, hay una clausula abusiva.

En virtud de esta diferenciacion, hay una delimitacion del riesgo que es licita, porque la empresa no asume todos los riesgos. Si estos existen, y el individuo no puede soportarlos individualmente, y hay una garantia minima como derecho fundamental, debe ser una carga publica del Estado.

Si estas cargas publicas que exceden el riesgo asegurado se imponen a la empresa; si estos desequilibrios son superiores al calculo probabilistico, se produce una crisis del sistema y en el ambito juridico, una afectacion de la causa sistematica.

Puede ocurrir que el Juez decida imponer garantìas transitorias a los contratantes, aun violando la voluntad de uno de ellos o rectificando lo pactado. Ello se justifica por razones de urgencia y por la ausencia de alternativas de satisfaccion de la garantia. En cambio, si hay alternativas para el ejercicio de esta garantìa minima del derecho fundamental, no hay porquè imponerlas al contratante.

III) El control a traves de la red

1. Estructura interna de la red

Una de las cuestiones que plantean las redes contractuales es el problema de las relaciones internas. No se trata del problema de los derechos y deberes de las partes, sino de la conformacion del sistema de contratos.

La red puede presentar una estructura autocratica, que se caracteriza porque existe una empresa central, que planifica la conducta de todos los demas y la controla de modo similar a la dependencia. Estas ultimas estan destinadas al desuso en una economia competitiva, en las que se requiere una alta participacion en las decisiones de todos los integrantes, una fluida comunicacion y un proceso de interaccion creativo, que no pueden brindar las organizaciones de este tipo.

Las formas democraticas, se caracterizan por presentar una descentralizacion mayor en las decisiones. En el plano juridico ello significa que se trata de vinculos entre empresas autonomas, que asumen el riesgo empresario.

Sobre esta base surgen dos cuestiones relevantes:

La primera es que la empresa organizadora, el ceder el uso de bienes a terceros (marca, imagen, etc) pretende tener un control sobre la conducta de quien los usa, a fin de evitar un deterioro de los mismos. La segunda, es que ese control tiende a transformarse en dominacion, pasando los limites de una configuracion democratica a una autocratica.

El equilibrio entre democracia interna y proteccion de los bienes del organizador y la frontera entre control y dominacion son cuestiones que de dificil solucion, que esbozaremos seguidamente.

2. Concentracion vertical y horizontal de empresas

Uno de aspectos investigados sobre la configuracion interna de las redes contractuales es el relativo a la concentracion vertical u horizontal de empresas[27]. Este tema es enfocado desde el derecho de la competencia, en tanto estos vinculos superen un nivel de integracion que permita hablar de acuerdos colusorios violatorios de la libre competencia en el mercado; desde el derecho societario, dentro de la teoria de los agrupamientos; en el derecho concursal, para la extension dela quiebra. Desde el punto de vista juridico, enfocando la cuestion exclusivamente en el aspecto contractual, y en lo que resulta relevante para el tema de las redes, trataremos dos facetas: la primera relacionada el agrupamiento piramidal u horizontal, y la segunda con los instrumentos contractuales para lograrlo.

La concentracion vertical supone una configuracion piramidal de la red, puesto que hay una empresa que esta en la cuspide y que controla a las demas. El caso mas tratado en doctrina y jurisprudencia es el de las concesiones de automotores, en el que hay un fabricante-proveedor y una multiplicidad de concesionarios que se ubican en un escalon inferior, de subordinacion economica. En los aspectos juridicos se ha dicho[28] que "el contrato de concesión para la venta de automotores... tiene las

26. STIGLITZ, Ruben "Derecho de seguros", cit, pag 172

27. Champaud, "Los métodos de agrupación de sociedades", en "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", p. 18, año II, Buenos Aires, 1969.

28. Conf Morandi en un voto publicado en LA LEY-1983-C- 240.

peculiaridades de un negocio jurídico de "concentración vertical de empresas" ... a través del cual, la concedente incorpora dentro de su estructura funcional dedicada a la distribución de sus productos, a una concesionaria, la que si bien mantiene,.....su independencia jurídica y patrimonial.....se somete a las reglas impuestas por la concedente...", lo que produce "una notoria "desigualdad" de tratamiento, en una vinculación "atípica" ". De esta forma el contrato de concesión, para aquilatarlo en toda su significación y consecuencias jurídicas, debe ser analizado con un "sentido funcional", es decir, sin perder de vista que es el componente de un conjunto de otros contratos idénticos celebrados por el fabricante, para facilitar la existencia de nuevas bocas de expendio de sus productos para el mercado, formando parte de una red de la distribución integrada, y sometida a su dirección y poder ; lo que se expresa, en una "subordinación económica" de las empresas agrupadas, que subsiste, aun cuando se advierta la autonomía patrimonial y jurídica a que antes hemos hecho referencia".

Esta caracterizacion produce una presuncion de la existencia de dominacion, de lo que se hace derivar una serie de consecuencias protectorias de la parte debil. Desde nuestro punto de vista, no es exactamente el hecho economico de la dominacion, de por si inasible, sino la existencia de instrumentos de control objetables, lo que produce la aplicacion de normas de proteccion.

En la concentracion horizontal, no hay un centro desde el cual parten las directivas, por lo que no hay una configuracion piramidal. Todos los integrantes de la red estan en paridad de situaciones, y actuan conjuntamente, interactuando entre si. En la realidad es dificil que no exista alquien que establezca su predominio, como ocurre con las estructuras de franquicia, en las que el titular de la marca, lo impone.

El problema se traslada, tambien en este caso, a los instrumentos de control.

No es nuestro proposito desarrollar la teoria acerca del control interno y externo en materia de sociedades y de vinculos contractuales, sino solo poner de manifiesto algunas clausulas que tienen un efecto preciso en la caracterizacion de los contratos.

3. Tecnicas de control

Podemos discernir diversos tipos de control, que son tratados habitualmente por distintas especialidades:

– *Control societario interno*: El control puede ser logrado mediante participaciones societarias de una empresa en la otra, siendo este un tema propio del derecho societario.

– *Control contractual externo*: Puede ser obtenido mediante un "entorno" contractual: prestamos financieros, asistencia tecnica, management, cesion del uso de la marca y otros vinculos que dejan libre a la sociedad controlada en su aspecto interno, pero limitan fuertemente su campo de actuacion. En este control, externo, la sociedad ha delegado gran parte de sus actividades que es realizada por otro sujeto, o por varios que pertenecen a una sociedad controlante.

– *Control de la prestacion*: en este caso un contratante contrata con otro una determinada prestacion, y la controla de manera tal que limita su margen de autodeterminacion.

Este ultimo es el que motivara nuestro analisis. El interes es definirlo claramente y delimitarlo respecto del control de la prestacion que da lugar a la relacion de dependencia laboral.

La importancia de este distingo es enorme, puesto que una gran parte de los contratos que se integran en redes estan sujetos a este control de la prestacion y muchas veces se utiliza la nocion de "dependencia" para subsumirlos en un regimen laboral o bien en la responsabilidad extracontractual por el hecho del dependiente.

4. El control de la prestacion en el campo laboral y comercial

El control de la prestacion en el campo laboral es uno de los aspectos de la subordinacion juridica, y debemos diferenciarlo del control existente en los vinculos de colaboracion autonomos.

En muchos contratos hay control de la prestacion: cuando se contrata a un locador de obra hay un control y supervision muy estricto (por ejemplo en la construccion de una casa), pero no hay dependencia laboral. En un contrato de franquicia, hay un control muy fuerte a traves del manual de operaciones, que guia al detalle la prestacion del tomador de la franquicia, al punto tal que hace desaparecer toda diferencia entre el dador y el tomador[29]. Tampoco hay relacion laboral.

La dependencia laboral se caracteriza por ser algo mas que una que una simple "injerencia", o "control", ya que no se limita al objeto del encargo. Alcanza al "elemento personal", al obrero, quien está jurídicamente subordinado. El obrero se pone a disposicion de los requerimientos del empleador. El poder de dirección afecta aquellos aspectos estructurales: el patrón puede diseñar el modo de prestación con referencia a los horarios, lugar, medios técnicos a utilizar, ordenar la demanda en el sentido de fijar su ritmo.

Es decir, no se limita a un control de la prestacion, sino de la persona.

La violación de las órdenes que da el empleador es un incumplimiento contractual, que puede dar lugar a penalidades como la suspension disciplinaria, cuando está prevista legalmente (art. 67 ley 20744). Este es un dato revelador de la subordinacion juridica.

No puede confundirse la relacion laboral con los vinculos de colaboracion. En la colaboración hay una finalidad común, un contrato con un tercero que uno no puede hacer sólo y entonces delega en otro. Consecuentemente hay una función de cooperacion de las partes para alcanzar el fin que ha determinado el advenimiento del vinculo. Existe un objetivo que gravita de tal manera que sobredetermina a las partes, haciendo que ellas realicen a través del medio contractual las aportaciones pertinentes para su logro. Ese fin puede consistir en una gestión a realizar (mandato, locacion de servicios), en un resultado a

29. ej: Mac Donald

obtener (locacion de obra) o en una utilidad a conseguir y dividir (sociedad).

En virtud de la titularidad del interés, a una de las partes se le le concede el derecho de señalar cómo debe desarrollarse el encargo: el mandatario debe ajustarse a las instrucciones (art. 1904 CC), el locador de obra debe ajustarse a las instrucciones del dueño (art. 1632 CC). Por ello, en los negocios de colaboración autónomos, hay una intromisión del titular del interes sobre la actividad de quien realiza la colaboracion y está destinada a precisar el objeto del encargo.

Esto es distinto en el contrato de trabajo.

Al contrario de la regla general, no es el colaborador quien está en relación con el tercero. Es el titular del interés (patron) quien se vincula con otros, y de ahí que el obrero colabora de un modo "instrumental". Por eso la dependencia es más fuerte que la injerencia. El contrato de trabajo es un negocio de colaboración dependiente.

De manera que puede decirse que en muchos contratos hay control de una de las partes sobre la prestacion de la otra. En aquellos vinculos en que se alcanza la conducta de la persona fisica involucrada de modo que tiene un caracter instrumental respecto de la prestacion principal que compromete el empleador, es laboral.

En los casos en que el control forma parte de un vinculo de colaboracion, en los que el titular del interes delega en otro la relacion con los terceros y no la presta el mismo, no es laboral.

5. El control en los vinculos de colaboracion autonoma: finalidades

Hay casos en los que el control es dado para proteger un bien de uno de los contratantes cedido en uso al otro, como el know how, la marca[30], y otros, y no se deriva del mismo ningun desnivel con relevancia juridica en la proteccion de la parte debil.

Otros controles permiten una intervencion muy fuerte de uno de los contratantes no solo en la prestacion, sino en toda la actividad del otro, como son los que autorizan a quien presta dinero, con facultades de hacer auditoria, imponer deberes de comportamiento empresario, objetivos alcanzar y muchas otras conductas que obedecen a asegurar el riesgo economico y no a proteger la parte debil[31].

En muchos supuestos el control es un medio de reduccion de costos. Por

30. Conf. FERNANDEZ NOVOA, "Fundamentos de Derechos de Marcas", Madrid, Motecorvo, 1984, pag. 377. Dice el autor que el control es tipico en el derecho de marcas, que puede ser pasivo, o bien incluso activo, como ocurre en la franquicia, donde el franchisor ejercita un control activo sobre la explotacion empresarial", necesario para la proteccion de su imagen.

31. Este es un fenomeno muy comun: desde los paises que, solicitando prestamos internacionales se someten a los controles del Fondo Monetario Internacional, el que a su vez les impone conductas economicas precisas, a las empresas que, para solicitar prestamos de importancia deben mostrar contabilidades, someterse a auditorias, y muchas veces adoptar conductas especificas impuestas por los Bancos que prestan. Ser deudor en un grado importante es ser dependiente, controlado, y en muchos casos, estar integrado con el Banco.

ejemplo, las obras sociales intervienen en el control de la prestacion de clinicas y medicos estableciendo standards de actuacion, vademecum para la prescripcion de medicamentos, todo con la finalidad de reducir costos que benefician a toda la red.

En otros supuestos, es un elemento caracterizante de la figura. Concretamente en la franquicia, se ha sostenido que el "control significativo" es un elemento del tipo, esencial para que exista el contrato. El mencionado control es "un concepto juridico indeterminado y de concrecion topica, y que implica necesariamente la existencia de una direccion tecnica comercial, e incluso la posible incursion en autenticas funciones de administracion o direccion empresarial en sentido propio, al admitir su extension a aspectos como la politica financiera, de personal o el derecho de establecimiento de la empresa franquiciada" y ello es un elemento decisivo para conseguir un "elevado nivel de integracion e las partes"[32].

En la concesion tambien hay fuertes controles, aunque menos intensos que en la franquicia porque los elementos en juego en la concesion son tangibles (por ejemplo: automotores, marca) y mas faciles de proteger que el inasible "know how", muy facil de copiar y reproducir. En la concesion suele haber obligaciones de compra, ventas minimas, obligacion de promocion, de no concurrencia, de diseno de los locales, supervision contable, prestamos financieros continuos que ejercen un control muy fuerte sobre el concesionario.

El control sirve tambien para aumentar la capacidad de venta de todo el grupo. Por ejemplo, se ha dicho que "la exclusividad impuesta a la concesionaria, afirma en los hechos la superioridad del fabricante durante la vigencia del contrato y, el control, que se establece sobre las conductas y patrimonios de los componentes (que el procedimiento de concentración agrupa), surge como el medio utilizado por la parte directriz para realizar y conservar la "unidad de decisión", incluso para aumentar, en un momento dado, la capacidad de agresión de cada unidad del grupo dentro del mercado (ver Champaud, ob. cit., en Revista, cit., p. 120, apart. 3º)"[33].

6. Efectos

La existencia de un control de la prestacion en los vinculos de colaboracion autonoma no activa la presuncion de existencia de una relacion laboral (art. 23 LCT). El efecto en cambio se produce en otros ambitos:

– en el plano del derecho del consumidor, el control puede crear una apariencia juridica frente a terceros que haga responder al controlante frente a los terceros en virtud de la buena fe creencia creada.

– en el plano de la responsabilidad es admisible la regla: a mayor intervencion en la prestacion, mayor responsabilidad.

7. El ejercicio abusivo del control:

El control y el ejercicio del poder de direcciòn que del mismo se deriva estàn

32. ECHEBARRIA SAENZ, Joseba, "El contrato de franquicia", Mac Graw Hill, Madrid, 1995, pag. 28.

33. CNCOM, LL-1983-C-240

sometidos a limites internos que definen su uso regular. El ejercicio regular del derecho se debe ejercer conforme a finalidades, establecidas por el objetivo que la ley tuvo en miras al reconocer el derecho, la buena fe, la costumbre.

El control y el ejercicio del derecho de direcciòn no escapan a estos lìmites. En materia laboral tenemos un ejemplo, puesto que la ley establece lìmites de este tipo al poder de direcciòn que tiene el empleador sobre la conducta del empleado.

En las redes de contratos el control debe ajustarse a la finalidad que representa el funcionamiento de la red. Por ejemplo, el control que ejerce el concesionario tiene por finalidad el mantenimiento de la red. Por ello puede establecer pautas para preveer que se mantengan stocks, o de servicios a dar a los consumidores o referentes al uso de los signos distintivos. Asimismo, puede definir polìticas aracancelarias, financieras, tributarias, comunes para disminuir costos de la red.

El lìmite a estas conductas, està dado por una desviaciòn de la finalidad. Si la causa sistematica es el matenimieto de la red o la disminuciòn de los costos, todas las conductas del concedente pueden examinarse conforme a ese standard.

Si el poder de direcciòn se usa para una finalidad desviada, como por ejemplo para trasladar costos o riesgos a los concesionarios, es un supuesto de uso abusivo.

El control de la red se logra a travès de una serie de clàusulas que son "sospechosas" de abusividad, entre las que cabe mencionar las siguientes:

? Clausula de exclusividad de compra: obliga al franquiciado a adquirir una cantidad de bienes ùnicamente al franchisor, o bien a un proveedor indicado por este.

? Clausula de exclusividad de compra y de venta reciproca: obliga al franchisor a aprovisionarse unicamente del franchisee y a èste a adquirir y distribuir solamente dicha produccion.

? Clàusula de territorialidad simple: otorga al francisee un privilegio de suministros exclusivos en un area determinada, en la que no puede haber ningùn otro negocio similar creado por el dador.

? Clàusula de territorialidad reforzada: al concedèrsele la zona, se obliga al tomador a limitarse a ella, no pudiendo enviar vendedores a otras zonas.

? Clausula de precio uniforme: con el fin de lograr una homogeneidad de todos los integrantes de la red, se establece un mìnimo y un màximo, o bien directamente un precio obligatorio a fin de que todos los integrantes vendan al mismo precio.

? Clausula de mantenimiento de stock: obliga al distribuidor a adquirir una cantidad mìnima y permanente de bienes.

Tambièn es interesante la aplicaciòn del criterio antidiscriminatorio. Entendemos que debe considerarse implìcita una clàusula no discriminatoria: el organizador debe comunicar a todos los integrantes de la red las novedades y no discriminar a algunos miembros. Por ejemplo, si en una red de franquicias sale una nueva tecnologia y no se la prveen a uno de los franquiciados,

ello afectarìa la igualdad y serìa un trato discriminatorio[34]

IV) Efectos entre las partes: deberes de proteccion del sistema

1. La obligacion de contribuir al sostenimiento del grupo:

Con base en la causa asociativa del sistema de contratos, podemos encontrar un deber secundario de conducta consistente en el sostenimiento del grupo.

