

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

VOLUME 18 – 2000

COLEÇÃO ACADÊMICA DE DIREITO

Volume 19



RS/Porto Alegre – Av. Pernambuco, 2810 – 90240-002 – Fone: (51) 346.1300 / Fax: (51) 222.9142
SP/São Paulo – Praça da República, 376/11º and. – 01045-000 – Fone e Fax: (11) 3224.9600
RJ/Rio de Janeiro – R. Buenos Aires, 70/6º and. – 20070-020 – Fone (21) 224.3399 Fax: (21) 252.9143
PE/Recife – Av. Marquês de Olinda, 200/310 – 50030-000 – Fone e Fax: (81) 224.2440

Internet: www.sintese.com – E-mail: sintese@sintese.com

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 Plínio de Oliveira Corrêa – Vice-Diretor

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

Conselho Editorial

Professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira
Professor Carlos Silveira Noronha
Professora Cláudia Lima Marques
Professor Franz August Gernot Lippert
Professora Guiomar Theresinha Estrella Faria
Professor Igor Danilevicz

Professora 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

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. –
Vol. 18 – Porto Alegre : UFRGS. 2000 – 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
Piedese 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 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



Av. Pernambuco, 2810 – CEP 90240-002
Porto Alegre-RS – Fone: (51) 346.1300 / Fax: (51) 222.9142

Praça da República, 376/11º andar – CEP 01045-000
São Paulo-SP – Fone e Fax: (11) 3224.9600

R. Buenos Aires, 70/6º andar – CEP 20070-020
Rio de Janeiro-RJ – Fone (21) 224.3399 Fax: (21) 252.9143

Av. Marquês de Olinda, 200/310 – CEP 50030-000
Recife-PE – Fone e Fax: (81) 3224.2440

Internet: www.sintese.com
E-mail: sintese@sintese.com

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

Ruy Cirne Lima

Antônio de Almeida Martins Costa Neto

No dia 02 de junho de 2000 faleceu em Porto Alegre o Professor Antônio de Almeida Martins Costa Neto, que lecionou Direito Civil na nossa Faculdade de Direito por mais de 30 anos. Professor, advogado, juiz eleitoral, Antônio de Almeida Martins Costa foi sobretudo um profundo humanista, na memória de suas aulas e das lições que passou aos seus incontáveis alunos, justificando-se a homenagem ora prestada.

Neto de José Martins Costa Júnior, um dos fundadores da então Faculdade Livre de Direito e de Antônio de Almeida Martins Costa, um dos seus primeiros professores, filho de José Luiz de Almeida Martins Costa, emérito advogado e também Professor de Direito Civil desta Casa, Antônio de Almeida Martins Costa Neto nasceu em Porto Alegre em 15 de março de 1928 e fez estudos no velho Colégio Anchieta, diplomando-se no curso clássico que, então, proporcionava aos seus alunos sólida formação em Humanidades. Naturalmente encaminhou-se aos estudos jurídicos, ingressando em 1946 como aluno desta Casa, onde colou grau em 1950. Desde logo, passou a advogar, ingressando em 1958, por prova seletiva, como instrutor e, após, como Professor da Cátedra de Direito Civil, onde se aposentou em 1991.

A par de suas atividades como advogado, como membro da direção do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul¹ e da seccional gaúcha da Ordem dos Advogados do Brasil, o Professor Antônio exerceu o magistério do Direito Civil imbuído do “sentido de missão” que lhe foi legado pela tradição familiar:² para ele, o Direito, e notadamente o Direito Civil, não se resolvia na mera articulação de dados técnicos postos arbitrariamente por um legislador demiúrgico, mas consistia na forma de concreta realização dos “direitos que formam a base da própria dignidade humana”, como afirmou no discurso que, como Paraninfo, dirigiu aos bacharéis da Turma de 1978.

1. Foi primeiro Vice-Presidente do IARGS (1972-1974), membro vitalício do seu Conselho Diretor e Presidente do Instituto de Direito Civil da instituição no biênio 1968-1970.

2. Tradição que recebeu de seus pais e avós e transmitiu à sua descendência: casado com Helena Hofmeister Martins Costa, dos nove filhos que teve o Professor Antônio Martins Costa Neto, quatro dedicam-se ao Direito: Judith Hofmeister Martins Costa, também professora de Direito Civil nesta Faculdade, Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, Juiz do Trabalho e Professor da Faculdade Ritter dos Reis e os advogados Henrique Hofmeister de Almeida Martins Costa e Laura Martins Costa Malcon, sendo sua neta Paula Martins Costa Schirmer estudante de Direito nesta Faculdade.

Por isto, sua preocupação, transmitida aos paraninfados e que tem ainda hoje atualidade, de não se transformarem, se juizes, em “aplicadores minuciosos da lei” apartados, porém, dos “princípios fundamentais do direito”, pois o juiz “deve ser, antes de tudo, um criador do direito, e não um simples computador de normas jurídicas e de dados que lhe são apresentados pelas partes”; se administradores, de não se reduzirem a “meros peritos, perdidos na rotina administrativa” da qual ignorassem “freqüentemente ... o porquê”; por isso seu cuidado e seu atento conselho aos paraninfados para que, se escolhessem a carreira do magistério do Direito, não se deixassem perder na rotina de “exercer programas cada vez mais carregados e especializados”, assim correndo o risco de transformar seus alunos em “máquinas jurídicas” distantes da compreensão de que os que se dedicam ao Direito não poderiam ser senão “pilotos que se sentirão plenamente responsáveis pela direção do barco comum a todos”.

Por estas e outras lições, o Professor Antônio de Almeida Martins Costa Neto ficará na lembrança de todos os que com ele conviveram como um homem que, à cultura humanista e ao amor ao Direito, aliou a *finesse du coeur* que foi a sua marca, traduzida no profundo senso do justo que expressou a sua mais significativa dimensão como advogado, juiz, professor, pai, avô, amigo.

Franz August Gernot Lippert

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS e
Diretor da Revista da Faculdade de Direito UFRGS

Ney Ahrends

Aqueles que o conheceram pessoalmente talvez não imaginassem quem ele era: baixo, gordo, um pouco disforme, desleixado, sempre bem-humorado, criticando os generos, cuja inspiração Balzaquiana sempre pareceu evidente; totalmente despido de vaidade, exceto daquela do trabalho bem feito.

Aqueles que o conheceram no exercício da profissão de Advogado seguramente deram-se conta de que estavam diante de um espírito singularmente superior: a transformação era imediata: o que parecia pequeno e mesquinho se agigantava. A humildade transmutava-se em talento: os pés erguiam-se, feito Robespierre, quando sustentava oralmente; todos o ouviam silenciosa e respeitosamente. A razão não poderia estar senão do seu lado, da sua parte, do seu constituinte, que sempre tinha razão. Da mesma forma, quando ditava seus arazoados. A prova era o elemento principal.

De todos os Advogados que conhecemos, aqui e alhures, foi sem dúvida o mais dedicado e o mais completo. Seu entusiasmo era o de um estagiário.

Foi Professor de Direito Processual Civil, na nossa Faculdade de Porto Alegre, durante trinta anos. Foi Desembargador do Tribunal de Justiça. Mas foi, sobretudo e sempre, Advogado.

Ney Ahrends foi amigo exemplar, trinta anos ininterruptos. Marido, pai, irmão e avô que certamente ficará para sempre na memória dos seus próximos.

Foi, sobretudo e sempre, Advogado.

Sua admiração era por De Gaulle – enquanto homem público – tendo lido a generalidade dos mais de 3.000 escritos sobre o General. Costumava dizer que a única leitura possível, após um pesado dia no Escritório, era a de uma *biografia*. E por Itiberê de Moura, como colega.

Na lápide deste último – que não cansava de repetir – está dito mais ou menos assim: “À profissão tudo dei. Dei mais do que os meus cuidados. Por isso, este epitáfio elaborei: sempre e só Advogado.”

Sérgio José Porto

Advogado e Professor de Direito na UFRGS

Sumário

ARTIGOS

- Uma Conjugação de Tradição e Modernidade** 11
Eduardo Kroeff Machado Carrion
- A Teoria das Pessoas de Teixeira de Freitas: entre Individualismo e Humanismo** 15
Alexandre dos Santos Cunha
- A Urgência e o Direito de Família (As Chamadas Medidas Provisionais do artigo 888 do CPC)** 25
Carlos Alberto Alvaro de Oliveira
- Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base no Código de Defesa do Consumidor – A Evolução das Obrigações Envolvendo Serviços Remunerados Direta ou Indiretamente** 35
Claudia Lima Marques
- Códigos Únicos Y Restatements para Unificar La Regulación Internacional Del Contrato (Su influencia en el Proyecto de Código Civil de 1998)** 77
Claudia R. Brizzio
- Pareceres, juristas e apedeutas** 93
Eros Roberto Grau
- As Diversas Eficácias e seu Convívio no Conteúdo da Sentença. A Tese de Pontes de Miranda** 97
Fernando Sá
- Fringe Benefits – Reflexos de sua Concessão nas Áreas Tributária e Trabalhista** 111
George Lippert Neto
- Harmonisation of the Tax Systems in Europe Judgements of the European Court of Justice** 121
Gerhard Laule e Robert Weber
- O Direito de Retenção por Benfeitorias no Código Civil Brasileiro** 145
Gustavo Burgos de Oliveira
- Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito** 153
Judith Martins-Costa
- Algumas contribuições da ciência histórica à tarefa do historiador do Direito** 171
Laura Beck Varela
- O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982, de 03 de dezembro de 1999)** 181
Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Reflexões acerca do Princípio do Juiz Natural	199
<i>Michele Costa da Silveira</i>	
Importação Paralela na União Européia	215
<i>Renata Lucas de Carvalho</i>	
O Poder Judiciário e a Concretização das Cláusulas Gerais: Limites e Responsabilidade	221
<i>Ruy Rosado de Aguiar Júnior</i>	
Nuevo Dinamismo o Estancamiento: El futuro de las relaciones entre el Mercosur y la UE	229
<i>Ulrich Wehner</i>	
RESENHA	
Duas formas de contar a história da Faculdade de Direito de Porto Alegre	249
<i>Fabiano Engelmann</i>	