Ello ha sido declarado jurisprudencialmente en varios casos:

En los planes de ahorro se ha dicho que hay una relacion de "convivencia" entre los contratos, traducida en el comùn interès del buen èxito del mismo, el que està indisolublemente ligado al cumplimiento exacto puntual y riguroso de las obligaciones de cada uno" [35]

En el contrato de concesiòn se ha dicho que debe ser analizado con un "sentido funcional, es decir, sin perder de vista que es el componente de un conjunto de contratos idènticos celebrados por el fabricante para facilitar la existencia de nuevas bocas de expendio de sus productos para el mercado, formando parte de una red de distribuciòn integrada..." [36].

En los clubes de campo se ha indicado que "es necesario que los condòminos de los bienes comunes contribuyan al mantenimiento, conservaciòn y mejoramiento de estos ùltimos..." porque la adhesion de cada propietario "se propone dar vida a un resultado jurìdico que es la existencia y continuidad del mismo como institucion..."[37].

Con referencia al consorcio se ha señalado que para la soluciòn de los conflictos entre propietarios "debe tenerse en cuenta el interès de la comunidad, procurando que la soluciòn no beneficie a algunos propietarios en desmedro de otros"[38].

2. El aseguramiento del exito de la empresa comùn:

En algunos casos puede plantearse si existe una obligaciòn de asegurar el èxito del grupo.

Esta situaciòn puede darse principalmente en supuestos tales como el hipermercado de consumo. La empresa organizadora hace estudios de mercados, planifica un ordenamiento, hace publicidad, y todo lo que ella haga, o deje de hacer, repercutirà directamente en la suerte econòmica de las empresas locatarias del hipermercado.

Es perfectamente posible establecer la frustraciòn del negocio atendiendo a:

– la diferencia entre los estudios realizados, planificaciòn efectuada antes de la

34. KLEIDERMARCHER, Jaime, "Franchising- aspectos econòmicos y jurìdicos", Abeledo Perrot, 1993, pag 153.
35. C1RA CIV Y COM BAHIA BLANCA, SALA 1RA, LL.7.8.92.-.
36. CNCOM, Sala B, Cilam c. Ika Reanault
37. CNCIV SALA A., "Mapuche Country Club c. Lopez de Marsetti, Hebe", JA.1989-IV-202.
38. CNESP CIV Y COM SALA II, "Canzone de Traversa, Maria c. Consorcio de Prop. Suipacha", LL.1987.E.92.

instalaciòn del shoping y la realidad de ventas y circulacion de poblico en un determinado momento posterior.

– las situaciones en otros emprendimientos similares.

De tal modo, recurriendo a la costumbre del lugar, las exigencias de la naturaleza de la obligacion, el tiempo y otros factores concretos, se puede establecer una aproximaciòn a lo que la empresa debiò hacer y lo que realmente sucedio. La distancia entre un paràmetro y otro nos da una idea de la culpa (art. 512 CC).

Esta omision de diligencias exigibles repercute sobre la economìa de cada uno de los locatarios, ya que si hay menos gente en el shoping, habrà menos ventas.

De tal manera podremos encontrar un factor de atribuciòn de responsabilidad subjetivo y un nexo adecuado de causalidad.

Sin embargo, hay una pregunta previa:

¿Existe una obligaciòn de la empresa organizadora del hipermercado de garantizar que los locatarios tengan un nùmero de publico adecuado y ventas razonables, de modo que su incumplimiento culposo produzca la obligaciòn de indemnizar los daños causados?.

Normalmente la respuesta es negativa porque ello no encuadra dentro de las obligaciones que surgen de la locaciòn de cosas. Si alguien alquila un local comercial en una zona donde circula mucha gente, y luego la gente deja de ir, no hay una obligaciòn incumplida. El locador-propietario de un inmueble, no se obliga a garantizar un determinado nùmero de ventas o de publico en la zona donde està ubicado el inmueble.

Pero en el shoping hay un nexo asociativo que se adosa a las relaciones de cambio, de cesion de uso y goce que causa la locaciòn de cosas. Por esta razòn, se dijo en un fallo reciente, que no hay una obligaciòn de resultado ni de medios respecto del exito o funcionamiento del negocio del shoping center, pero que hay una suerte comun compartida, de modo tal que tal resultado no es indiferente[39].

Es evidente que la suerte es comùn, y de ahì la conexidad existente. Sin embargo, el buen o mal funcionamiento depende de todos los integrantes de la red, y no solo del organizador. De tal manera puede distinguirse:

– la actividad de cada uno de los integrantes de la red: por ejemplo, si los negocios que estàn en el shoping center no resultan atractivos, o tienen precios caros.

– la actividad de la empresa organizadora.

De tal manera que, salvo disposiciòn contractual no abusiva en contrario, la obligaciòn de la organizadora es desarrollar los medios conducentes para concretar la expectativa creada en la planificaciòn del emprendimiento comùn. Su incumplimiento culposo produce la obligaciòn de indemnizar los daños causados.

39. CNCiv., sala H, 22/9/94- Carrefour Argentina S.A. c. Kids And Co. S.R.L., LL, 31/5/95

3. Derecho a la estabilidad

Las redes tienen como caracterìstica su duraciòn, y de ello se sigue una vocaciòn de estabilidad en la relaciòn. Este elemento tipifica no sòlo los aspectos extintivos, sino tambièn el momento funcional.

Este derecho tiene su contracara en un deber de obrar de buena fe que se concreta en dos momentos:

? En la etapa de cumplimiento: no modificar intespestiva o injustificadamente el vinculo, de modo que ello lleve a su desnaturalizaciòn. En la jurisprudencia se han establecido reglas en este sentido diciendo que "El contrato de concesión impone a la empresa concedente el deber secundario de evitar todo aquello que pueda frustrar el fin de la concesión o perjudicar indebidamente a la otra"[40]: "... y en consecuencia (...) evitar (...) cualquier modificación de las condiciones operativas del contrato, aun cuando dependan de la voluntad exclusiva de la concedente, deben ser motivo de una comunicación al concesionario, pues de lo contrario la situación aparece como injusta y arbitratria..."[41].

? En la extinciòn: la necesidad de preavisar la extinciòn y no obrar de manera intespestiva, de modo de desbaratar los derechos de la otra parte.

4. El deber de trato igualitario

Cuando alguien puede establecer normas con eficacia general hacia terceros integrantes del grupo, como sucede en el contrato colectivo, en el contrato forzoso, en las condiciones generales de los contratos, o imponer costumbres obligatorias, con distinta intensidad y valor, su decisión impacta en el grupo y en la comunidad.

El juzgamiento del uso del derecho no puede ser mediante el examen de su interés, de la intención de dañar o de la culpa.

Necesariamente debe examinarse mediante la compatiblidad con los bienes públicos afectados y la noción de grupo.

Esta aparición de un derecho colectivo lo asemeja bastante a las facultades que tiene un legislador. También son similares los problemas puesto que tiene que compaginar intereses contrapuestos, tener una mirada global del universo a regular y examinar las consecuencias.

Por ello pensamos que, en el caso de analizar estas regulaciones, debe adoptarse un criterio particularmente estricto, adoptando el modelo de un buen legislador y exigiendo una previsibilidad mayor que la común en la contemplación del espectro de los resultados de las conductas normativas.

Podemos señalar, por los fundamentos predichos, que hay un principio democrático aplicable a la organización del mercado que resulta comunicable a toda "situación jurídica" que emana de la autonomía privada.

En particular, en las redes contractuales, surge con claridad la obligatoriedad del organizador de establecer reglas genèricas e igualitarias.

40. CNCom., Sala B, 14/3/83, *ED*, 104-182.

41. CNCom., Sala A, 31/10/89, "Barragán, Juan H. c/Grimoldi, La Marca del Medio Punto S.A.", *LL*, 1990-D-228

Por ejemplo, con relaciòn al contrato de concesiòn, se ha dicho que es una obligaciòn del concedente el trato igualitario para todos los concesionarios[42]. Ello no significa que todos sean iguales, sino que tengan igualdad de oportunidades, las que luego podràn ser aprovechadas desigualmente por cada uno de ellos.

TERCERA PARTE: Relaciones Externas

I) Efectos frente a terceros:

1. El problema

En los casos que examinamos, hay un conflicto respecto del efecto relativo de los contratos. Hay dos o mas empresas que actuan en red, celebrando contratos diferentes y autonomos respecto de un tercero. Hemos dicho que desde el punto de vista del cliente que recibe una satisfaccion a traves de dos o mas contratos, los mismos se presentan como relacionados, y que se han utilizado las nociones de dependencia reciproca y de condicion para justificar algunos efectos.

El problema que se presenta es complejo y se da en muchos vinculos contractuales, tanto de consumo como discrecionales:

– Cuando una persona contrata la compra una heladera en una firma y obtiene un credito en otra indicada por ella, celebra dos contratos autonomos: mutuo y compraventa. Si la cosa presenta algun vicio, podra deducir su accion, pero debera seguir pagando porque no podra plantear esa cuestion en el mutuo celebrado. Lo mismo sucede cuando se compra con tarjetas de credito.

– Una empresa importa maquinarias y para ello celebra un contrato de compraventa, otro de transporte, otro de seguro, otro de asistencia tecnica, y muchos otros, de modo que el proposito practico no es el funcionamiento autonomo, sino coordinado de todos ellos. Sin embargo, el momento de conceder acciones, el Derecho no considera ese entrelazamiento.

En el derecho argentino, en ausencia de una disposicion legal especifica se han ensayado diversos fundamentos.

2. Fundamentos juridicos

A) La dependencia y el control:

A1) El caso de las obras sociales y de las clinicas

En estos casos, se produce una clara actuacion en red: las obras sociales, las clinicas, los medicos, se aunan en la prestacion frente al paciente, sin formar por ello, una sociedad. Son vinculos independientes, y ello ha motivado que la doctrina y jurisprudencia se ocuparan de establecer las bases del debito de responsabilidad, de uno, por el obrar del otro.

42. HOCSMAN, "Contrato de concesiòn comercial", De. La Rocca, 1994.

En este sentido, sostiene BUERES I[43]que la noción de dependencia puede ser comprendida con sentido lato, y se verifica cada vez que se confiera al auxiliar una autorización para obrar; quien la imparte tuvo al menos un "ocasional" poder de elección y posee un "virtual" poder de control y de impartir órdenes al autorizado. El ejecutor del último tramo de prestación es auxiliar o dependiente. De ello se sigue que "cuando los poderes de elección, contralor. dirección, etc, se diluyen hasta un punto en que ni siquiera acudiéndose a una ficción pudiera concebírselos en su existencia, aunque más no fuera que de un modo virtual, el deber "reflejo" o "indirecto" de garantía que estimo es objetivo por el actuar ajeno, deja de ser tal y da paso o se transforma, en un deber juridico de seguridad, que funciona con carácter secundario de la prestación principal y cuya trasgresión genera una responsabilidad directa del deudor".

La jurisprudencia se ha orientado ha declarar la responsabilidad de la obra social por los hechos danosos que causan los medicos cuando son dependientes de ella o, cuando no siendo dependientes, participan de un listado cerrado. Si es "cerrado" la obra social debe responder por el incumplimiento de la prestación de salud a su cargo y que la obra social delego en determinados sanatorios y profesionales. La obra social se valió de terceros para ejecutar su obligación, siendo los sustitutos determinados por ella, obstándole al afiliado el camino de la opción [44].

A2) El caso del franquiciante:

El problema que se discute aquì es la responsabilidad del franquiciante por los hechos del franquiciado. Este supuesto encierra varias hipotesis disimiles, de las que recataremos una, que es particularmente ùtil para nuestros propòsitos.

En el caso especifico de la responsabilidad por daños, Kemelmajer de Carlucci se ha pronunciado por la afirmativa [45] señalando que "el control externo ejercido por el franchisor crea generalmente una relaciòn de subordinaciòn tècnica muy cercana a la dependencia que justificarìa la responsabilidad vicaria", y por ello no responde si no ha tenido ninguna posibilidad de contralor.

De tal modo, la dependencia y el control, son los fundamentos de la imputacion.

A-3- Dependencia tecnica: el caso del lavavajillas

En un caso jurisprudencial[46], se trataba de una persona que habia comprado un lavavajillas, el que, luego de un

43. BUERES, Alberto, "Responsabilidad de las clinicas y establecimientos asistenciales", De. Abaco. Tambien su voto en fallo primera instancia "Sachi de Reggie, Teresa c. Altman Canestri, Edgardo". LL- 1981-D-132. CNCIV SALA D. "MACKINSON,JORGE C. WILK, ALFREDO".LL.1983-B-554; idem en "ASTESIANO, ALBERTO C. POLICLINA BANCARIA 9 DE JULIO", LL.1985-C-638.- ; "Fernandez Russo, Miguel c. Hospital Jose Ramos Mejia". JA.-18-4-90.-; PESCIO, CESAR, 1 inst."SANCHEZ, PASCUAL C. MUNICIPALIDAD DE LA CAPITAL".LL-1986-A-435.

44. Ampliamos en ntro libro "La empresa medica", Rubinzal y Culzoni, 1997.

45. "Daños causados por los dependientes", Hammurabi, pag 87

46. Causa "Baskir" fallada por la CNCOM SALA B, public en LL.6.6.96

tiempo comenzo a producir algunas fallas pequenas. Al ser atendido por el servicio, se produjo una negligencia imputable a este ultimo, que trajo como consecuencia una inundacion en el departamento del actor.

El actor habia celebrado un contrato de locacion de servicios profesionales con el "service" y se habia producido un incumplimiento culposo de parte de este ultimo, que derivaba en su responsabilidad contractual. Sin embargo, demanda tambien al vendedor, con quien habia celebrado un contrato de compraventa, el que se hallaba cumplido perfectamente. No habia vinculacion entre ambos contratos porque:

– en el primero se trataba de una locacion de servicios y en el segundo de una compraventa.

– en el primero hay una obligacion de hacer y en el segundo una obligacion de dar.

– los obligados son personas juridicas distintas.

– solo existio un incumplimiento de la obligacion de hacer, pero no de la de dar.

Sin embargo, ocurrio en el caso que la empresa vendedora indicaba al cliente que para la atencion de cualquier desperfecto, debia recurrir al service indicado por ella. No existia en este caso una dependencia laboral del service respecto de la empresa vendedora, ni una sociedad ni vinculo asociativo. Solo existia un interes economico de ambos de contratar agrupadamente con los clientes, obteniendo asi beneficios mutuos.

Probablemente el service no tenia la solvencia necesaria para afrontar los danos sufridos por el actor, y por esta razon se demando al vendedor.

Para encontrar una vinculacion entre el vendedor y el service frente al cliente, la sentencia juzgo que habia una "dependencia tecnica".

3. La regla: mayor control, menor eleccion, mayor responsabilidad.

En los casos precedentes se observa que la libertad de eleccion de uno de los contratantes, es absorbida total o parcialmente por el otro:

– En los contratos medicos, cuando la obra social establece un sistema cerrado, limita la libertad de eleccion del paciente.

– En el caso del lavavajillas, el fabricante que indica un service determinado, limita la libertad del comprador de elegirlo.

– En el contrato de franquicia, el control es la esencia del vinculo, pero se transforma en dominacion cuando se absorben las facultades de eleccion del tomador de modo tal que frente al tercero, no hay distingos.

Puede establecerse entonces que, a mayor control ejercido una de las partes, hay una correlativa disminucion del poder de eleccion de la otra.

El aumento del control se hace normalmente, porque mejora la posicion economica y estrategica de una de las partes en el contrato, obteniendose asi beneficios. Naturalmente, estos beneficios deben ser complementados con los costos

asociados, y es alli donde ingresa la regla de responsabilidad.

Normalmente, el riesgo derivado del ejercicio de la libertad de eleccion es soportado por quien lo ejerce. Si una persona elige a un medico y se equivoca porque es uno de mala calidad, carga con el peso de esta decision erronea. Usualmente es una regla admitida[47] ya que hay buenos y malos oferentes, y la seleccion se opera mediante el intercambio de decisiones entre los individuos.

Cuando la obra social se interpone entre el paciente y el medico como agente financiero, puede absorber esta libertad de eleccion del paciente. El agente financiero del sistema advierte que no puede mantener esa libertad, porque el costo es demasiado alto. Si el paciente puede elegir entre todos los medicos que estan ofreciendo sus servicios, se produce un incremento de costos que la obra social no puede soportar. Consecuentemente limita el numero de oferentes de servicios, estableciendo una cartilla. De este modo limita sus costos, porque la cantidad de profesionales es controlable y puede celebrar arreglos contractuales con ellos, manteniendolos dentro de sus posibilidades economicas.

Esta es una circunstancia razonable dentro del esquema de funcionamiento de la Obra Social en el sistema legal actual.

La traslacion de la libertad de eleccion contractual desde el paciente hacia la obra social es clara, y tiene un efecto preciso, cual es la traslacion de los riesgos. No se puede absorber la libertad de eleccion sin asumir tambien los riesgos que ella acarrea.

De ello se sigue que si la obra social elige los oferentes y lo hace mal, ella debe soportar el riesgo. No se admite en cambio que el paciente pierda la libertad de eleccion en favor de la obra social y mantenga la carga de los riesgos, porque ello importa una falta de equilibrio en su relacion con la obra social.

B) Expectativa juridica y Deberes colaterales:

El mandato dado voluntariamente o la apariencia juridica creada frente a terceros es un factor imputativo. Se trata de una conducta del comitente presunto que ha permitido que se genere una expectativa frente al damnificado de buena fe[48].

Con mucha fuerza, señalada por Alterini[49], surge la responsabilidad del productor aparente, de quien pone la marca en un producto y crea una expectativa. Segùn Alterini, es el riesgo-provecho que obtiene alguien de esa apariencia, el fundamento mediato de la imputaciòn.

B1) La ley de proteccion de los consumidores

En el articulo 40 de la ley 24240, se preveia la solidaridad de todos los integrantes de la cadena de comercializacion, lo que fue vetado por el Poder ejecutivo nacional.

47. FRIED, Charles, "Contract as a promise. A Theory of contractual obligation", Harv. Univ Press, 1981.
48. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, op cit, pag. 93
49. Alterini Atilio, "Responsabilidad objetiva derivada de la generaciòn de confianza", en "Derecho de Daños", 539

No obstante ello, muchas obligaciones de origen legal, son imputadas a varios sujetos integrantes de la red. Asi,en la definicion misma del articulo primero, quedan obligadas: "todas las personas fisicas o juridicas que en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios".

Con referencia al deber de informar, el artìculo 4 obliga a quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios".

El articulo 5 establece que las cosas y los servicios deben suministrados o prestados...de forma tal que no presenten peligro. El articulo 6 dispone que las cosas y servicios cuya utilizaciòn pueda suponer un riesgo, deben comercializarse observando los mecanismos,instrucciones...paara garantizar la seguridad de los mismos".

Ello da lugar a que muchos deberes colaterales, puedan ser imputados a diversos integrantes de la red, con fundamento en la legislacion mencionada, y que pueden ser una fuente de responsabilidad hacia terceros.

Veamos los ejemplos.

B2) Expectativa juridica creada:El caso de los hipermercados

En este ambito es particularmente interesante la problematica suscitada en relacion a los hipermercados, que examinaremos seguidamente.

Es habitual que la empresa organizadora del hipermercado actùe como agente de todos los integrantes del mismo para la contrataciòn de un seguro contra los daños sufridos por incendios o robos. En este caso asume voluntariamente un deber de prevision y de proteccion respecto de quienes son locatarios. Este debito no fluye naturalmente del contrato de locacion ni esta contemplado en el derecho supletorio (normativa del Codigo Civil referida a los contratos de locacion). La racionalidad economica no se basa en un contrato de locacion, sino en una pluraridad de ellos, ya que la empresa, al actuar como agente de numerosos locatarios frente al asegurador, obtendra precios mas baratos en el contrato de seguro de incendio. En muchos supuestos, el asegurador impone como contrapartida, la adopcion de medidas de seguridad, que no son tomadas por los locatarios, sino por la empresa organizadora.

Llegados a este punto, se puede observar con claridad que la empresa ha asumido obligaciones de prevencion e incendio y de contratacion del seguro correspondiente, que no forman parte normal del contrato de locacion. Se trata sin embargo de una conducta que da lugar a una expectativa juridica (arts 919 y 1146 Codigo Civil Arg) en virtud de la cual, tanto los locatarios como el asegurador, esperan que la empresa se ocupe de la prevision y del aseguramiento.

Existe aqui la asuncion voluntaria de un deber colateral de prevision.

En otros casos, se han deducido deberes colaterales respecto de terceros de origen legal. Es el caso de la responsabilidad de la empresa organizadora del hipermercado por los hurtos de automòviles que ocurren en las playas de estacionamiento, y que ha dado lugar a soluciones contradictorias.

Advièrtase la complejidad del problema: una persona va a comprar una corbata a un negocio del hipermercado y deja el automòvil en la playa de estacionamiento, la que es ofrecida por la empresa en forma gratuita. Podrìa decirse que celebrò dos contratos, uno de compraventa y otro de depòsito, o bien que celebrò uno de compraventa que lleva conexo el ofrecimiento de la playa de estacionamiento, o bien que celebrò un contrato de compraventa y no hay ninguna relaciòn con la empresa organizadora del shoping y propietaria de la playa.

En un caso[50] el Tribunal entendiò que en la situación examinada, el ingreso y egreso de los rodados era libre y gratuito, y se estacionaba en el lugar elegido durante el tiempo deseado. El usuario cierra su rodado conservando las llaves, al egresar no existe control ni verificación. En su opinión, no se dan las circunstancias caracterizantes del contrato de garaje y no puede sostenerse que haya mediado depósito civil, habida cuenta de que no medió entrega de la cosa al supuesto depositario, con el fin de que éste asuma la obligación de guarda sobre ella o de restituirla en el mismo estado (arts. 2182 y 2190, Cód. Civ.).

En otro caso la soluciòn fue distinta[51], porque se entendiò que la absoluta falta de control en la entrada y salida de los vehículos en realidad constituye una negligencia por parte de la empresa organizadora.

No hay contrato entre el consumidor y el organizador del shopping center referido a la playa de estacionamiento. Sin embargo, èsta es ofrecida por la empresa para facilitar la compra, para inducir a ella, para marcar diferencias con la competencia.

De tal modo estamos en la antesala de un contrato, en el que se plantean dos opciones legales. Puede señalarse que se trata de una conducta social tìpica que produce una responsabilidad "antecontractual", o bien que es parte de una oferta compleja efectuada por el organizador. En ambos casos, la soluciòn es la misma, en la medida en que existe una obligaciòn de seguridad, sòlo que en el primer caso serìa extracontractual, mientras que en el segundo es contractual. Sin embargo, con cualquiera de las dos fundamentaciones caerìa dentro de la ley de protecciòn de los consumidores y usuarios (ley 24240).

En todos estos casos puede advertirse que existen deberes colaterales: de informacion, de prevision, de proteccion, y otros, que con fundamento en la proteccion del consumidor o en la expectativa juridica creada, se imponen a quien no es contratante directo, sino integrante de una red de prestacion.

C) Existencia de una condicion tacita:

En otros casos, puede encontrarse el fundamento en la existencia de una condicion tacita.

50. Cám. Nac. Com., sala B, "Argos Cía. Argentina de Seguros Generales S.A. c/ Carrefour Argentina S.A.", J.A., 1992-II-59

51. Cám. Nac. Com., sala E, "Inca S.A. Cía de Seguros c/ Carrefour Argentina S.A.", 28-10-91, J.A. 1992-II-60

Es cierto que habitualmente, las partes no celebran expresamente estos pactos, pero tambien lo es que la condicion puede surgir tacitamente cuando aparece con suficiente seguridad que tal ha sido la intencion de las partes[52].

Habra que estar entonces a la interpretacion de la voluntad de las partes para determinar si la reciprocidad o la condicion han sido consideradas como modalidades de los contratos celebrados.

3. Efectos

En cuanto a los efectos que produciria la referida reciprocidad, son de interpretacion restrictiva, puesto que son una excepcion a la regla del efecto relativo de los contratos. Entre ellos, en el derecho comparado se han senalado los siguientes:

– las viscisitudes que afectan a un contrato (invalidez, ineficacia, resolucion), puede repercutir sobre otros.

– el pacto comisorio o la excepcion de incumplimiento contractual podrian ser invocados si uno de los contratos no ha sido cumplido.

– la accion directa en materia de responsabilidad.

4. Situaciones juridicas abusivas

En numerosas redes contractuales se pueden crear mercados cautivos lesivos del ejercicio de facultades de individuos. Ello es frecuente en grupos de ahorro y prestamo, tarjetas de credito, sistemas de medicina prepaga, agrupamientos contractuales de propietarios de propiedad horizontal, clubes de campos, o sistemas de tiempo compartido.

La conexidad contractual puede dar lugar a la creacion de un cumulo de derechos que permiten una accion concertada. Cuando ello es impeditivo o limitativo de las facultades de otro contratante, puede dar lugar a situaciones juridicas abusivas, con la consiguiente aplicacion de la sancion juridica frente al acto abusivo[53].

5. Conexidad contractual y obligaciones conexas o concurrentes:

En muchos casos, fundado en la responsabilidad por daños, el legislador imputa a una cadena de responsables. En el caso de la locacion de obra, pueden responder el locador, y otros sujetos, pero se trata de obligaciones concurrentes. Las obligaciones conexas se caracterizan porque hay un mismo acreedor, una identidad de objeto pero varios acreedores cuyas obligaciones tienen distintas causas. La accion de repeticion entre ellos se funda en esa causa[54].

Aunque se denominan tambien conexas, se trata de un elemento que afecta a las obligaciones y no directamente a los contratos.

52. CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, "Derecho de las Obligaciones", Lep, 1975, t II, pag 188.

53. Ampliamos en .LORENZETTI, Ricardo, "Nuevas fronteras del abuso del derecho-Situaciones juridicas lesivas de libertades. Tutela del mercado y amparo", LL.1995-E-593.

54. CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, "Derecho de las obligaciones", Lep, t.2, pag. 80; LLAMBIAS, JJ, "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", Abeledo Perrot, Bs.As., 1982, T II-A- pag 589.

II) Efectos frente al mercado: Las redes y el derecho de la competencia

El Mercado, en un sentido amplio, es "cualquier conjunto de mecanismos mediante los cuales los compradores y vendedores de un bien entran en contacto para comerciarlo" . Mas especificamente, es un modo de asignacion de recursos escasos, que se basa en el intercambio voluntario de los mismos, producido por los agentes economicos a traves de la oferta y la demanda. El Mercado se presenta entonces, como un instrumento de planificacion economica descentralizada. El esquema distributivo final no es previsto ex ante, como en la planificacion centralizada, sino que surge ex post, como derivado de la interaccion compleja de conductas economicas. En virtud de ello, tiene como caracteristica metodologica, su flexibilidad a los cambios ya que es hipersensible a las influencias internas o externas, y ademas, que la distribucion final esta sometida a riesgo, siendo impredecible.

De alli surge un elemento esencial: el precio es un dato objetivo, externo a la actividad empresaria; no se lo conoce de antemano ni se lo puede determinar.

Es natural que los agentes economicos intenten disminuir este riesgo. Por esta razon pueden constituir grupos fuertes que se impongan a los debiles y disminuyan la competencia, y por lo tanto aseguren algunas de las variables que escapan normalmente a su control. En este sentido, el monopolio surge cuando el unico vendedor de un producto o servicio puede imponer precios; el monopsonio se presenta cuando hay un unico comprador. En ambos casos, al existir un unico oferente o demandante, existe un poderio que distorsiona el funcionamiento del mercado.

En otros casos, se realizan acuerdos para fijar precios, ganancias, o bien limitar la produccion para generar escasez y, consecuentemente mayor demanda e incremento de precios. Estos son acuerdos colusorios en tanto limitan la competencia entre las empresas y perjudican el libre funcionamiento del mercado[55].

Las redes pueden ser vistas como acuerdos para la violaciòn de las reglas que protegen la libre competencia. Este tema ha surgido principalmente en relaciòn a la franquicia, porque es lel sistema de redes que exhibe mayor grado de integraciòn.

Planteado el problema, examinaremos primero las prohibiciones y luego si las redes constituyen violaciones a las mismas.

1. Las conductas punibles

La ley 22.262 de defensa de competencia de1.980, tutela el "interes economico general" (art. 1ro. in fine), y prohibe "los actos o conductas relacionadas con la produccion e intercambio de bienes y servicios, que limiten, restrinjan o

55. Sobre la competencia conf: CABANELLAS, Guillermo, "Derecho antimonopolico y de defensa de la competencia", Heliasta, Bs.As. 1983; REYES y otros, en "Derecho de la competencia", Revista de Derecho Industrial, enero-abril, 1993, Depalma, Bs.As; RIPPE, Siegbert, "El derecho de la competencia en el Mercosur", public en "Mercosur-balances y perspectivas- IV Encuentro Internacional de Derecho para la America del Sur", Fundacion de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, pag 255; HOLZ, Eva, "Mercado y Derecho", Fundacion de cultura Universitaria, Montevideo, Montevideo, 1993, ULHOA COELHO, Fabio, "Direito Antitruste brasilerio", Saraiva, 1995.

distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posicion dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interes economico general". Aclarando este concepto señala (art.41), "...que una persona goza de una posicion dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de productos o servicio es la unica oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la unica, no esta expuesta a una competencia sustancial". Asimismo, indica (art. 41 inc. b) que "dos o mas personas gozan de posicion dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional, o en una parte de el". La ley (art. 41) indica como conductas punibles: fijar, determinar o hacer variar los precios en un mercado; limitar o controlar el desarrollo tecnico o las inversiones destinadas a la produccion, distribucion o comercializacion de los mismos; establecer las condiciones de venta y comercializacion, cantidades minimas, descuentos y otros aspectos de la venta y comercializacion; subordinar la celebracion de contratos a la aceptacion de prestaciones u operaciones suplementarias ajenas a esos acuerdos; celebrar acuerdos entre competidores distribuyendo zonas o mercado; impedir el acceso a competidores; negarse a satifacer pedidos; imponer discriminaciones en la compra o venta de bienes; destruir producciones; abandonar cosechas; comunicar a los competidores precios o condiciones de venta."

La sola lectura de estas disposiciones muestra que las redes constituyen sistemas que pueden producir los efectos que la norma prohibe.

2. Las redes de franquicia

La red de franquiciantes podrìa ser considerada como un acuerdo para fijar un precio, o controlar la distribucion y comercializacion de bienes y servicios o para la distribucion de zonas. No obstante lo expuesto, en general se considera que las redes de franquicia no producen por su sola existencia una violaciòn del derecho de la competencia.

Ello es asì porque:

? no se trata de un acuerdo entre competidores, porque la franquicia se conforma cuando un negociante exitoso intenta reproducirlo incorporando a otras personas que no eran comerciantes competidores[56].

? el sistema de franquicia no es un grupo, sino una red, lo que implica que no es una fusion sino una cantidad de contratos conectados. La conexidad contractual se da en virtud de una finalidad económica general que los relaciona, pero no es un acuerdo cuya finalidad sea anticoncurrencial.

? La red en sì misma no impide la existencia de otros oferentes en el mercado.

Estos sòlidos argumentos inhiben la posibilidad de calificar a la red como un monopolio o un acuerdo colusorio. Sin

56. Manago, Jose Antonio, Franchising y defensa de la competencia, La Ley, 16/6/93

embargo, pueden existir distorsiones, efectuadas a travès de clàusulas, que den origen a violaciones.

3. Clausulas que lesivas del derecho anticoncurrencial

En el derecho comparado la jurisprudencia se ha orientado al anàlisis de clàusulas o acuerdos en particular, efectuados por los integrantes de la red, o impuestos por quien la organiza, y que resultan lesivos del derecho anticoncurrencial.

Uno de los aspectos màs importantes es el acuerdo de fijaciòn de precios. Habitualmente es una decisiòn del organizador de la red que sugiere, o impone, directa o indirectamente el precio final. – En favor de la legitimidad de esta decisiòn se señala que es un derecho del franquiciante porque se trata de bienes de su autoria, invencion o propiedad industrial o intelectual, y puede fijar su valor. Ademas, el establecimiento de "un precio asegura su uniformidad en los distintos puntos de la cadena, lo que la hace aparecer como seria."[57]

Otra de las cuestiones es la relativa a la organizaciòn geogràfica de la red, que puede ser vista como un reparto de mercados. En favor de la legitimidad de la red, se ha dicho que la conformaciòn no importa un acuerdo colusorio, porque se hace una oferta al publico indeterminado, con disponibilidad de zonas, y quienes ingresen al sistema van ocupando los espacios disponibles de acuerdo a su eleccion y segun su propia conveniencia, no pudiendo el franquiciante obligarlo a ocupar una zona determinada. De ello surge que en el sistema de franchising no existen acuerdos o acciones concertadas para distribuir, entre competidores, zonas que el franquiciante determina en su cadena, sin intervenir en los negocios de la competencia ni celebrar acuerdos espureos de manipulacion del mercado.

En el àmbito de la Union Europea[58], existe el conocido caso "Pronuptia de Paris GmbH, Frankfurt am Main vs. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, Hamburg" del 28 de enero de 1.986, en el cual la Corte de Justicia de la Comunidad Europea fue llamada a decidir sobre la interpretacion del art. 85 del Tratado de Roma y del Reglamento 67/67 de l22 de marzo de 1.967 dictado por la Comision de las Comunidades Europeas, concerniente a la aplicacion del art. 85, parr. 3ro. del Tratado, a ciertas categorias se trataba de una franquicia de distribucion. El litigio se planteo entre la sociedad Pronuptia de Paris, de Franckfurt, filial de una sociedad francesa del mismo nombre, y la señora Schillgallis, de Hamburgo, que explotaba un negocio bajo la enseña "Pronuptia de Paris". El litigo se centro en la obligacion por parte del franquiciado de pagar al franquiciante con efecto retroactivo un porcentaje sobre sus cifras de ventas. El tribunal estableciò que:

– "las clausulas que resulten indispensables para evitar que el "saber

57. Manago, Jose Antonio, op cit.

58. RUIZ PERIS, Juan Ignacio "EL CONTRATO DE FRANQUICIA Y LAS NUEVAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA", Editorial Cívitas, Madrid, 1991.

hacer" transmitido (know-how) y la asistencia aportada por el franquiciante sean aprovechadas por la competencia, no constituyen practicas restrictivas de la competencia en el seno del art. 85, parr. 1ro."