Uma Conjugação de Tradição e Modernidade*

Eduardo Kroeff Machado Carrion

Diretor da Faculdade de Direito da UFRGS.

Senhoras e Senhores:

Datas jubilares são importantes momentos de repensar-se a identidade e de projetar-se o futuro das instituições. Fundada a 17 de fevereiro de 1900, quando aprovaram-se os Estatutos e constituiu-se a Congregação, com a denominação de Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre, a Faculdade de Direito da UFRGS completa seu primeiro centenário conjugando tradição e modernidade.

Primeira Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul, sétima do Brasil, exerceu ampla e significativa influência na reflexão jurídica e na vida pública do Estado e do País.

A instalação solene da Faculdade ocorreu a 03 de maio de 1900, com a presença, entre outras autoridades, do Presidente do Estado, Dr. Antônio Augusto Borges de Medeiros, e do Patriarca Júlio Prates de Castilhos, um dos inspiradores e

incentivadores de sua criação, no dizer de um ilustre historiador da Casa, também ex-aluno. Refletindo o pendor da cultura jurídica gaúcha para o direito público, sua aula inaugural, em 04 de maio, foi proferida pelo Professor Plínio Casado, responsável pela disciplina de Direito Público e Constitucional.

Foi seu primeiro Diretor o Desembargador Carlos Thompson Flores, com mandato de quatro anos. Sucedeu-lhe o Professor Manoel André da Rocha, que permaneceu no cargo por três décadas até assumir a Reitoria quando da fundação da Universidade de Porto Alegre em 1934. Foram ainda seus Diretores ilustres figuras que cabe nesse momento lembrar e a que temos a honra e a responsabilidade de suceder: Luiz Mello Guimarães, Leonardo Macedônia Franco e Souza, Edgar Luiz Schneider, Elpídio Ferreira Paes, José Salgado Martins, Eloy José da Rocha, Galeno Vellinho de Lacerda, Ruy Cirne Lima,

* Discurso lido em 17 de fevereiro de 2000 por ocasião da abertura das comemorações do centenário da Faculdade de Direito da UFRGS, realizada pela manhã no vestíbulo do prédio.

Fernando Jorge Schneider, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, Almiro Régis Mattos do Couto e Silva, José Sperb Sanseverino e Peter Walter Ashton.

Por seus bancos escolares passaram notáveis homens públicos nacionais, entre os quais Getúlio Vargas, Joaquim Maurício Cardoso, João Neves da Fontoura, João Goulart, Francisco Brochado da Rocha, Alberto Pasqualini. Contou entre seus professores com algumas das mais altas expressões da cultura jurídica do país.

Funcionando inicialmente no antigo prédio do Liceu (Escola Normal), localizado na esquina das ruas Duque de Caxias e Bragança, hoje Marechal Floriano Peixoto, transfere-se, em 1910, para a atual construção neoclássica na avenida João Pessoa, réplica do "Palais du Rhin" em Estrasburgo, palácio de verão do kaizer Guilherme II, imperador da Alemanha.

Desde cedo, revelou sua vocação universalista. Sua criação marcou o início dos cursos humanísticos no Estado. A Escola de Comércio de Porto Alegre, futura Faculdade de Ciências Econômicas, originou-se em 1909 na Faculdade de Direito, desligando-se apenas em 1945. A Faculdade de Educação, Ciências e Letras, futura Faculdade de Filosofia, instituída em 1936, embora funcionando apenas a partir de 1942, instalou-se durante algum tempo em seu prédio. Por ocasião da fundação da Universidade de Porto Alegre, em 1934, a Reitoria localizou-se na Faculdade de Direito.

Sabemos que, ao longo de sua história, os cursos jurídicos no Brasil identificaram-se com a construção do Estado

nacional. A Faculdade Direito da UFRGS, uma das mais tradicionais do país, tem honrado, em sua já centenária existência, esse compromisso.

Contribuímos assim, significativamente, para a formação da consciência republicana do Estado e do País. Podemos dizer, sem ser temerários, que a Faculdade de Direito da UFRGS alça-se a uma verdadeira Escola de Cidadania.

A tradição da Faculdade de Direito é patrimônio que merece ser lembrado e celebrado. Inspira-nos perspectiva e consciência histórica, fortalecendo nosso compromisso.

Tradição essa que não tem impedido, mas ao contrário favorecido um processo de permanente modernização. Haja vista a criação, em 1985, do Curso de Mestrado em Direito, pioneiro da pós-graduação *stricto sensu* em Direito no Estado, e, em 1999, durante a atual gestão, do Curso de Doutorado em Direito. No âmbito da pós-graduação *lato sensu*, funcionam atualmente quatro cursos de Especialização. Nos últimos anos, seu corpo docente renovou-se significativamente, contando com novos talentos e qualidades, sem perder a referência intelectual com relação a seus antigos mestres que continuam a marcar o seu presente.

A Faculdade de Direito completa seu primeiro centenário revelando excelência acadêmica, atestada pelos mais diversos indicadores de qualidade, públicos ou privados: Avaliação das Condições de Oferta dos Cursos de Direito, de iniciativa da SESu/MEC, Exame Nacional de Cursos, o denominado "Provão", promovido pelo INEP/

MEC, Exame de Ordem, de iniciativa da OAB, Ranking das Melhores Faculdades de Direito do País, entre outros.

A par das atividades de ensino, seja de graduação, turno diurno e noturno, seja de pós-graduação, e de pesquisa, temos desenvolvido uma ampla ação de extensão universitária, voltada para a comunidade.

Demais, a Faculdade de Direito tem fortalecido sua tradição e sua responsabilidade no sentido de transformar-se também em um espaço público para o debate e a discussão, de forma pluralista e democrática, aberta e participativa, dos grandes temas e problemas nacionais e internacionais. Sempre em defesa da liberdade, da igualdade e da solidariedade, valores supremos.

Enfrentamos inúmeras dificuldades é verdade, que são aliás comuns à Universidade brasileira como um todo. Dificuldades, sobretudo, no que diz respeito à carência de docentes e de servidores técnico-administrativos, à insuficiência de espaço físico e à falta de recursos. Nosso prédio está a urgentemente merecer um trabalho de restauração, inclusive como forma de resgatar a memória regional e nacional.

Tradição, modernidade, qualidade e universalismo parecem assim revelar e sintetizar a trajetória já centenária de nossa Faculdade de Direito.

As comemorações do primeiro centenário da Faculdade de Direito da UFRGS são ocasiões de regozijo para todos. Tratando-se de curso público, mantido pela União Federal, sua qualidade é resultado da sensibilidade e do investimento de inúmeras gerações. Nesse sentido, sempre estaremos de portas abertas para a sociedade, da qual dependemos e à qual servimos.

Muito resta ainda por fazer e muito talvez poderia ainda ter sido feito. Mas seguramente, ao comemarmos o primeiro centenário da Casa, podemos dizer que muito também já se realizou nessa longa e significativa trajetória.

Somente graças à dedicação e ao empenho de nossos professores, servidores técnico-administrativos e alunos, alcançamos um padrão de excelência. Portanto, as justas homenagens da Direção a todos aqueles que não pouparam esforços para que comemorássemos dignamente o primeiro centenário da Casa.

Mas nossa história já é longa. Nesse momento, devemos sobretudo lembrar todos aqueles que, durante esses cem anos, ajudaram a construir nossa Faculdade, com imensos serviços prestados à sociedade gaúcha e à nação brasileira.

Longa vida à Faculdade de Direito da UFRGS!

Muito obrigado.

A Teoria das Pessoas de Teixeira de Freitas: entre Individualismo e Humanismo¹

Alexandre dos Santos Cunha

Bacharel em Direito e Licenciando em Filosofia pela UFPel e
Mestrando em Direito Civil pelo PPGD/UFRGS.

Introdução

O longo e atribulado processo codificatório civil brasileiro teve seu grande impulso, indiscutivelmente, através da obra de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS. Grande sistematizador, o *Esboço de Código Civil* por ele confeccionado, entre 1859 e 1867, é um dos mais importantes textos da literatura jurídica nacional, além de maior e mais importante influência do Código Civil vigente.

Extremamente rigoroso quanto ao método, constrói TEIXEIRA DE FREITAS todo o sistema de seu *Esboço* sobre a bipartição dos direitos em pessoais e reais. Conseqüentemente, o conceito de pessoa por ele adotado é capital para a compreensão de seu pensamento, e, portanto, das bases teóricas sobre as quais se assenta a legislação civil brasileira.

SUMÁRIO:

Introdução.