– las clausulas que organizan el control indispensable para preservar la identidad y reputacion de la cadena que esta simbolizada por la enseña, no consituyen de ningun modo restricciones a la competencia en el sentido del art. 85 parr. 1ro.

? "las clausulas que representen una division y reparto de los mercados entre franquiciante y franquiciado, o entre franquiciados, constituyen restricciones a la competencia en la interpretacion de la misma norma;"

Este enfoque, a nuestro juicio correcto, parte de la premisa de que la red no es por su sola existencia violatoria del derecho protectorio de la competencia en el mercado. Sobre esta base, hay que examinar claùsulas especìficas que como, las que de acuerdo de precios, constituyen restricciones a la libre competencia.

Una de las estipulaciones del contrato de franquicia que ha provocado litigiosidad en cuanto a su ilicitud a la luz de la normativa "antitrust" es aquella que permite al franquiciador seleccionar a los franquiciados, ya sea en base a determinados criterios previamente establecidos o al mero acuerdo del franquiciador e incluso de los franquiciados existentes en el área geográfica. Este tipo de cláusulas han sido analizadas por la jurisprudencia "antitrust" norteamericana como un supuesto de negativa de venta o negativa a contratar, considerando por tanto legìtimas. Sólo en aquellos casos en que la negativa es parte de un boycot, que tenga como finalidad excluir una firma del mercado, estarán prohibidas[59].

Otro de los tipos de estipulaciones que plantean dudas acerca de su licitud en el contrato de franquicia son las que determinan un reparto geográfico de mercados entre los distintos franquiciados y aun entre éstos y el franquiciador con el consiguiente reparto de la clientela. La jurisprudencia norteamericana ha considerado la legitimidad de este tipo de cláusulas si persigue la protecciòn de los los signos distintivos del franquiciador que el franquiciado usa en su establecimiento, porque exigir al franquiciado vender solamente los productos designados por el franquiciador o prohibirle vender productos no compatibles, dada la necesidad de preservar el interés legítimo de éste al mantenimiento del crédito de una marca.

59. CFr. "Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores Inc.", 359 US 207, 79 S. Ct. 705, 3 L. Ed. 2d 741 (1959)

Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático

Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional

*Robert Alexy**, *Kiel – Alemanha*

Tradutor: Dr. Luís Afonso Heck – Prof. na UFRGS e ULBRA

RESUMO

O artigo ocupa-se primeiro com os três problemas dos direitos do homem. Depois, trata do conceito de direito do homem e, por fim, analisa, em conjunto, os direitos fundamentais, a democracia e a jurisdição constitucional.

SUMÁRIO

I. *Os três problemas dos direitos do homem.*
  1. *Os problemas epistemológicos.*
  2. *Os problemas substanciais.*
  3. *Os problemas institucionais.*
II. *O conceito de direito do homem.*
  1. *Direitos universais.*
  2. *Direitos morais.*
  3. *Direitos preferenciais.*
  4. *Direitos fundamentais.*
  5. *Direitos abstratos.*
III. *Direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional.*
  1. *Quatro extremos.*
  2. *Três modelos.*
  3. *Representação política e argumentativa.*

Passaram-se, hoje quase no dia, exatamente 50 anos desde que a Assembléia Geral das Nações Unidas votou a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 10 de dezembro de 1948. Nisto, não se tratou de alguma das numerosas resoluções das Nações Unidas. Norberto Bobbio qualificou acertadamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem como a "até agora maior prova histórica para o 'consensus omnium gentium' com respeito a um sistema de valores determinado".[1] Que se tratava de um consenso sobre valores fundamentais de significado eminente estava claro ao 48 Estados então representados na Assembléia Geral. O preâmbulo exprime isso impressionantemente pelo fato de qualificar os direitos do homem "como o ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações". Com isso, estão claramente

* Palestra inaugural da comemoração dos cem anos da Faculdade de Direito da UFRGS, proferida no dia 9 de dezembro de 1998 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS.

1. Norberto Bobbio, Das Zeitalter der Menchenrechte, Berlin 1998, S. 9.

duas qualidades fundamentais dos direitos do homem desde o início diante dos olhos: os direitos do homem são um ideal universal.

I. Os três problemas dos direitos do homem

Uma apresentação tão pretenciosa como um ideal universal deve suscitar, forçosamente, de modo direto, numerosas questões e a literatura, desmesurada para os direitos do homem, mostra que isso de nenhuma maneira é somente uma suposição. Os problemas que estão unidos com os direitos do homem deixam-se dividir em três grupos.

1. Os problemas epistemológicos

Ao primeiro grupo pertencem os problemas *epistemológicos*. Neles, trata-se da questão se e como os direitos do homem podem ser conhecidos ou fundamentados. Podem os direitos do homem, em verdade, ser conhecidos objetivamente ou o consenso de 10 de dezembro de 1948 foi somente uma concordância contingente, condicionada pelos horrores de ambas as guerras, de opiniões subjetivas, o que iria significar que aquele consenso, com a mudança dessas opiniões, perderia todo significado? Este é o lugar da objeção de Alasdair MacIntyres citada com freqüência: "There are no such rights, and belief in them is one with belief in witches and in unicorns:"[2] Com isto, o primeiro problema está diante dos olhos: podem, em verdade, qualquer direitos do homem ser justificados ou fundamentados racionalmente? Apesar de seu caráter filosófico esse problema tem, de todo, significado prático. Assim que o consenso em questões de direitos do homem vacila, a possibilidade de alegar fundamentos para elas ganha em significado. Enquanto todos acreditam firmemente nos direitos do homem a sua fundamentação é um problema meramente teórico; ele se torna tanto mais prático quanto mais forte cresce a dúvida fundamental.

2. Os problemas substanciais

Os problemas do segundo grupo nascem assim que se põe de acordo sobre isto, que direitos do homem devem ser reconhecidos. Surge então a questão, que direitos são direitos do homem. Este é o problema *substancial* dos direitos do homem. A Declaração Universal dos Direitos do Homem contém nos artigos 1 até 20 os direitos de liberdade e igualdade clássicos como eles, no *Virginia Bill of Rights*, de 12 de junho de 1776, no primeiro catálogo de direitos fundamentais amplo, são indicados. O artigo 21 regula a participação na formação da vontade política. Também isso está na tradição liberal e democrática do *Virginia Bill of Rights*. Mas então começa um novo capítulo. O artigo 22 promete "segurança social" e "direitos econômicos, sociais e culturais", o artigo 23 normaliza um direito ao trabalho, a "condições de trabalho apropriadas e satisfatórias assim como à proteção contra desemprego", o artigo 24 concede um direito ao "descanso e tempo livre", o artigo 25 dá a cada homem um "direito a um nível de vida que garanta saúde

2. Alasdair MacIntyre, After Virtue, 2. Aufl., London 1985, S. 69.

e bem-estar seu e de sua família, inclusive a alimentação, vestuário, moradia, a assistência médica e as prestações necessárias da assistência social", o artigo 26 estabelece o direito à educação e o artigo 27 coroa tudo isso com o direito "de participar livremente na vida cultural da comunidade, de alegrar-se com as artes e de ter parte no progresso científico e do seu benefício". Com isso, os direitos do homem sociais - muitas vezes, também, chamados direitos do homem de segunda geração - encontraram aceitação plenamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Estão eles, todavia, também fundamentados em medida igual como os direitos liberais da primeira geração? Tem eles a mesma força? Sobre isso existe discussão. Muito mais discussão existe sobre a questão se aos direitos de primeira e segunda deve ser adicionada ainda uma família de direitos de terceira geração. São considerados como tais, sobretudo, direitos de Estados, povos ou grupos ao fomento do desenvolvimento.[3] Finalmente, existe a possibilidade de pôr em jogo aspectos ecológicos. Poder-se-ia assim, se não se quer embrulhar todo o novo sem classificar, chegar a uma quarta geração ou dimensão. A discussão, ademais, não só trata do que deve ser incluído na lista dos direitos do homem. Ela desencadea-se, sobretudo, em volta da questão de como devem ser ponderados as diferentes gerações ou dimensões. Um exemplo para uma tal discussão é a polêmica durante toda a guerra fria entre o Oeste e o Leste sobre isto, se o primado corresponde aos direitos do homem liberais ou sociais. As linhas de frente removeram-se hoje mas a estrutura lógica da polêmica permaneceu igual.

3. Os problemas institucionais

O terceiro problema principal dos direitos do homem é o da sua *institucionalização*. Também aqui vale a pena a leitura da Declaração Universal dos Direitos do Homem. O artigo 28 é, à primeira vista, uma prescrição peculiar. Ele diz que todo o homem tem um direito "a uma ordem social e internacional na qual os direitos e liberdades mencionados na presente declaração podem ser realizados". Isso pode ser compreendido como direito à institucionalização. Como mera declaração, um catálogo de direitos do homem permanece sem efeito. Os direitos do homem devem ser transformados em direito positivo para que seu cumprimento esteja garantido. O preâmbulo manifesta isto claramente quando ele diz que "é essencial proteger os direitos do homem pelo domínio do direito". Existem dois planos principais da institucionalização, o nacional e o internacional. Ambos podem, dentro de si, ser divididos, novamente, muitas vezes. Assim, existe em um sistema federal nacional dois planos. Ademais, o plano nacional e o internacional estão hoje estreitamente entrelaçados um com o outro, o que se mostra, por exemplo, no fato de que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966, foi transformado em direito intra-estatal por numerosos Estados.

3. Comparar K. J. Partsch, Das Recht auf "internationale Solidarität" - ein neues "Menchenrecht der dritten Generation"?, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1980, S. 511 f.; E. Riedel, Menchenrechte der dritten Generation, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1989, S. 12 ff.

É impossível atravessar todos os três círculos de problemas, aqui, também, somente uma parte vastamente. Eu irei concentrar-me, por conseguinte, no problema institucional e, com isso, limitar-me ao quadro nacional. O significado da proteção aos direitos do homem internacional não pode, sem dúvida, ser sobrestimado. Sem a concretização dos direitos do homem por meio dos Estados particulares, o ideal do qual fala o preâmbulo, todavia, jamais pode tornar-se realidade. Também nisso vale o princípio da subsidiariedade.

A concentração sobre a institucionalização em Estados particulares é, sem dúvida, não mais do que a possibilidade ou facilidade de um primeiro passo. É de todo indiferente onde se começa nos direitos do homem, sempre se chega a todos os problemas. Assim, a solução da questão institucional está unida estreitamente com a da substancial. Quem reconhece catálogos amplos com direitos de todas as gerações será muito aplaudido em certas discussões. Para isso, ele precisa aceitar problemas na institucionalização, porque vale a tese de que os direitos do homem são tão mais difíceis de concretizar quanto mais eles prometem. Mesmo entre o plano epistemológico e o institucional existem conexões mais estreitas. Quanto melhor direitos do homem são fundamentados, tanto mais legítima é a sua concretização internacional por força. Os direitos do homem formam, assim, com todos os seus problemas, um sistema.

Para chegar a este sistema, do lado institucional, deve ser efetuado, primeiro, uma determinação do conceito de direito do homem. Nisso, a necessidade de sua transformação em direitos fundamentais jurídico-positivamente vigentes irá resultar como que por si mesmo. Em um segundo passo eu quero, então, mostrar quais problemas nascem disto para o princípio democrático. No fim, eu espero poder mostrar uma solução que impeça uma autodestruição da idéia dos direitos do homem por meio de uma contradição interna.

II. O conceito de direito do homem

Os direitos do homem distinguem-se de outros direitos[4] pela combinação de cinco marcas. Eles são direitos (1) universais, (2) morais, (3) fundamentais, (4) preferenciais e (5) abstratos.

1. Direitos universais

Da universalidade já se tratava na caracterização dos direitos do homem como ideal universal. Agora, este conceito deve ser determinado mais pormenorizadamente. Um primeiro aspecto da universalidade é a universalidade dos titulares e destinatários. Aqui, deve ser lançado somente um olhar sobre os titulares.[5]

A universalidade da titularidade consiste nisto, que direitos do homem são direitos que cabem a todos os homens. A determinação do círculo dos titulares causa vários problemas, dos quais dois devem aqui interessar. O primeiro resulta do emprego do conceito de homem. A delimitação mais clara se obtém quando se define este conceito biologicamente. Ao contrário, é objetado que isso é uma especificidade que se aproxima do racismo.[6] Essa objeção não vê, todavia, que no emprego do conceito biológico do homem para a delimitação do círculo de titulares se trata somente do *conceito* de direito do homem, não, porém, de sua *fundamentação*. Se os fundamentos melhores falassem a favor disto, de conceder determinados direitos, por exemplo, à vida, a animais em igual proporção como aos homens, então o direito à vida, *como direito do homem*, estaria caduco e deveria ser criado novamente, por exemplo, como "direito da criatura" com círculo de titulares alargado.

O segundo problema nasce disto, que então, quando se considera o conceito biológico do homem, somente homens como indivíduos podem ser titulares de direitos do homem. Contra isso poder-se-ia objetar que existem, todavia, bons fundamentos para isto, de atribuir também a grupos, comunidades e Estados determinados direitos, por exemplo, direitos à existência, identidade ou desenvolvimento. Novamente deve ser acentuado que aqui não se trata da fundamentação de quaisquer direitos, senão somente de uma formação de conceito adequada. Grupos, comunidades e Estados compõem-se, sem dúvida, de homens mas não são homens. O que concerne ao conceito de direito do homem, assim, não causa problemas, de um direito do homem do particular falar depois que seu grupo, sua comunidade ou seu Estado é protegido na existência, na identidade ou no desenvolvimento. O titular de tais direitos, que têm a integração do particular em sua comunidade como objeto e fundamento, permanece o homem particular. Trata-se, em tais direitos, de um alargamento dos direitos individuais à existência e desenvolvimento da personalidade na dimensão da comunidade. As coisas, porém, modificam-se quando, como titulares desses direitos, aparecem o grupo, a comunidade ou o Estado. Podem existir bons fundamentos para tais direitos, mas eles deveriam ser qualificados como o que são, ou seja, como "direitos de grupo", "de comunidade" ou "de Estado". Isso tem, sem dúvida, a desvantagem de que, para os defensores de tais direitos, se perde o som bonito da expressão "direitos do homem". Mas, para isso, nasce clareza. Ademais, permanece possível fundamentar direitos de coletividades como *meio* para a realização de direitos do homem. Tudo isso aguça a vista para isto, que direitos coletivos não degenerem em direitos de funcionário. Por fim, trata-se disto, de, com todo "o estar relacionado à comunidade e o estar vinculado à comunidade",[7] ater-se à proteção do particular como intenção original dos direitos do homem. Isso não exclui cimentar na constituição direitos coletivos - como, por exemplo, também a proteção de bens coletivos - . Todos os direitos do homem merecem, como ainda deverá ser mostrado,

4. Para o conceito do direito (subjetivo), comparar R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1996, S. 171 ff.
5. Para a universalidade dos destinatários, comparar R. Alexy, Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Stefan Gesepath/Georg Lohmann (Hg.), Philosophie der Menschenrechte, Frankfurt a.M. 1998, S. 248.
6. Comparar C. S. Nino, The Ethics of Human Rights, Oxford 1991, S. 35.
7. BVerfGE 4, 7 (15 f.).

proteção jurídico-constitucional, mas não tudo que merece proteção jurídico-constitucional deve ser um direito do homem. Basta que ele, para falar como Rawls, faça parte do "constitutional essentials".[8] Com o auxílio deste conceito o uso inflacionário da expressão "direito do homem" pode ser limitado, que não faz bem à matéria dos direitos do homem.

2. Direitos morais

A segunda qualidade essencial para os direitos do homem é que eles são direitos morais. O conceito de direito moral é ambíguo. Aqui ele deve ser empregado como conceito contrário para o conceito de direito jurídico-positivo. Direitos jurídico-positivos nascem - como todas as normas do direito positivo - por atos de disposição, por exemplo, por contrato, poder constituinte, lei aprovada ou uma prática judicial ou social e dependem em sua existência - novamente como todas as normas do direito positivo - disto, se eles obtêm e mantêm um mínimo de eficácia ou oportunidade de eficácia social.[9] Direitos morais podem, simultaneamente, ser direitos jurídico-positivos, sua validez, porém, não pressupõe uma positivação. Para a validez ou existência de um direito moral basta que a norma, que está na sua base, valha moralmente. Uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada.[10] Direitos do homem existem, com isso, exatamente então quando eles, no sentido apresentado, podem ser justificados perante cada um. À *universalidade da estrutura* dos direitos do homem, que consiste nisto, que eles são, fundamentalmente, direitos de todos contra todos, cabe, com isso, uma *universalidade de validez* que é definida por sua fundamentabilidade perante cada um que aceita uma fundamentação racional.

3. Direitos preferenciais

Apesar de seu caráter moral, direitos do homem estão em uma relação íntima com o direito. Se existe um direito moral, portanto, fundamentável perante cada um, por exemplo, à vida, então também deve existir um direito, fundamentável perante cada um, à concretização daquele direito. Se se quer evitar guerra civil entra em questão, como instância de concretização, somente o Estado. O direito moral à vida implica, portanto, um direito moral à proteção por direito positivo estatal. Nesse sentido, existe um direito ao Estado, mais sucintamente, um direito moral ao direito positivo. A Declaração Universal dos Direitos do Homem manifesta isto, como já observado, muito bem em seu preâmbulo e no artigo 28.

O direito do homem ao direito positivo não é um direito do homem ao direito positivo de qualquer conteúdo, senão a um direito positivo que respeita, protege e fomenta os direitos do homem, porque é exatamente o asseguramento dos direitos do homem que fundamenta o direito do homem ao direito positivo. A observação aos

8. Comparar J. Rawls, Political Liberalism, New York 1993, S. 227 ff.

9. Comparar para isso, R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 2. Aufl., Freiburg/München 1994, S. 147 f.

10. Comparar para isso, R. Alexy, Diskurstheorie und Menchenrechte, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt a.M. 1995, S. 127 ff.

direitos do homem é uma condição necessária para a legitimidade do direito positivo. Nisto, que o direito positivo deve respeitar, proteger e fomentar os direitos do homem para ser legítimo, portanto, ser suficiente à sua pretensão à exatidão, manifesta-se a prioridade dos direitos do homem. Direitos do homem estão, com isso, em uma relação necessária com o direito positivo, que está caracterizada pela prioridade dos direitos do homem. Essa prioridade necessária é a terceira marca definidora dos direitos do homem.

4. Direitos fundamentais

A relação interna, definida pela prioridade necessária, entre direitos do homem como direitos morais e o direito positivo desempenha na questão, quais conteúdos têm direitos do homem, um papel decisivo. Nos objetos dos direitos do homem deve tratar-se de interesses e carências para os quais valem coisas distintas. Deve tratar-se, em primeiro lugar, de interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados por direito. Assim, muitos homens têm uma carência fundamental de amor. Não deve haver poucos aos quais é mais importante ser amado do que participar em demonstrações políticas. Contudo, não existe um direito do homem ao amor, porque amor não se deixa forçar pelo direito. A segunda condição é que o interesse ou a carência seja tão fundamental que a *necessidade* de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito. A fundamentabilidade fundamenta, assim, a prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico, portanto, também perante o legislador. Um interesse ou uma carência é, nesse sentido, fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só os direitos de defesa liberais clássicos, senão, por exemplo, também direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial. Não são direitos do homem, segundo esse critério da fundamentabilidade, pelo contrário, por exemplo, o direito garantido no artigo 7, VIII, da Constituição brasileira, a um 13 ordenado mensal ou a garantia, lá escrita no artigo 230, § 2º, do livre aproveitamento dos meios de transporte urbanos públicos para os maiores de 65 anos.

5. Direitos abstratos

A quinta marca característica para direitos do homem é que neles se trata de direitos abstratos. Isso se mostra mais claramente na necessidade de sua restrição ou limitação que, por direitos de outros e pelo mandamento da conservação e fomento de bens coletivos como, por exemplo, da proteção do meio ambiente, é exigida. Qual restrição é admissível pode, no fundo, ser determinado apenas por ponderação. A aplicação dos direitos do homem em casos concretos pressupõe, com isso, ponderações. Sobre ponderações, porém, pode-se discutir longamente. Se a discussão não deve perdurar eternamente, o que iria pôr em perigo a realização dos direitos do homem, devem ser criadas instâncias que estão autorizadas a decisões de ponderação juridicamente obrigatórias. O Estado é, portanto, necessário não só como instância de concretização mas também como instância de decisão para a realização dos direitos do

homem. Acresce que a realização de numerosos direitos do homem não é possível sem organização. Nem a proteção diante de atos de violência de outros cidadãos nem o cuidado pelo mínimo existencial podem ficar a cargo de ação espontânea, se se tratar de uma garantia. Os direitos do homem conduzem, portanto, por três fundamentos para a necessidade do Estado e do direito: por causa da necessidade de sua concretização, se for necessário, também com coação, da necessidade de não só discutir sobre questões de interpretação e ponderação mas também decidi-las e por causa da necessidade de organizar o cumprimento de direitos do homem. A passagem dos direitos do homem, como direitos morais, para o direito positivo não significa, decerto, sua despedida. O contrário é exato, porque a parte essencial dessa passagem é a transformação dos direitos do homem em direitos fundamentais de conteúdo igual. Os direitos do homem não perdem, nessa transformação, em validez moral, ganham, porém, adicionalmente uma jurídico-positiva. A espada torna-se afiada. Primeiro, com isso, está efetuado definitivamente o passo do império das idéias para o império da história.

III. Direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional

Poder-se-ia achar que com a codificação dos direitos do homem por uma constituição, portanto, com sua transformação em direitos fundamentais, o problema de sua institucionalização esteja resolvido. Isso não é, todavia, o caso. Muitos problemas dos direitos do homem agora somente tornam-se visíveis em toda sua dimensão e novos acrescem por seu caráter obrigatório, agora existente.

1. Quatro extremos

As fontes das dificuldades que se manifestam com a institucionalização são quatro extremos que caracterizam direitos fundamentais completamente formados. O primeiro extremo é o *escalão hierárquico supremo* na ordem escalonada do direito intraestatal. Resulta do mero fato de que direitos fundamentais são direitos com hierarquia constitucional. O escalão hierárquico supremo seria sem interesse se não acrescesse o segundo, a *força de concretização suprema*. Dela dispõem direitos fundamentais quando eles primeiro vinculam todos os três poderes, portanto, também o legislador e quando essa vinculação é controlada judicialmente, portanto, é justiciável. Se se excetuasse o legislador dessa vinculação ou se se declarasse alguns direitos fundamentais como não-justiciáveis, então desapareceriam, sem dúvida, muitos problemas. O preço para isso seria, todavia, alto. Ele residiria em uma renúncia a uma institucionalização completa ou autêntica. Uma tal renúncia, porém, seria uma infração contra direitos do homem. Constituições modernas dão aos direitos fundamentais em geral, por conseguinte, a força de concretização suprema e quando elas não o fazem deveriam ou ser interpretadas neste sentido ou, quando isso não fosse possível, modificadas.

Também a união entre escalão hierárquico supremo e força de concretização suprema iriam significar pouco se os direitos fundamentais regulassem questões especiais sem importância. Exatamente o contrário é, porém, o caso. Com a garantia da propriedade, da liberdade de profissão e da liberdade de contratar toma-se a decisão para uma economia de mercado. A garantia da liberdade de opinião, imprensa e da liberdade de radiodifusão e televisiva põe os pilares de um sistema de comunicação social. Outros direitos fundamentais precisam ser apenas mencionados para conhecer seu signficado fundamental, assim, a garantia do casamento e família e a do direito de sucessão, a liberdade de religião e a proteção da vida e integridade corporal.

Convertem-se em um verdadeiro problema os três extremos tratados até agora, o escalão hierárquico supremo, a força de concretização suprema e os objetos sumamente importantes, primeiro pelo enlace com um quarto problema, a medida máxima de necessidade de interpretação. Na maioria das constituições isso já resulta da redação concisa e lapidar de seu catálogo de direitos fundamentais. Mas também lá onde uma redação mais exata dos direitos fundamentais é tentada, as coisas não são muito diferentes. Assim, os direitos de liberdade e igualdade clássicos são regulados no artigo 5º da Constituição brasileira em 74 números e os direitos sociais no artigo 7º em 34 números, assim como em muitas outras prescrições do título oitavo sobre a ordem social. Os problemas de interpretação jurídico-fundamentais que aparecem em toda a parte são, por meio dessa regulação relativamente detalhada, abafados em parte ampla mas não eliminados; em alguns casos nascem até novos. Assim, o artigo 5º, IV, declara a manifestação dos pensamentos como livre. Isso quer dizer que todas as manifestações de opinião são permitidas, também tais que violam a honra de outros e tais com conteúdo racista? Isso prestar-se-ia mal ao artigo 5º, X, que protege a honra, e ao artigo 5º, XLII, que prevê uma pena às práticas racistas. Em contrapartida, nem toda a manifestação de opinião que de alguma maneira ofenda um concidadão ou membro de uma determinada raça pode ser proibida se a liberdade de manifestação de opinião não deve atrofiar. Isso mostra que uma fixação de limite com auxílio de uma ponderação é necessária. A ponderação como parte de um exame de proporcionalidade, porém, é o problema nuclear da dogmática dos direitos fundamentais e a razão principal para a abertura dos catálogos de direitos fundamentais. Em alguns casos, esse problema salta diretamente aos olhos, por exemplo, quando o artigo 5º, XXII, garante a propriedade e então, imediatamente, é adicionado no inciso XXIII que a propriedade deve servir à sua função social. Em outros casos, a necessidade de um exame de proporcionalidade fica clara primeiro no olhar mais de perto, por exemplo, quando o artigo 5º, XI, admite a entrada na casa de dia em virtude de ordem judicial. Isso não pode significar que tribunais, por qualquer fundamento, devam admitir uma penetração na casa. A penetração deve ser proporcional. Coisa semelhante vale para os direitos de igualdade. Quando o artigo 5º fixa a fórmula clássica, que todos os homens são iguais diante da lei, para o Brasil, então isso não significa que não deva ser diferenciado. Essa prescrição não prescreve, por exemplo, que pobres e ricos devam pagar impostos no mesmo nível. Isso mostra que diferencia-

ções são permitidas se para elas existem fundamentos razoáveis. Discussão especial domina em vários Estados sobre a fórmula que se encontra no artigo 5º, I, que homens e mulheres têm os mesmos direitos. Isso exclui discriminação inversa a favor de mulheres, ele a admite ou ela é até exigida? Problemas análogos existem em muitos direitos fundamentais sociais. Tome-se somente o direito à saúde, regulado no artigo 196. Ele deve ser garantido por medidas de política social e econômica. Sem ponderação não pode ser verificado o conteúdo exato desse direito.

Interpretado deve ser em muitos setores. A força rompante da interpretação constitucional resulta dos três extremos primeiro citados, do escalão hierárquico supremo, da força de concretização suprema e do conteúdo sumamente importante. Quem tiver êxito, o tribunal, que decide, ao fim e ao cabo, sobre a constitucionalidade e com isso - independente de sua designação - desempenha a tarefa de um tribunal constitucional, de convencer de sua concepção sobre a interpretação dos direitos fundamentais alcançou o que no processo político ordinário é inalcançável: ele tornou sua concepção sobre coisas sociais e políticas sumamente importantes praticamente partes integrantes da constituição e, com isso, tomou da ordem do dia política. Uma maioria parlamentar simples não pode, então, fazer mais nada. Somente o tribunal constitucional mesmo ou a respectiva maioria qualificada exigida para modificações constitucionais podem, então, ainda modificar a situação. Tudo isso demonstra porque em todos os Estados dotados com catálogo de direitos fundamentais e jurisdição constitucional sobre a interpretação dos direitos fundamentais não só é refletido com calma mas também discutido na arena política. Pode-se falar de uma luta pela interpretação dos direitos fundamentais. Árbitro nessa luta, porém, não é o povo, senão o tribunal constitucional respectivo. Isso é compatível com o princípio democrático, cujo cerne, no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição brasileira, assim como no artigo 20, alínea 2, frase 1, da Lei Fundamental, é expressado com a fórmula clássica: "Todo o poder estatal origina-se do povo"? Os direitos do homem parecem converter-se em um problema para a democracia quando eles são levados a sério e de um mero ideal tornados em algo real. É exata essa impressão? É o ideal, do qual se trata no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, uma quimera que leva à rebentação uma contradição entre direitos fundamentais e democracia?

2. Três modelos

Para responder essa questão devem ser diferenciados três modos de visão da relação entre direitos fundamentais e democracia: um ingênuo, um idealista e um realista. Segundo o *modo de visão ingênuo*, entre direitos fundamentais e democracia já por isso não pode existir conflito, porque tanto direitos fundamentais como democracia são algo bom. Como devem colidir duas coisas boas? A concepção ingênua acha, por isso, que se pode ter ambos juntos ilimitadamente. Essa visão de mundo é muito bonita para ser verdadeira. Seu ponto de partida, que somente existem conflitos entre o bom e o mau, não, porém, no interior do bom, é falso. Quem quer impugnar que

prosperidade e pleno emprego, que assentam sobre crescimento econômico, são algo bom em si e quem quer desmentir que a proteção e a conservação do meio ambiente é algo bom? Contudo, existe entre esses bens, de fundamentos bem conhecidos, no nosso mundo caracterizado por finitude e escassez, um conflito. O *modo de visão idealista* admite isso. Sua reconciliação entre direitos fundamentais e democracia, por conseguinte, - dito exageradamente - também de modo nenhum primeiro tem lugar neste mundo, senão no ideal de uma sociedade politicamente perfeita. Nela, o povo e seus representantes políticos de modo nenhum estão interessados nisto, de violar os direitos fundamentais de algum cidadão por decisões de maioria parlamentares, portanto, leis, ao contrário. A defesa dos direitos fundamentais é um motivo político eficaz para todos. O catálogo de direitos fundamentais tem nesse modelo rousseauniano somente ainda um significado simbólico. Ele formula somente ainda aquilo que todos, alías, acreditam e querem. Como ideal, que pode ser oposto à realidade política e ao qual dever-se-ia acercar, tem esse modelo absolutamente seu valor. Todavia, pode-se saber que esse ideal é inalcançável. Por conseguinte, para aquele que quer institucionalizar os direitos do homem no mundo como ele é, somente o *modo de visão realista* é exato. Segundo ele, a relação entre direitos fundamentais e democracia é caracterizada por duas compreensões em sentido contrário e, com isso, na realidade, por uma contradição. A primeira soa:

(1) Direitos fundamentais são democráticos,

a segunda:

(2) Direitos fundamentais são ademocráticos.

Direitos fundamentais são democráticos por isso, porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade, asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas que, em geral, são capazes de manter o processo democrático na vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como com o direito eleitoral e com as outras liberdades políticas asseguram as condições funcionais do processo democrático. Ademocráticos são os direitos fundamentais, pelo contrário, porque eles desconfiam do processo democrático. Com a vinculação também do legislador eles subtraem da maioria parlamentarmente legitimada poderes de decisão. Em muitos Estados este jogo deve ser observado: a oposição perde primeiro no processo democrático e ganha, então, diante do tribunal constitucional. Também a Constituição brasileira conhece essa possibilidade ao ela conceder, no artigo 103, VII, aos partidos políticos representados no congresso, o direito a uma ação por causa de inconstitucionalidade diante do tribunal constitucional.

Esse caráter duplo dos direitos fundamentais deve ser antipático a defensores de uma doutrina pura. Esses espreitam em ambos os lados do problema. Há tanto adeptos de um processo democrático ilimitado quanto ao conteúdo (em geral, eles são idealistas rousseaunianos dissimulados ou abertos) como céticos democráticos, para os quais existe uma ordem dada das coisas que pelo processo democrático somente é posta em desordem e, por isso, deveria ser prote-

gida ainda muito mais intensamente por direitos fundamentais e outros princípios constitucionais do que isso hoje, em geral, ocorre. Nem um nem outro pode aqui ser seguido. A questão deve, antes, rezar se a contradição pode ser resolvida pelo fato de ser encontrado um caminho entre essas posições extremas.

3. Representação política e argumentativa

A chave para a resolução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão. O princípio fundamental: "Todo o poder estatal origina-se do povo" exige compreender não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer *negativamente* que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou mas também exige positivamente que os cidadãos aprovem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram um eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão então reconciliados. Com isso está assegurado, como resultado, que o ideal, do qual fala a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pode ser realizado e não precisa fracassar em uma contradição interna entre direitos fundamentais e democracia.

Reparación limitada del daño en materia de accidentes

Roberto M. Lopez Cabana

Director del Departamento de Derecho Privado. Professor titular regular de Obligaciones y de Contratos Civiles y Comerciales en la Universidad de Buenos Aires. Professor visitante en las Universidades de Panthéon-Assas (Paris, Francia), de Caxias do Sul (Brasil), Gabriela Mistral (Santiago de Chile), Mayor de San Marcos (lima) y Católica de Asunción (Paraguay)

SUMÁRIO

I. Los accidentes.
II. La llamada reparación integral.
III. La limitación del resarcimiento en la responsabilidad objetiva.
IV. Excepciones a la limitación.
V. La potestad judicial de reducir la indemnización.
VI. La reparación plena y su eventual atenuación.
VII. Autotransporte público de pasajeros:
VIII. Prospectiva.
IX. Reformas aconsejables.
X. Colofón.

I. Los accidentes

El Diccionario de la Real Academia Española, tan ponderado por la doctrina jurídica[1], registra diez acepciones de la palabra "accidente". Interesan básicamente la segunda y la tercera, que lo caracterizan como un "suceso eventual que altera el orden regular de las cosas", y en un sentido más restringido, del "que involuntariamente resulta daño para las personas o las cosas".

Jurídicamente, un accidente es cualquier acontecimiento productor de un daño, sea imprevisto o eventual o previsible, y cualquiera sea su origen: el hecho del hombre o de la naturaleza.

En el plano económico, un accidente es apenas "un riesgo"[2].

1. CASTAN VÁZQUEZ, José María, "El lenguaje jurídico en España y en la República Argentina", en *Temas de Derecho Privado X*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires – Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1998.
2. CALABRESI, Guido, *The cost of accidents. A legal and economic analysis*, New Haven and London, Yale University Press, 1970, pág. 5.