I – A teoria das pessoas e a teoria da personalidade: individualismo, patrimonialismo e humanismo na dogmática civilista.

II – O caráter inovador de Teixeira de Freitas: a preservação do “humano” na pessoa.

Conclusões.

Bibliografia.

1. Ensaio originalmente apresentado, sob a forma de comunicação, quando do VI Congresso Brasileiro de Filosofia, promovido pelo Instituto Brasileiro de Filosofia e pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), em 06 de setembro de 1999.

No que tange à teoria das pessoas, a concepção mais geralmente aceita é a de que o individualismo kantiano, e a dogmática a partir deste desenvolvida por SAVIGNY, teriam sido a maior influência recebida pelo *Esboço*. O objetivo do presente ensaio é o de questionar esse entendimento, através de um estudo comparativo entre a teoria das pessoas liberal-individualista do século XIX e a contemporânea teoria da personalidade, a partir do qual se possa buscar situar teoricamente a compreensão de TEIXEIRA DE FREITAS acerca da questão.

Para tanto, iniciarei por uma análise da teoria das pessoas oitocentista, em especial de seu caráter individualista e patrimonialista, bem como da teoria da personalidade (I), para, em um segundo momento, construir, a partir do estudo do *Esboço*, a posição de TEIXEIRA DE FREITAS sobre o problema (II).

I – A teoria das pessoas e a teoria da personalidade: individualismo, patrimonialismo e humanismo na dogmática civilística

A teoria das pessoas encontra-se geneticamente vinculada à histórica luta do homem pela garantia de sua liberdade indi-

vidual frente ao arbítrio do outro.² Tem, portanto, em sua origem mesma, um forte componente individualista.

Para LAFER,³ a emergência, no campo do Direito, do individualismo, é o resultado de um longo processo histórico, que tem sua origem na filosofia estoica e cristã que, por pregar a prevalência da vida contemplativa sobre a atividade política, o que era necessário à salvação do Homem, acabou por inverter a prioridade, até então atribuída pela filosofia grega clássica, à pólis sobre o indivíduo. Desse longo e lento processo histórico de cerca de dois mil anos, que infelizmente não poderei abordar detidamente, resultará, a partir do nominalismo, a redução praticamente total da filosofia à epistemologia.⁴ O antropocentrismo faz com que a possibilidade do conhecimento passe a ser a preocupação fundamental dos filósofos.

Não por acaso, é na Idade Média que os conceitos de “pessoa” e de “ser humano” começam a tornar-se coincidentes. Antes de São Tomás de Aquino, considerava-se as coisas como podendo ser dotadas de capacidade jurídica, e, até que os jusnaturalistas espanhóis da Escola de Salamanca fossem chamados a resolver a questão do *status* jurídico das populações nativas da América, sequer se havia cunhado a idéia de que todos os seres humanos são pessoas.⁵

2. Cf., entre outros, MESSINETTI, Davide. *Personalità (diritti della)*, p. 358; LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, p. 58; e LOCKE, John. *Two treatises of government*, p. 306.

3. Cf. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, pp. 118 e ss.

4. Sobre as relações entre o nominalismo e a filosofia do Direito do iluminismo, ver ALVES, Gláucia Corrêa Retamozo Barcellos. *Do nominalismo ao direito moderno: uma leitura de Michel Villey*.

5. Cf. HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, pp. 14 e ss.

No entanto, a partir do desenvolvimento, por GRÓCIO, do conceito de direito subjetivo – o que, como ressalta VILLEY,⁶ apenas foi possível em virtude dessa mesma virada filosófica –, o conceito de pessoa será cada vez mais subsumido no de sujeito de direito. Por isso, KANT chegará a definir “pessoa”, na *Metafísica dos costumes*, como sendo o sujeito cujos atos podem ser-lhe imputados.⁷ É sobre esse sujeito de direito, necessariamente um ser humano,⁸ que está baseada a teoria das pessoas de SAVIGNY, que vê a pessoa como mero elemento da teoria da relação jurídica.⁹

A expansão das idéias de SAVIGNY será determinante para que os estudos sobre a pessoa, ao longo do século XIX, restrinjam-se à capacidade jurídica. O que importará à dogmática civilística oitocentista será a necessidade de operar tecnicamente o conceito de pessoa enquanto elemento da relação jurídica. Assim sendo, o “humano” na pessoa será relegado ao segundo plano pelo “técnico”.