Se analizará si, dentro de tan vasto campo, las indemnizaciones que la víctima de un accidente puede obtener, son ilimitadas, o si existen razones para una precisa limitación de ellas.

II. La llamada reparación integral.

Aunque considerada "una consecuencia implícita y necesaria de la noción de ejecución por equivalente"[3], se ha criticado – con razón – que exista un principio absoluto de "reparación integral".

Esa quimérica[4] expresión, en verdad, nada quiere decir[5]. Desde el punto de vista de la teoría jurídica "la concepción relativista tiene razón: el absoluto no es de este mundo"[6].

Reparar de manera integral es una aspiración de máxima: debe repararse todo el daño. Pero no siempre sucede que la totalidad del daño sea enjugado con la indemnización consiguiente.

Ante todo, el daño debe ser resarcible, que es como decir que debe tratarse de un daño jurídico[7] , puesto que la víctima debe soportar, en ocasiones, total o parcialmente, la *carga* de asumir el menoscabo que implica el daño[8].

Si se trata, p. ej., de una *consecuencia remota* del incumplimiento, el daño no le es imputable al autor del hecho (art. 906, Cód. Civ.).

Tampoco se configura responsabilidad civil cuando el daño es consecuencia de un *caso fortuito* (art. 513, 1ª parte, Cód. Civ.), o deriva del *ejercicio regular de un derecho* (art. 1071, Cód. civ.), o cuando se trata de un acto justificado genéricamente por *legítima defensa* (art. 34, inc. 6º, Cód. Penal), o específicamente como *defensa de la posesión* (art. 2470, Cód. civ.), o en *estado de necesidad* (art. 34, inc. 3º, Cód. Penal).

Ante todo, la víctima tiene la carga de estimar cuantitativamente los daños (art. 330 del C.Proc.). En principio "la demanda deberá precisar el monto reclamado".

El autor del daño tiene la carga de contestar esa estimación (art. 356, inc. 1°, cód. cit.).

Y esto rige aun en la dificultosa determinación del *quantum* indemnizatorio en materia de daño moral, como bien se lo ha puesto de resalto, por cuanto "la omisión de precisarlo puede causar indefensión al impedirle calibrar los alcances de la demanda, privándolo inclusive del derecho de allanarse"[9].

3. LARROUMET, Christian, Droit Civil. Les obligations. Le contrat, 3ª. ed., Economica, Paris, 1996, N□ 683, pág. 722.
4. SZAFIR, Dora, ""La limitación cuantitativa de la responsabilidad en el Derecho del consumidor. Las eximentes", en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t□ XXVII, pág. 591, Montevideo, 1997.
5. ALTERINI, Atilio A. – AMEAL, Oscar J. – LOPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones*, Buenos Aires, 1995, Nº 590, pág. 257.
6. CARBONNIER, Jean, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1988, Nº 75, pág. 302.
7. LOPEZ CABANA, Roberto M., «Nuevos daños jurídicos», en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, Buenos Aires, 1990, Nº 1, pág. 85.
8. ALTERINI, Atilio A., *Responsabilidad civil*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, Nº 7, pág. 20.
9. PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 557.

El juez mismo al cuantificar el daño pone límites precisos a la pretensión resarcitoria (art. 163, inc. 6°, cód. cit.).

Es una utopía muy común pretender llegar a esa idílica reparación integral, y esto se ve muy claramente en el daño moral. Cuando el daño opera sobre el sentimiento, las afecciones, es muy difícil llegar a una estimación justa del perjuicio sufrido. Los jueces, con buen criterio, dan especial importancia a la cuantificación que la propia víctima realiza. Pero, en algunos casos, la supuesta víctima se acerca al grotesco (sobre todo cuando se tiene el beneficio de litigar sin gastos) de pedir una suma gigantesca y desproporcionada con el hecho generador y en otros, por timidez (o por excesiva prudencia a la hora de calcular el porcentaje a ingresar en concepto de tasa judicial) se piden sumas modestas que no se compadecen con hechos muy condenables que dan origen a la pretensión resarcitoria.

En el Uruguay, se ha dado como directiva, al analizar la cuantificación del daño moral, que en ese país no se podían fijar las mismas sumas que en los Estados Unidos[10].

Universalizando la directiva del autor uruguayo, ¿debería contemplarse en cada país el ingreso promedio per capita para fijar un monto acorde con las expectativas de sus habitantes?

El juez siempre tiene el dilema de fijar una suma adecuada, prescindiendo de estimaciones incorrectas de las partes y hasta de opiniones periciales que a veces escamotean o agigantan los montos representativos de los daños sufridos.

Las indemnizaciones no pueden ser ilimitadas, ni debe predicarse con validez universal un supuesto principio de reparación integral del daño. Será integral en cuanto el ordenamiento consienta en repararlo.

Descartada la vigencia de una hipotética reparación integral, resta analizar las limitaciones que el ordenamiento jurídico admite para asignar, con relativa plenitud, el resarcimiento de los daños.

III. La limitación del resarcimiento en la responsabilidad objetiva.

En la doctrina se ha discutido si cabe resarcir de idéntica manera los daños causados en los que resultan aplicables factores subjetivos de atribución de responsabilidad (dolo o culpa), y en los que existe un deber legal de reparar, de naturaleza objetiva.

Las VII Jornadas (Nacionales) de Derecho Civil (Buenos Aires, 1979) entendieron que "la extensión de la reparación en la responsabilidad objetiva, con excepción de los casos específicamente legislados en leyes especiales, se rige por las mismas disposiciones legales que regulan los cuasidelitos. Son indemnizables las consecuencias inmediatas y mediatas" (Rec. Nº 4, Com. 2, 1º).

En España se ha señalado que la aplicación de la tesis de la absoluta obligación

10. GAMARRA, Jorge, "Guía para el cálculo del daño moral", en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XX, pág. 319, Montevideo, 1990.

legal de indemnizar o resarcir hace desaparecer la virtud, que radica, para Aristóteles, en el término medio y que "el hecho de ser el débito que va implícito en este género de obligaciones legales un *deber mesurado*, supone no solo que alguien lo imponga o establezca, sino también la existencia de una medida que es preciso fijar"[11].

La idea de moderar la reparación para no hacer del autor del daño una nueva víctima resulta, para la doctrina francesa[12] de razones de política jurídica, mas que de la lógica. Por ello, si *a priori*, la lógica no asocia necesariamente la responsabilidad objetiva y la reparación limitada, la coexistencia en un sistema positivo de una responsabilidad subjetiva y de otra objetiva, la lleva a preguntarse sobre la imposición de una responsabilidad mas reducida en el segundo caso.

El derecho positivo francés muestra la misma coexistencia que se advierte en la Argentina, de responsabilidad civil con diferentes factores de atribución subjetivos (dolo o culpa, implicados en la *faute* francesa) u objetivos (riesgo, garantía, etc.).

La doctrina gala[13] ha analizado los principales textos legales que limitan la reparación fijándose estrictos "plafonds", pasando revista, en el Derecho marítimo, al trasporte de mercaderías y de pasajeros, tanto en el orden interno, cuanto en el internacional, y a la ley 65-956 modificada por la 68- 1045, que limita la responsabilidad del explotador de un navío a propulsión nuclear a 500 millones de francos por cada accidente, pero sin comprender intereses ni costas cuando el daño resulta de culpa personal del explotador También se analizan las limitaciones vigentes en materia de Derecho aeronáutico, de trasportes terrestres, postales, por accidentes nucleares y concluye discriminando los casos en que la responsabilidad del hotelero por los equipajes es limitada (ley 73-1141), y la del Estado, al indemnizar a ciertas víctimas (ley 77-5), en cuyo caso la limitación está delegada a decretos que la fijan, anualmente.

En la Argentina se ha justificado[14], con el apoyo doctrinario de René Demogue y de Joseph Charmont, la solución vigente en materia de accidentes de trabajo, "toda vez que, si en principio, es el patrón quien asume la carga de la indemnización, el obrero también concurre con su parte y en la medida en que ve su derecho limitado a una suma previamente tarifada".

Se ha observado también[15] que "en todas las leyes modernas que crean hipótesis de responsabilidad objetiva ...como contrapartida limitan la responsabilidad, como sucede en el Código portugués o en la ley de Québec sobre seguro de automóviles", afirmando que "en la responsabilidad objetiva la extensión del resarcimiento debe limitarse, pero no por la vía de distinguir entre las consecuencias inmediatas y las mediatas, sino mas bien por la fijación de topes máximos".

11. FERNANDEZ MARTIN GRANIZO, Mariano, *Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español*, Pamplona, 1972, pág. 172.
12. ROUJOU DE BOUBEE, Marie-Eve, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, 1974, pág. 313.
13. CHARTIER, Yves, *La réparation du préjudice*, Paris, 1983, pág. 605.
14. ACUÑA ANZORENA, Arturo, «Estado actual de la doctrina en materia de responsabilidad civil extracontractual», en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, La Plata, 1963, pág. 35 y sigts.
15. MOISSET DE ESPANES, Luis, *Estudios de Derecho Civil. Cartas y polémicas*, Córdoba, 1982, pág. 89.

En nuestro país ninguno de los dos Proyectos de Unificación de la legislación civil y comercial, que fueron ampliamente dados a conocer, ni el originado en una Comisión Federal designada por la Cámara de Diputados, que tuvo sanción de esa Cámara el 03.11.93, ni el elaborado a instancias del Poder Ejecutivo, que entró al Senado el 13.08.93, han puesto un tope indemnizatorio en supuestos de responsabilidad objetiva.

En cambio, la ley sancionada con el Nº 24.032, aprobatoria de un Código único de Derecho Privado, que fuera vetada íntegramente mediante el dec. 2719/91, limitaba la indemnización obtenible por cada damnificado directo a dos mil argentinos oro "en los casos de atribución objetiva del deber de reparar" (art. 1113, penúltimo párrafo).

El Código único[16] fijaba el máximo indemnizatorio en dos mil "argentinos oro", asumiendo como moneda de cuenta la misma que fuera adoptada por el Código Aeronáutico (ley 17.285).

Otras disposiciones acotan también, en nuestro Derecho, el resarcimiento, sin impedir la reparación integral cuando concurre un sustento subjetivo de la responsabilidad; en este orden de ideas, la ley de la navegación 20.094, al fijar un máximo de 1.500 pesos argentinos oro "por daños resultantes de muerte o lesiones corporales de un pasajero", que puede ser elevado por acuerdo de partes (art. 331). Se fijan otros topes para las pérdidas o daños que sufran las mercaderías (400 pesos argentinos oro por bulto o pieza) o para el equipaje del pasajero (150 pesos argentinos oro para el guardado en bodega y 100 para el llevado en cabina, etc.). Para el transporte marítimo internacional el Convenio de Atenas de 1974 y su Protocolo de Londres de 1976 (ley 22.718) limita la responsabilidad por muerte o lesiones corporales del pasajero a 700.000 francos oro, que puede ser pagado en forma de renta y que puede ser aumentado por acuerdo de partes.

La imposición de límites también resultaba del Código Aeronáutico (ley 17.285): 1.000 argentinos oro por daños sufridos por el pasajero (art. 144), pudiéndose pactar un monto mayor. Para los daños causados a terceros en superficie la indemnización en caso de muerte o lesiones no excederá de 2.000 argentinos oro, con un máximo por accidente que depende del peso de la aeronave. En caso de dolo, desaparecen las limitaciones. En materia de navegación aérea internacional los daños sufridos por el pasajero se limitan a 250.000 francos oro en el Convenio de Varsovia de 1929, según Protocolo de La Haya de 1955 (ley 17.386).

En materia laboral, la ley 9688 de accidentes de trabajo (en salarios diarios)

16. LOPEZ CABANA, Roberto M., «El Proyecto de unificación legislativa civil y comercial. Su coordinación con recomendaciones de Congresos jurídicos y soluciones del Derecho comparado», *Revista La Ley*, 1987-D, pág. 845, y en ALTERINI, Atilio A. – LOPEZ CABANA, Roberto M., *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, ed. La Ley, Buenos Aires, 1988, pág. 321.

luego modificada por la ley 24.028 que lo fijó en 55.000 dólares estadounidenses en caso de muerte del trabajador (art. 8), cifra mantenida para el caso de incapacidad o muerte por la ley 24.557 y que rige con la única excepción del dolo del empleador.

La Convención de Viena sobre accidentes nucleares, de 1963 (ley 17.048) limita la reparación a 5.000.000 dólares estadounidenses por cada accidente nuclear.

Las indemnizaciones por los daños sufridos por personal de las Fuerzas Armadas están limitadas "al haber mensual y suplementos generales máximos del grado inmediato superior", según la ley 19.101 y su modificatoria 22.511.

En el ámbito del Mercosur se acepta una limitación cuantitativa (Decisión del Consejo del Mercado Común 15/94) para el transporte multimodal internacional, cuando para el porte de las mercaderías se utilizan por los menos dos modos diferentes de transporte, determinándose para la Argentina un límite de 400 pesos argentinos oro por kg. de volumen o pieza afectada, o de 10 pesos argentinos oro por kg. de volumen o piezas afectadas, si este valor fuera superior.

En normas que carecen de aplicación en nuestro medio se han señalado otros topes: en materia de productos defectuosos, la Directiva 85/374/CEE del 25 de julio de 1985 limita los daños resultantes de la muerte o de lesiones corporales y causados por artículos idénticos que presentan el mismo defecto a 70.000.000 de ecus, previendo una franquicia de 500 ecus cuando se producie el daño o la destrucción de una cosa que no sea el propio producto defectuoso.

La ley española 22/1994 del 6 de julio adapta esa Directiva fijando un tope 10.500 millones de pesetas (art. 11), con una franquicia en paralelo con la Directiva de 65.000 pesetas.

Otras leyes nacionales imponen limitaciones: en la ley de medicamentos alemana de 1976 (500.000 marcos en caso de fallecimiento o lesión de una persona); en la ley danesa de 1984, modificada en 1986 se fijan topes para las indemnizaciones del derecho común previendo un límite de 200.000 coronas para el caso de lesiones permanentes.

Distintas reuniones de juristas aceptaron los criterios limitativos de las indemnizaciones: las I Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, Provincia de Buenos Aires, 1981) estimaron que el daño proveniente del riesgo es estadísticamente previsible; pero el aseguramiento de quien lo introduce en la sociedad, para salvaguardar los intereses de las víctimas, no es viable si no se establece un *quantum* indemnizatorio, según criterio de las Jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia, 1980) y de las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho (Punta del Este, Uruguay, 1986), que coincide con los fundamentos de la solución concordante del Proyecto de Convención Europea de 1976, y de la ley uniforme norteamericana de 1979.

Con criterio unánime se aconsejó analizar en una futura reforma "si es conveniente la incorporación a la ley de un tope máximo al resarcimiento en la responsabilidad objetiva" (VIII Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1994).

En la doctrina argentina son numerosos los partidarios de limitar cuantitativamente la responsabilidad, con distintas variantes[17].

IV. Excepciones a la limitación.

El Código único de 1987 admitía, en el ultimo párrafo del art. 1113, la reparación plena en dos supuestos: si el demandado: a) no prueba que de su parte no hubo culpa, o que adoptó todas las medidas técnicas idóneas para evitar el daño, o b) debió razonablemente haberse asegurado".

La limitación del resarcimiento, como se ha recordado, no encuentra justificación cuando concurre un sustento subjetivo de responsabilidad[18]. En ese orden de ideas se permite una indemnización plena por aplicación de los dispositivos del derecho común: en caso de dolo, conforme al art. 162, Código Aeronáutico.

Con criterio compartible se ha considerado que "la prueba de la no culpa, aparece acá correctamente caracterizada como la acreditación de que se adoptaron todas las medidas técnicas (o similares) idóneas para evitar el daño" También debe destacarse que "aunque en los casos de atribución objetiva de responsabilidad la prueba de la falta de culpa no sirva como causal de exoneración, será igualmente de gran importancia a los fines de circunscribir aquélla al tope indemnizatorio"[19].

Esta última reflexión es aplicable para los "riesgos del desarrollo"[20], puesto que, mayoritariamente, se considera que "el elaborador responde aunque sea desconocida la nocividad potencial del producto al momento de lanzarlo al consumo" (IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, Uruguay, 1986, com Nº 1, ap II – 4). La doctrina fue luego reiterada: "En los casos de lanzamiento al mercado masivo de consumo de productos cuya nocividad no era conocida al momento de su puesta en circulación, pero que nuevas

17. V. ALTERINI, Atilio Aníbal, *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 58, nota 108, para quien la limitación cuantitativa de la responsabilidad ha sido apoyada, además, por los siguientes autores: Roberto BREBBIA, Jorge BUSTAMANTE ALSINA (en los daños calamitosos o catastróficos), Jorge Joaquín LLAMBÍAS, César LOMBARDI, Roberto M. LOPEZ CABANA, Graciela MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Luis MOISSET de ESPANÉS, Augusto Mario MORELLO (como correlato del seguro forzoso), Alfredo ORGAZ, Carlos Alberto PARELLADA, Adela SEGUÍ, María del Pilar AMENÁBAR, María Belén JAPAZE, Ramón Daniel PIZARRO, Julio César RIVERA (h.), Rubén STIGLITZ (con reservas), Félix Alberto TRIGO REPRESAS, Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, Héctor A. ZUCCHI, entre otros.

18. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Mora. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad*, Buenos Aires, 1971, pág. 66, ap. III; ALTERINI – AMEAL – LOPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones* cit., Nº 470, pág. 199; NOEL y PHILIPS, *Products liability: cases and materials*, St. Paul, Minnesota, 1982, pág. 297, predican la limitación de la responsabilidad en la *strict liability, y* la reparación plena en el caso de *tort of negligence;* conf. CAVANILLAS MUJICA, Santiago, *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, 1985, pág. 206.

19. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, «La responsabilidad civil en el anteproyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación», en *Revista La Ley*, tº 1987-C, pág. 860, ap. III-4.

20. GOLDENBERG, Isidoro H. – LOPEZ CABANA, Roberto M., «Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos», en *Jurisprudencia Argentina*, tº 1990-I, pág. 917.

comprobaciones científicas o técnicas ponen de manifiesto, cabe responsabilizar al productor, que debe garantizar a los consumidores la inocuidad de los bienes que introduce en la comunidad" (Jornadas Marplatenses de responsabilidad civil y seguros, Mar del Plata, 1989, com. Nº 2, rec. 4, b, *de lege lata*).

La última excepción al tope previsto en la norma vetada involucra a los daños causados por quien "debió razonablemente haberse asegurado".

El Código único se proponía estimular a los potenciales victimarios a "tomar un seguro como medida de solidaridad social, y también de autoprotección", de manera que permita "a la víctima la efectiva reparación del daño a cargo de quien debió preverlo y tomar las coberturas apropiadas de su eventual responsabilidad" (de las notas explicativas al Proyecto).

Resulta loable el propósito perseguido por los redactores de esa norma, que también hubiera redundado – con beneficio para la comunidad – en estímulo para la actividad aseguradora.

La importancia del seguro ha sido encomiada reiteradamente, sosteniéndose la necesidad de seguros obligatorios para el desarrollo de múltiples actividades, como los que existen para el caso de muerte de trabajadores en relación de dependencia (decreto 1794/74), o para los accidentes nucleares (ley 17.048) p ej., actividades o cosas riesgosas en general (II Jornadas de Derecho Civil, Corrientes, 1965); accidentes de tránsito (II Jornadas de Derecho Civil cits, I Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal Civil, Junín, 1984); comercialización de productos (IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, Uruguay, 1986), en especial farmacéuticos (I Jornadas sobre responsabilidad civil por productos farmacéuticos y medicinales, Morón, 1986); contaminación ambiental (IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983).

Sin embargo, son los estatutos legales particulares – y no el Código Civil – el ámbito propio para regular pormenorizadamente las actividades, riesgosas en aspectos singulares de la teoría de la responsabilidad, eventuales seguros forzosos y mecanismos de prevención y tutela que, frecuentemente se incluyen en el Derecho comparado: el Código Civil peruano de 1984, en una acertada disposición, delega en la ley la determinación del "tipo de daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y demás características de tal seguro" (art. 1988).

No es, por ende, en la *lex generalis*, sino en aquellos estatutos particulares, que funcionan como *adenda* y *errata* de los Códigos[21], en los cuales deben sancionarse tales complementos que serán más eficaces en cuanto capten concretamente las

21. GELDART, W., según BUSNELLI, Francesco D., *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Napoli, 1983, pág. 44; PERRET, Louis, «L'incidence de la nouvelle Loi sur la protection du consummateur sur le droit positif des contrats et perspectives de reforme du Code civil», en *Revue de droit*, Université de Sherbrooke, v. 15, Nº 2, 1985, dedicado a «Les contrats en droit quebécois», pág. 304.

particularidades del objeto o de la actividad.

El Código único había hecho suyas las modernas ideas solidaristas que imponen responsabilidad sin limitaciones a quienes estén mejor ubicados, antes del daño, para contratar el seguro destinado a garantizar el riesgo"[22].

Pero, cuando quien resulta demandable no está asegurado, o lo está insuficientemente (caso de infraseguro), o son indeterminados o insolventes, la creación de un fondo de garantía permite a la víctima acceder a un arbitrio de pronto pago.

Los operadores jurídicos nacionales coincidieron en la necesidad de crear fondos de garantía para casos de actividades o cosas riesgosas (Jornadas sobre responsabilidad civil, Rosario, 1986), para accidentes de tránsito (II Jornadas de Derecho Civil, Corrientes, 1965; I Jornadas de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, 1984); de daños de productos elaborados (IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, Uruguay, 1986), en especial farmacéuticos (I Jornadas sobre responsabilidad civil por productos farmacéuticos y medicinales, Morón, 1986); y de daños derivados de la contaminación ambiental (IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983) o para recomponer el equilibrio ecológico alterado (Jornada sobre ecología, medio ambiente y patrimonio provincial, La Plata, 1987).

Algunos países europeos adoptaron este arbitrio para indemnizar accidentes de circulación de automotores: Bélgica (ley del 24/12/68), Italia (ley del 24/12/69), Luxemburgo (ley del 16/12/63) En Francia existe una ley específica reformada el 5/7/85, cuyo fondo se extendió a los accidentes de caza (ley del 18/7/66) Con relación a los accidentes terapéuticos en particular, se ha propiciado la creación de "un fondo colectivo de indemnización"[23].

Según lo que se ha afirmado, tampoco parece plausible incorporar un fondo de garantía indiscriminado en las entrañas de la ley común, debiendo cumplir su importante y esperada función dentro de los estatutos particulares, donde su regulación resulta muy necesaria.

V. La potestad judicial de reducir la indemnización.

En el Derecho comparado se acepta la reducción equitativa de los daños y perjuicios: Código civil español (art. 1103), suizo de las obligaciones (art. 44), portugués de 1967 (art. 494), boliviano de 1975 (art. 994.3), peruano de 1984 (art. 1973), paraguayo de 1987 (art. 1857 *in fine*), cubano de 1988 (art. 89.1).

El Código civil, en su art. 1069 (texto agregado según ley 17.711, de 1968) ha facultado a los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, "a considerar la situación patrimonial del deudor,

22. VINEY, Geneviève, en GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit civil. Les obligations. La responsabilité: conditions*, Paris, 1982, pág. 30, texto a nota 47.

23. DORSNER DOLIVET, Annick, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans le domaine de l'homicide et des blessures par imprudence: à propos de la chirurgie*, ed. L. G. D. J., Paris, 1986, pág. 467.

nuándola, si fuere equitativo", excluyendo esta posibilidad "si el daño fuere imputable a dolo del responsable".

VI. La reparación plena y su eventual atenuación.

Como regla general, la reparación debe ser plena en todos los ordenamientos jurídicos, pero su plenitud está condicionada en cada uno de ellos. En el argentino, en la medida de las consecuencias inmediatas, mediatas y casuales que atribuyó el Código civil en su art. 901 y siguientes y, en órbita contractual, en la de los arts. 520, 521, 622.

El autor de un daño debe soportar plenamente la indemnización cuando se hace cargo de todas las consecuencias en relación causal jurídicamente relevante.

La jurisprudencia argentina anterior a la reforma de 1968 había vislumbrado, con prudencia y moderación, la posibilidad de morigerar la cuantía de la indemnización, para impedir la ruina del responsable de escasos recursos.

Las II Jornadas (Nacionales) de Derecho Civil (Corrientes, 1965) habían recomendado que "excepcionalmente, y tratándose de hechos culposos, el Juez podrá limitar la reparación atendiendo a la situación patrimonial de las partes"[24].

La doctrina, en particular, también aceptó que se atenuaran las indemnizaciones que resultaran desmesuradas con relación a la capacidad económica del deudor[25].

Aun cuando se trata de una cuestión polémica, cabe señalar que la protección al deudor que permite el ejercicio de la facultad conferida en el art. 1069 es extensiva al área contractual, como consecuencia de la notoria tendencia a diluir la diferencias entre los ámbitos de la responsabilidad civil[26].

La normativa vigente "es aplicable a la responsabilidad objetiva", en interpretación recomendada por las VII Jornadas (Nacionales) de Derecho Civil, Buenos Aires, 1979 (Rec. 4, Com. Nº 2, 2º).

24. *Recomendaciones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1987, pág. 26, rec. 2, tema V.

25. Entre otros autores: ACUÑA ANZORENA, Arturo, «Consideraciones sobre la capacidad patrimonial del autor de cuasidelito en la determinación del perjuicio indemnizable», *Revista Jus*, nº 11/12, pág. 7; MASNATTA, Héctor, «Responsabilidad y riqueza», *Jurisprudencia Argentina*, tº 1954-III, pág. 8, secc. doct.) y estuvo de acuerdo, en general con el agregado que dispuso la ley 17.711 al art. 1069: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, «Del daño», en MORELLO, Augusto M. – PORTAS, Néstor L. (coord.), Examen y crítica de la reforma del Código Civil, ed. Platense, t. 2, pág. 155, La Plata, 1971; LLAMBIAS, Jorge J., *Estudio de la reforma al Código Civil. Ley 17.711*, Buenos Aires, 1969, pág. 227; RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael A., «Atenuación de la indemnización en el supuesto de culpa», *Jurisprudencia Argentina*, tº 1971-Doctrina, pág. 813; SALAS, Acdeel E., «La responsabilidad en la reforma del Código civil», *Jurisprudencia Argentina*, 1969-Doctrina, pág. 421 y en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, Buenos Aires, 1982, pág. 367; GARRIDO, Roque F. – ANDORNO, Luis, *Reformas al Código civil. Ley 17.711 comentada*, Buenos Aires, 1968, tº I, pág. 123; BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, pág. 229; ROCCO, Ema A., «Atenuación de la responsabilidad por culpa», *Revista La Ley*, tº 1977-D, pág. 853.

26. Conf. CAZEAUX, Pedro N., en CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Derecho de las obligaciones*, 2ª ed., ed. Platense, La Plata, 1979, tº 1, pág. 366; Cám. Nac. Civ., sala «C», 21/2/79, *Revista El Derecho*, tº 82, pág. 471, voto del Dr. Jorge H. ALTERINI.

La reforma al art. 1069 tuvo buena repercusión toda vez que no es justo dar a todos lo mismo, sino que hay que dar lo suyo según la obra del autor, y según sus necesidades, al computarse su patrimonio.

La naturaleza del obrar del autor excluye, como debe ser, la posibilidad de atenuar la responsabilidad cuando hay dolo.

Con criterio diferente al adoptado por el Código portugués, la ley argentina toma en cuenta exclusivamente la situación del victimario no doloso, pero no las necesidades de la víctima que, en principio, no se computan para la ponderación del monto indemnizatorio.

Los Proyectos de reforma de 1993 mantienen, con mínimas diferencias de redacción, el texto introducido en el Código civil por la ley 17.711 (Cámara de Diputados, art. 1069, Poder Ejecutivo, art. 1572).

VII. Autotransporte público de pasajeros:

En este ámbito hay dos proyectos presentados en el Congreso de la Nación: uno en cada Cámara.

El de Diputados se presentó el 25 de septiembre de 1996 y pertenece a Edmundo del Valle Soria, que suscribe con otros legisladores.

Prevé en su art. 1° un tope legal para los "daños a la persona de la víctima, incluido el agravio moral o los sufridos por terceros damnificados como consecuencia de su fallecimiento", que equivale a 1.500 argentinos oro para muerte o incapacidad total y, proporcionalmente, para daños inferiores". El juez puede disponer o el damnificado puede pedir la contratación de "una renta vitalicia en aseguradoras habilitadas, cuyo valor actual será igual al resarcimiento impuesto". Según el art. 2° el tope puede ser superado cuando "el daño sea imputable a dolo del dueño o guardián, o de sus dependientes".

El Proyecto del Senado se debe a una iniciativa del doctor Eduardo BAUZA, del 7 de noviembre de 1996.

Sujeta las indemnizaciones de daños ocasionados a la víctima o los sufridos por terceros como consecuencia de su fallecimiento, a las tablas que establezca el Poder Ejecutivo, y fija en su art. 3° un tope de 1.000 argentinos oro "por todos los conceptos involucrados en la indemnización" en caso de muerte o incapacidad absoluta (art. 4°).

El tope no rige, conforme al art. 2°, cuando el daño sea imputable "al accionar doloso del dueño o guardián de los automotores, o de sus dependientes".

El damnificado puede pedir, según el art. 5°, la sustitución de la indemnización por la contratación "en compañías de seguro de retiro una renta vitalicia a favor del damnificado o sus derechohabientes".

Prevé en los arts. 9 a 12 la creación de un fondo de garantía del seguro automotor.

Hasta ahora no han prosperado ninguno de esos proyectos. Pero el Poder Ejecutivo ha dictado el decreto de necesidad y urgencia que lleva el número 260/97 que concede una moratoria al sector, incluyendo plazos de gracia y

múltiples cuotas para satisfacer la indemnización, cuya inconstitucionalidad ha sido ya declarada por reiterada jurisprudencia.

En los considerandos de ese decreto se anticipa la voluntad del Poder Ejecutivo de enviar al Congreso "un proyecto de ley tendiente a limitar el alcance de la responsabilidad civil contractual y extracontractual derivada de los daños a las personas y cosas, causados por vehículos afectados al autotransporte público de pasajeros en ocasión de la prestación de dicho servicio".

VIII. Prospectiva.

Conforme a una propuesta formulada conjuntamente con Atilio Aníbal Alterini a las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 1994), éstas aprobaron por unanimidad estas recomendaciones que sintetizan, con miras a una reforma legislativa, la necesidad de atender a criterios limitativos que coadyuven a la efectividad de las indemnizaciones: "El objetivo de una justicia concreta y eficaz para que la víctima sea resarcida efectivamente aconseja que, junto a la responsabilidad por riesgo, sea implantado el seguro forzoso para las actividades de alta siniestralidad, articulado con fondos de garantía y con mecanismos de *pronto pago*" y, – consecuentemente – "a fin de facilitar el régimen de seguro forzoso sería conveniente la fijación de criterios cuantitativos para la atribución objetiva del deber de reparar, sobre la base de topes, tablas o baremos, u otro mecanismo idóneo" (Rec. *de lege ferenda* I y II, Com. I de Derecho Civil).

IX. Reformas aconsejables.

La Comisión encargada de redactar un nuevo Código Civil, designada por el Poder Ejecutivo en 1995 debería seguir las pautas indicadas por uno de sus miembros[27] y fijar un límite cuantitativo en algunos casos de responsabilidad objetiva.

En los casos de intervención de cosas o de actividades riesgosas el valor de la reparación del daño debe quedar limitado a una suma de por lo menos Quinientos mil pesos ($ 500 000) por cada damnificado directo, salvo culpa inexcusable o hecho voluntario del damnificado, en que se debe reducir proporcionalmente.

El responsable no debe tener derecho a prevalerse de la limitación:

1° – Si actuó sin diligencia y, en especial, si no cumplió las normas

administrativas de prevención, o no adoptó las medidas razonablemente adecuadas a ese fin en caso de no haberlas.

2° – Si no estaba asegurado o si, estándolo, el damnificado no tuvo a su disposición la indemnización que le corresponde en el tiempo oportuno para la liquidación del siniestro conforme a la legislación de seguros.

3° – Si el damnificado directo sufre gran discapacidad.

4° – Si ha sido convenida una indemnización mayor.

27. ALTERINI, Atilio Aníbal, *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil* cit., pág. 116.

Estas disposiciones deben dejar a salvo lo establecido por la legislación especial y toda vez que el tope esté fijado en pesos se debería autorizar al Poder Ejecutivo para que aumente la cantidad que se fije, teniendo en cuenta el poder adquisitivo del dinero y la situación económica general.

El legislador debe adoptar módulos, parámetros, baremos, para ayudar a los justiciables y a los jueces a convertir a la indemnización en algo previsible.

El legislador, a veces por convicciones jurídicas (presencia de factores objetivos de atribución de responsabilidad), otras por conveniencias técnicas (para facilitar la actividad aeronáutica, o promover el transporte por agua), o hasta por razones meramente políticas o de coyuntura (transporte automotor de pasajeros) limita las indemnizaciones.

X. Colofón.

Sobre lo inevitable de las limitaciones, cabe aseverar que el amor es eterno, como lo hacía el inolvidable Vinicius de Moraes, pero el poeta agregaba: aunque dure un solo instante.

Lamentablemente, el tiempo, el dinero y hasta la misma vida es también limitada.

La tristeza no tiene fin, la felicidad sí, decía el poeta, con sus debidas licencias. Pero, afortunadamente, hasta la tristeza termina.

Es necesario sacudirse los prejuicios en una materia tan ardua como la limitación del resarcimiento. Hay que aceptar que sólo la justicia divina puede fijar la indemnización de manera ilimitada. La humana debería contentarse con la sujeción a límites bien precisos, que son cambiantes, según la época y la sociedad de que se trate.

En definitiva: ninguna solución extrema es aconsejable. No puede predicarse, con un idealismo digno de mejor causa, que la indemnización siempre debe ser plena, total, integral, ilimitada.

Tampoco puede admitirse la generalización de tarifamientos o de topes al resarcimiento. Todo en su justa medida. Hay que distinguir cuando es oportuna una u otra solución. Este es el camino que debe emprender el operador jurídico que no se deje encandilar por presiones sectoriales o por intereses mezquinos y que tenga como norte la justicia.