Mais profundas foram as conseqüências da associação do conceito oitocentista de pessoa àquilo que MESSINETTI denomina como sendo a “lógica proprietária” dos juristas do século XIX.¹⁰ Uma vez que a possibilidade de aquisição da propriedade era tida, na filosofia política Iluminista,

como um dos mais fortes componentes da liberdade individual, a metodologia civilista tendia a pensar todo o Direito civil desde esse instituto. Estendida à teoria das pessoas, essa visão deu origem à teoria do patrimônio de AUBRY ET RAU,¹¹ para a qual o patrimônio é constituído pelo conjunto dos direitos subjetivos de um indivíduo. Ou seja, sendo a pessoa tomada exclusivamente desde o ponto de vista da teoria da relação jurídica, ela é o seu patrimônio. Portanto, toda e qualquer restrição à propriedade é uma restrição à liberdade individual mesma, enquanto que a única esfera de desenvolvimento da personalidade que tem alguma relevância jurídica é a da acumulação econômica. Não se pode pensar em maior “coisificação” da pessoa.

A superação dessa concepção começará a desenvolver-se a partir de fins do século XIX, com a criação, por GIERKE, da teoria da personalidade.¹² Tal teoria surge como resposta a dois fenômenos sociais do final de século. Na esfera patrimonial, o desenvolvimento da sociedade industrial fazia com que se tornasse necessário um questionamento do dogma autonomia da vontade, com o Estado passando a intervir pesadamente no campo da livre iniciativa econômica e contratual. De outro lado, o surgimento dos direitos sociais ou de crédi-

6. Cf. VILLEY, Michel. *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occa*.

7. Cf. HATTENHAUER, Hans. *Op. cit.*, pp. 18 e ss.

8. Cf. KANT, Immanuel. *Métaphysique des moeurs*, vol. 2, p. 269.

9. Cf. HATTENHAUER, Hans. *Op. cit.*, loc. cit.

10. Cf. MESSINETTI, Davide. *Op. cit.*, pp. 356 e ss.

11. AUBRY ET RAU, *Traité de Droit Civil français d'après la méthode de Zachariae*. Tomo IX.

12. Cf. HATTENHAUER, Hans. *Op. cit.*, pp. 22 e ss.

to e a formação das democracias de massa impunha que, paralelamente à igualitarização, fosse resguardado aos indivíduos uma esfera de liberdade privada que pudesse manter-se a salvo da regulação estatal e da standardização da sociedade. Para ORLANDO DE CARVALHO,¹³ tratava-se de assegurar ao homem, para que seja uma verdadeira pessoa, condições essenciais do seu “ser” e “dever ser”, do seu livre desenvolvimento como ser humano. Para isso, surgia a teoria da personalidade, como um anseio de tutela jurídica da esfera do “humano” no homem: a sua intimidade, privacidade, honra ou saúde. Conforme HANNAH ARENDT,¹⁴ via-se emergir, paralelamente à esfera social, que une as esferas pública e privada, uma esfera da personalidade, que garante aquilo que de exclusivo traz em si cada ser humano.

Embora anterior à elaboração do Código Civil alemão, a teoria da personalidade vai ter acolhimento, nas codificações, apenas pelo Código Civil suíço de 1907. O seu desenvolvimento legislativo se dará fundamentalmente através das constituições e declarações de direitos, das quais é exemplificativa a Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, que consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.¹⁵

Para ORLANDO DE CARVALHO,¹⁶ são três os aspectos fundamentais

dos direitos de personalidade: a essencialidade, a indissolubilidade e a ilimitabilidade, uma vez que o homem natural é, por si mesmo, ilimitado. Assim sendo, a questão mais importante, no que tange aos direitos de personalidade, é a de seu livre desenvolvimento e sua tutela. Daí a importância que, contemporaneamente, vêm dando os constitucionalistas à proteção do livre desenvolvimento da personalidade. CANOTILHO¹⁷ considera como estando subsumidos nesse princípio: a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável de sua individualidade autonomamente responsável; a libertação da angústia da existência, quer através do direito de estar só consigo mesmo, quer de mecanismos de socialidade, dentre os quais encontram-se o direito a condições mínimas de subsistência e o direito ao trabalho; a garantia e a defesa da autonomia individual; e a igualdade formal.

Conseqüentemente, pode-se afirmar que, hoje, a doutrina do livre desenvolvimento da personalidade possibilitou a redescoberta do homem como valor-fonte e finalidade do ordenamento jurídico como um todo, numa perspectiva que sobrepõe valores humanistas ao individualismo proprietário do século XIX.

Pode-se, porém, afirmar que prevalecia, em toda a dogmática civilística

13. Cf. CARVALHO, Orlando de. *Les droits de l'homme dans le Droit civil portugais*, pp. 9 e ss.

14. *Apud* LAFER, Celso. *Op. cit.*, pp. 267 e ss.

15. Sobre as relações entre os direitos de personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, estendi-me mais longamente em meu artigo *Dignidade da pessoa humana, conceito fundamental do Direito civil*.

16. Cf. CARVALHO, Orlando de. *Op. cit.*, *loc. cit.*

17. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 363.

oitocentista, a assim chamada “lógica proprietária”? É o que me proponho a questionar, a partir da demonstração do quanto de inovador tem o *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS a esse respeito.

II – O caráter inovador de Teixeira de Freitas: a preservação do “humano” na pessoa

Em sua obra de sistematizador, e, em um segundo momento, de codificador, são notoriamente reconhecidas em TEIXEIRA DE FREITAS duas grandes influências pessoais: LEIBNIZ e SAVIGNY. Do primeiro, teria ele herdado a concepção de necessidade da sistematização científica e da construção do Código a partir de uma Parte Geral e de uma Especial;¹⁸ enquanto o segundo seria a sua grande inspiração dogmática, em especial quando da elaboração daquele “único dispositivo” que é capaz de determinar todo o sistema: a bipartição dos direitos entre pessoais e reais. Quanto a este último aspecto, recebe nosso jurista a influência indireta da *Metafísica dos costumes* de KANT,¹⁹ da qual SAVIGNY é caudatário.

Construindo o seu sistema sobre a partição dos direitos entre pessoais e reais, a tábua de matérias da *Consolidação das Leis Civis* foi composta de uma Parte Geral, subdividida em pessoas e bens, à qual, no *Esboço*, foram acrescidos os fatos jurídicos; e uma Especial, versando sobre direitos pes-

soais e reais, e, no *Esboço*, sobre as disposições comuns a ambos os direitos. Conseqüentemente, a chave para o sistema de TEIXEIRA DE FREITAS é o seu conceito de pessoa.

No art. 16 do *Esboço*, estão definidas “pessoas” como sendo “todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos”. A esse artigo, completa o de nº 17, que dispõe sobre a única classificação que admite das pessoas: “as pessoas, ou são de existência visível, ou de existência tão-somente ideal. Elas podem adquirir os direitos, que o presente Código regula, nos casos, e pelo modo, e forma, que no mesmo se determinar. Daí dimana sua capacidade, e incapacidade civil”. Essa classificação, nova à época, reflete, igualmente, uma concepção filosoficamente inovadora frente à dogmática civilística de então.

Em primeiro lugar, opta TEIXEIRA DE FREITAS pela utilização de um termo semanticamente associado à metafísica para considerar todas as pessoas como “entes”.²⁰ Dessa forma, demonstra repúdio pelas concepções então vigentes, como a de TOULLIER, que via a possibilidade de existência de diferentes tipos de pessoas de acordo com a situação e o estado, colocando-as todas em absoluta posição de igualdade sob a categoria metafísica do “ente”. O repúdio às demais classificações propostas pela doutrina francesa, que separavam as pessoas em físicas e jurídicas, ou individuais e coletivas, denota uma segunda tomada de posi-

18. Ver, a esse respeito, MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *O sistema na codificação brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas*.

19. Na edição francesa, pp. 69-75.

20. Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço*, nota ao art. 17.

ção filosófica. Para TEIXEIRA DE FREITAS, classificar as pessoas como físicas desnatura o homem, reduzindo-o ao seu aspecto animal em detrimento do espiritual, sem o qual “não seria ente jurídico, porque não seria suscetível de adquirir direitos”, ao mesmo tempo que classificá-las, desde uma ótica individualista, de individuais e coletivas, não explica o fenômeno das “pessoas de existência ideal” que também são pessoas individuais.

Reflexo mais importante do pensamento próprio de TEIXEIRA DE FREITAS sobre a teoria das pessoas é a crítica feita, na nota ao art. 21 do *Esboço*, à doutrina alemã, especialmente a SAVIGNY, no que tange à identificação de “pessoa” com “capacidade jurídica”. Para o nosso jurista, supor que “pessoa” seja o mesmo que “capacidade jurídica” leva a supor, igualmente, ser possível a existência de seres humanos – que, por sua existência visível, são naturalmente pessoas – que não sejam dotadas de capacidade de direito, o que leva ao reconhecimento da teoria romana do *status* individual e da *capitis deminutio*. Mesmo escrevendo um Código para uma sociedade escravagista, ressalta TEIXEIRA DE FREITAS que até os escravos são pessoas, uma vez que seres humanos: “por muitas que sejam as restrições, ainda lhes fica a aptidão para adquirir direitos; e tanto basta para que sejam pessoas”. Daí a crítica igualmente endereçada, na nota ao art. 17, a DEMOLOMBE, para o qual não se podia distinguir com exatidão entre pessoa, esta-

do e capacidade. Para TEIXEIRA DE FREITAS, só se pode indagar, ou não, de capacidade de direito em relação às “pessoas de existência ideal”, uma vez que todos os seres humanos são pessoas, ainda que para estes varie a capacidade civil, que é sempre de fato, e não de direito, em virtude de sua dependência familiar. Desde um ponto de vista humanista, assume um repúdio “a tantas classificações inúteis de pessoas nos livros de Direito Civil”.