Direitos Fundamentais

Sérgio Borja
Professor de Instituições de Direito Privado e Comercial da Faculdade de Direito da UFRGS

Fustel de Coulanges em A Cidade Antiga afirma que os antigos, na polis e na civitas, não conheceram a liberdade individual pois estavam submetidos inteiramente às leis da cidade.[1]

Sócrates foi condenado a beber cicuta por ter desafiado às leis da cidade pois ele considerava a verdade acima do costume e a justiça acima da lei, enfim, acreditava que o homem como livre pensador só tinha deveres para com sua consciência.[2]

Lewis H. Morgan em sua obra a Sociedade Primitiva, escudado nas opiniões abalisadas de Tito Lívio, Dionisio, Plutarco, Suetónio e Cícero, afirma que em Roma existiam dois tipos de classes, os patrícios e os plebeus, sendo que os primeiros, de origem gentílica baseada nas gens, tinham um *status* tríplice que dividia-se em *status libertatis, status familiae e status civitatis.* [3]

As condições de homem livre, *sui juris* do *pater familiae*, integradas é que lhe atribuiam a condição de cidadania passiva e ativa, isto é, votar e ser votado para os cargos da cidade.

Toda esta estrutura, de certa forma, foi legada para o Medievo, quando as várias ordens existentes, os nobres, o clero, e os servos, depois burgueses, reuniam-se nas chamadas Assembléias dos Estados Gerais.[4,5]

A análise histórica encontra apoio na linguística quando do estudo do léxico e da semântica, detecta-se nas palavras *estamento, estado(s), estatuto e estabilidade* e no verbo *estabelecer* a mesma raiz latina contida no vocábulo *status*. Pois assim é que a estrutura estamental do medievo, mostra através da instituição dos estados gerais, um direito estatutário em que cada categoria vai ter um direito situacional originário de sua história, por origem ou conquista.

Não há no medievo, uma projeção difusa de direitos, isto é uma igualdade genérica entre todos os homens, muito embora deséguem nesta época, como um grande estuário, as essências religiosas judaico-cris-

1. Coulanges - Fustel - A Cidade Antiga - ed. Hemus - 1975 - fls. 182.
2. Coulanges - opus citae - fls. 290.
3. Morgan - Lewis - Ed. Presença - Lisboa - fl.60
4. McIlwain -Chales Howard - Constitucionalism: Anciet and Modern - New York - 1947 - 81 usque 84.
5. Montesquieu - Carolus de Secondat - O Espírto das Leis - Garnier - 1962 - fls. 204 usque 381.

tãs que traduzem o homem como *imago Dei* e a filosofia estóica de um pensador de origem semítica chamado Zenão (350-260 AC).

Estas matrizes do pensamento que contém um conceito incipiente de direito natural, cuja fonte encontra-se já em uma das epístolas de Paulo e também em Sto.Agostinho, adicionadas a filosofia estóica de Zenão, que generalizando projeta uma *civitas máxima* cuja matéria essencial é a razão, é que vão propiciar para estabelecer na prática, para o futuro, a idéia de uma igualdade generalizada que começa a divulgar um cosmopolitismo com conteúdo de valores inerentes disseminados universalmente entre todos os homens.[6]

Da mesma forma a discussão profunda entre os nominalistas e os realistas (racionalistas) numa celeuma profunda, através da vitória dos últimos é que permitem através da consolidação do empirismo a possibilidade da vitória da razão que consolida a correspondência entre os conceitos abstratos generalizantes com os seus correspondentes externos do mundo, permitindo assim a certeza do conhecimento da coisa em si que vai projetar-se nos pensamentos clássicos da filosofia natural, no contratualismo e no chamado iluminismo.

Surgem as filosofias de Hugo Grócio, Pufendorf, Jean-Jaques Rousseau, John Locke, Hobbes, Spinoza e Montesquieu, entre outros, que através de um conceito de pacto ou contrato, através de uma Vontade Geral como dizia Rousseau, consolidam no pensamento universal a crença nos direitos fundamentais do homem, que vão projetar-se nas modernas Declarações de Direito, a francesa e a americana.

Assim é, que o Estado Moderno Absolutista, que na realidade era a projeção estamental das várias ordens, nobreza, clero e burguesia, através da ruptura revolucionária, vai quebrar o seu conceito de feiche de estados (status) para, democraticamente, num salto qualitativo, através da revogação dos privilégios estamentais, construir e embuir no conceito de Estado Democrático de Direito, um conteúdo generalizante de liberdade e de igualdade, próprio a todas as classes sociais que representa o início do Constitucionalismo.

Nesta linha de evolução constata-se que as primeiras declarações v.g. a Magna Charta Libertatum, de 1215, outorgada em 15 de junho daquele ano, por João Sem Terra, sendo a primeira precursora e antecedente direta de todas as Declarações de Direito[7]-[8], no entanto, conforme nossa tese, manifestava estes direitos de forma estamental e não como direitos difusos a toda uma população. Assim foram, da mesma forma, as declarações inglesas que se seguiram: Petição de Direito de 7.06.1628 e a Declaração de Direitos de 13.02.1689.

A estrutura organizacional do Estado Constitucional, conformando-se ao ideário liberal burguês, como muito bem identifica Norberto Bobbio[9], é dicotômica pois contrapõe o estado de natureza ao estado político, sendo que o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto 1789, sintetiza esta dualidade na sua expressão, que diz:"Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição."[10]

Nesta dualidade em que nasce o Constitucionalismo Político Liberal é que vão se identificar aquelas duas áreas que tão bem conceituou Carl Schmitt citando Richard Thomas, seja, os direitos do homem como expressão e estágios da liberdade e do homem enquanto igual imerso no "eterno processo de fluxo e refluxo, *the man versus the State*."[11]

Independentemente desta dualidade entre o que se convencionou chamar parte Dogmática das Constituições, ou seja aquela zona de franquias ou zona de exclusão onde a cidadania exerce a sua liberdade sem interferência do Estado, contraposta a parte Orgânica do Estado, que é aquela zona delimitada pelo princípio da legalidade e organizada pela estruturação do Poder na sua tríplice funcionalidade, seja, Legislativo, Judiciário e Executivo e ainda a forma de Projeção do Estado sob o território, de forma simples ou composta e que está contida dentro do brocardo latino, *e pluribus unum*, surge outra discussão infindável, seja, o problema da liberdade e da igualdade. Pois será esta problemática acusada por Gracus Babeuf em seu Manifesto dos Iguais, que antecipando a revolução socialista em mais ou menos um século e meio adianta-se "como mensageira de uma vanguarda de uma outra revolução muito maior, muito mais solene, que será a última, a revolução social..." pois para êle, na Revolução Francesa, já existiam alguns mais iguais entre os iguais.[12]

Ferdinand Lassale, dando continuidade a esta visão socialista, em sua obra A Essência da Constituição, demonstra esta fase de transição do constitucionalismo quando tenta passar de um estado estamental[13] para um estado em que os direitos possam ter um conceito generalizado por todas as classes e, mais do que isto, demonstra gabalmente a diferença entre o conceito de constituição formal e o conceito material[14], elucidando da mesma forma a diferença entre a igualdade formal (civil e política) dos direitos de primeira geração oriundos do Constitucionalismo Político Liberal, e os direitos de segunda geração, que posteriormente vão ser sufragados pelas revoluções socialistas que se alastram pelo mundo no começo do século vinte e que irão criar os outros dois movimentos constitucionais, quais sejam, o Socialismo Constitucional e o Constitucionalismo Social.

As tensões entre o indivíduo e a coletividade, de certa forma, já estavam reproduzidas na forma totêmica da Revolução Francesa, através de sua tríade: *Liberté, Egalité, Fraternité* ! Pois ali naquela síntese traduzia-se o paradoxo do homem no seu individualismo, contraposto ao homem na sua

6. Bodenheimer - Edgar. Ciência do Direito : Filosofia e Metodologia, Forense -Rio - 1966 - fls. 24 usque 40.
7. Miranda - Jorge - Constituições - Lisboa - 1986 - Casa da Moeda - I Volume - fl 395.
8. Dallari - Dalmo de Abreu - Elementos da Teoria Geral do Estado - Saraiva - 1985 - S.Paulo - fls. 182.
9. Bobbio - Norberto - Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna - ed.Brasiliensi - 1986 - fl. 38-39.
10. Miranda - Jorge - opus citae - fls. 369.
11. Schmitt - Carl - Teoria de la Constitución - Madrid - Es. - fls. 190.
12. Touchard - Jean - História das Idéias Políticas - Lisboa - 1970 - fls. 29.
13. Lassalle - Ferdinand - A Essência da Constituição - Liber Juris - 1988 - fls. 20.
14. Lassalle - opus citae - fls. 41.

inserção como *zoon politikon*. A versão do ego na sua conduta egoísta,individualista, liberal, elogiada modernamente por Ayn Rand, quando escreveu A Virtude do Egoísmo[15] e Quem é John Galt ? ou ainda Karl R. Popper, em sua obra A Sociedade Aberta e seus Inimigos[16] e a versão do alter-ego ou altruística, socialista divisada através de todas obras socialistas, dos utópicos, até o materialismo dialético de um Marx(o Capital, o Manifesto,etc), um Engels(A Origem do Estado, da Família e da Propriedade) ou Lênin(Estado e Revolução), em suas inúmeras obras clássicas.

A tríade francesa, através de uma figura justa e perfeita, tentava conciliar estes opostos da contingência humana através da convergência que era feita pelo amor fraterno que deveria orientar os homens para conciliar as áreas privada e pública. A história anterior fora testemunha dos vários enfrentamentos entre estes eixos opostos mas contingentes. Roma já presenciara a revolução do gladiador Spartaco e a luta fraticida entre patrícios e plebeus, ironicamente, sacrificando os irmãos Gracos, como a revolução Francesa também sacrificou o outro Graco, Babeuf.

O modelo liberal, dominante até o começo do século vinte produzirá um fenômeno de globalização mundial, que chega em 1913 ao seu apogeu e que, dizem alguns autores ultrapassa em níveis comerciais a globalização de hoje. O resultado é que o livre mercado, tão apregoado por Adam Smith irá produzir através do seu *laissez faire, laissez aller,* com sua mão invisível de mercado, uma desequilíbrio violento na estrutura da sociedade, causando com estas perversões sociais, um clamor social que como caldo de cultura e acelerado pela primeira guerra mundial, causaram a eclosão de várias revoluções mundiais, na Rússia czarista, na Alemanha e no México.

Concomitantemente ao processo de construção dos direitos sociais ou chamados direitos de segunda geração, direitos do trabalho e econômicos, gera-se através da primeira guerra uma primeira consciência da necessidade de que os direitos não fossem garantidos somente pelas constituições nacionais, mas que transbordassem, para o âmbito do Direito Internacional Público, em razão das atrocidades cometidas nas guerras de trincheiras pela utilização sem limite de gazes tóxicos.

No pós-guerra solidifica-se no mundo, um tripé de modelos jurídicos, o Constitucionalismo Político Liberal, representado de melhor forma pela Inglaterra e EUA; o constitucionalismo social[17], pela República de Weimar, que é um prelúdio para o surgimento do nacional-socialismo nazista, e ainda, o modelo da revolução mexicana[18], que erigem o modelo Constitucional Social e ainda um terceiro, o Socialismo Constitucional, que substitui a propriedade privada e o capital pelo valor trabalho, através da "Declaração do Povo Explorado e Oprimido" da revolução bolchevique russa agora consolidada na constituição de 1936[19] que cria a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

15. Rand -Ayn - A Virtude do Egoísmo - Ortiz - POA - 1991 - fls. 20.
16. Popper - Karl - A sociedade aberta e seus inimigos - Ed. Univer. São Paulo - ano 1987.
17. Schmitt - Carl - Teoria de la Constitucion - opus citae - fls. 197.
18. Carpizo - Jorge - La Constitución Mexicana - Universidad Autónoma de México - 1980 - fls.33.
19. Kuritsin - V. - Edições Progresso - Evolução dos Direitos e das Liberdades no Estado Soviético - Moscovo - 1988 . fls. 214.

Derrotado o Eixo, representado pelos regimens nazi-facistas de Hitler e Mussolini da Europa e o Império do Sol Nascente de Hirohito, em 26 de junho de 1945, aprovou-se a Carta das Nações Unidas, destinada a fornecer a base jurídica para a permanente ação conjunta dos Estados, em defesa da paz mundial mas, também havia a consciência de que se também não houvessem garantias aos homens, nos seus direitos individuais e fundamentais, da mesma forma não existiriam garantias sociais genéricas disseminadas no planeta, assim, nasceu a idéia da proclamação de uma Declaração de Direitos que fixasse as diretrizes para a reorganização dos Estados.

Já no ano de 1946 foi iniciado o trabalho de elaboração desse documento, que, afinal, foi aprovado na terceira sessão ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, recebendo o nome de Declaração Universal dos Direitos do Homem.[20]

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Onu, que ora completa o seu cinquentenário, em dez de dezembro de 1998, é o início de um processo de generalização em que o direito interno, da capítulo dogmático das cartas constitucionais, ultrapassa o limite nacional e torna-se assim, um direito internacional, somando aos direitos de primeira geração do Constitucionalismo Político Liberal, direitos civis e políticos formais, os direitos de segunda geração do Constitucionalismo Social e Socialista, direitos do trabalho e econômicos, agregando ainda pelos protocolos subsequentes, direitos de terceira, quarta e quinta geração, como querem alguns autores, que são aqueles relativos v.g., aos direitos do consumidor, ao meio ambiente, da mulher, dos menores, contra o apharteid, da bioética, da biodiversidade, etc...

Assim, foram-se somando a Declaração de 1948, criando uma generalização maior e internacional com relação à proteção dos direitos humanos, v.g., a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, que seguiu a já existente de 1963; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; a Convenção sobre a Eliminadção e a Punição do Crime de Apartheid, de 1973; a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984 sendo que estes tratados de nível geral coexistiam com outros de nível regional, v.g. Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950; a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, subsequente a Declaração Americana sobre Direitos Humanos e Deveres do Homem de 1948, e outros que haveriam de se complementar mutuamente.[21]

Paralelamente aos tratados de direitos humanos "gerais" e "especializados" conceberam-se outros procedimentos com bases em tratados , resoluções e decisões das organizações internacionais v.g. Resolução 1503 do ECOSOC de 1970-71, o sistema de decisão 3.3 do Conselho Executivo da Unesco de 1978, o sistema

20. Dallari - Dalmo de Abreu - opus citae - fls. 186 usque 187 .
21. Trindade - Antônio Augusto Cançado - A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Saraiva - 1991 - fls. 2 usque 10.

de operação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que foram paulatinamente fazendo com que houvesse a superação da objeção de "competência nacional exclusiva" através da cristalização da capacidade processual internacional dos indivíduos com a consequente atribuição ou asserção da capacidade de agir dos órgãos internacionais.[22]

Concomitantemente ao momento que celebraremos em 10 de dezembro de 1998, os cinquenta anos da Declaração dos Direitos da Onu, estaremos vivendo uma profunda crise no planeta, que globalizado sob a égide desiquilibrada de um só princípio o Liberal, comprova através da crise financeira globalizada e sistêmica a falência de um modelo que se orienta sómente pela ótica da Liberdade, deixando a descoberto o princípio Igualitário.

Temos de ter consciência, e o homem já possui massa crítica suficiente, de forma interdisciplinar, na história, na filosofia, no direito, na economia, na ética, nas ciências da informação e da linguagem, nas ciências da área dura, etc, para ter a suficiente convicção axiomática que a Justiça, não com um conteúdo abstrato e metafísico, mas plena de realidade material também, pode ser construída através da justa medida entre o equilíbrio da Liberdade e da Igualdade, projetada não só no âmbito das nações mas pela orbe globalizada.

Assim é de resgatar o pensamento moderno de Robert Alexy, com sua Teoria dos Direitos Fundamentais, que nos orienta ao multifacetário das liberdades positivas e negativas, que para realizar os direitos sociais fundamentais[23] preleciona o seu cotejo com um dos clássicos direitos negativos, o direito à propriedade completando assim seu pensamento integrativo eclético concebido ao longo de sua teoria estrutural[24] ao que recebe o apoio do filósofo Ernest Tugendhat, quando em sua obra, Lições de Ética[25], quando na Décima Sétima Lição trata dos Direitos Humanos advertindo sobre esta necessidade equilibrada.

Importante também não esquecer da lição de J.G.Canotilho, em sua obra clássica Direito Constitucional lembrando o princípio estruturante de garantia dos direitos sociais através *da proibição de retrocesso social.*[26].

Com o somatório destas teorias, teríamos equilibrados no espaço globalizado e introjetados pelo princípio da parametricidade constitucional, que age no sistema jurídico análogamente como um processo de osmose química, propiciando assim a inteiração entre o sistema jurídico internacional e os diversos sistemas nacionais, através da atuação dos princípios de liberdade e igualdade, devidamente equilibrados, a justiça e o direitos impostergáveis de todos os seres humanos para o limiar do terceiro milênio.

22. Trindade - Antônio Augusto Cançado - opus citae - fls 8-9.
23. Alexy - Robert - Teoria de los Derechos Fundamentales - Centro de Estudios Constitucionales - Madrid - 1997.- fls. 410.
24. Alexy - Robert - opus citae - fls 38 e 39.
25. Tugendhat - Ernest - Lições sobre Ética - Vozes - Petrópolis - 1997 - fls. 390 - 391.
26. Canotilho - José Gomes - Direito Constitucional - Almedina - Coimbra - 1991 - fl;. 474.