Não sendo essa, no entanto, a concepção prevalente em sua época, sequer daquele que TEIXEIRA DE FREITAS considerava como sendo o seu maior mestre e influência pessoal, SAVIGNY, a qual designava como “o Jurisconsulto”, qual poderia ter sido a influência recebida por nosso jurista para a formação de uma concepção humanista, tão inovadora e na contracorrente do individualismo possessivo de sua época? Para REALE,²¹ isso denota a ainda pouco estudada influência do krausismo, em especial através de seu grande divulgador, HEINRICH AHRENS, sobre a obra de TEIXEIRA DE FREITAS. KRAUSE propunha-se a superar o individualismo kantiano, construindo uma dimensão social do Direito, que não poderia restar submetido à subjetividade transcendental, mas condicionado socialmente, uma vez que, sem o homem, não existe Direito que possa ser abstratamente considerado. Esse posicionamento efetivamente pode ser depreendido da obra legislativa de TEIXEIRA DE FREITAS, e sua teoria das

21. Cf. REALE, Miguel. *Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas*.

pessoas é, indubitavelmente, um dos maiores reflexos.²²

Posto isso, resta saber até que ponto pode-se considerar ter sido TEIXEIRA DE FREITAS, quando da confecção de sua teoria das pessoas, um precursor da contemporânea teoria humanista da personalidade. Pessoalmente, acredito ser o sistema do *Esboço*, em si, uma resposta afirmativa a essa questão.

O Livro Segundo da Parte Especial do *Esboço* é subdividido em três seções: a primeira versa sobre os direitos pessoais em geral, a segunda sobre os direitos pessoais nas relações de família, enquanto a terceira é destinada aos direitos pessoais nas relações civis. Temos, aqui, um reflexo da mesma lógica sistemática que deu origem à bipartição em Parte Geral e Especial, uma vez que há uma seção reservada às disposições comuns a ambas as sortes de direitos pessoais. Há, também, uma consequência direta da classificação das pessoas em “de existência visível” e “de existência ideal”. Os direitos pessoais nas relações de família, dizendo respeito apenas às “pessoas de existência visível”, são regulados em separado dos direitos pessoais nas relações civis, que podem referir-se tanto às pessoas “de existência visível” quanto às tão-somente “de existência ideal”. Não tendo atingido o ideal sistemático do Projeto do novo Código Civil, que traz a bipartição do Direito de Família em pessoal e patrimonial, resguardou TEIXEIRA DE FREITAS, entretanto, e

contrario sensu as demais codificações de sua época, um espaço próprio em seu sistema para a regulação dos direitos e deveres pessoais do homem naturalmente considerado: as relações familiares, ou seja, direitos de personalidade constituintes de sua vida privada.

Nesse aspecto, TEIXEIRA DE FREITAS, que não conhecia – nem poderia conhecer, uma vez que ainda não havia sido desenvolvida – a teoria da personalidade, demonstra, em sua sistemática, uma notável preocupação com o resguardo do humano na pessoa, operando em uma lógica totalmente inversa à prevalente na dogmática civilística oitocentista, obcecada pelas relações patrimoniais.

Conclusões

Sendo indiscutível a influência sofrida por TEIXEIRA DE FREITAS, através de SAVIGNY, do individualismo kantiano, essa não é absoluta, e, especialmente no que tange à teoria das pessoas, deve ser relativizada.

A influência de outras concepções filosóficas, em especial do krausismo e de AHRENS, conforme demonstra REALE, foram determinantes para que TEIXEIRA DE FREITAS buscasse uma concepção de Direito muito menos individualista ao mesmo tempo que inovadoramente humanista frente às demais codificações de sua época. Embora considerado por BEVILÁQUA um

22. A influência de AHRENS sobre a concepção nacional de “pessoa” no Direito é tão forte que mesmo BEVILÁQUA, Clóvis em seu *Em defesa do Projecto do Código Civil brasileiro*, apesar de não ser um seguidor dessa teoria, cita o autor para defender a Parte Geral do Projeto de Código Civil de 1899. Ver, a esse respeito, CUNHA, Alexandre dos Santos, *A reforma do ensino jurídico e o processo codificatório civil: a independência do Direito brasileiro*.

jurista sem considerações filosóficas,²³ propôs ele, em virtude de suas convicções éticas, um Código bastante mais avançado que o de 1916, que, embora confeccionado após o desenvolvimento da teoria da personalidade, não escapou de ser um reflexo, nas palavras de ORLANDO GOMES,²⁴ de uma tríade extremamente conservadora: patriarcalismo, patrimonialismo e responsabilização.

Bibliografia

- ALVES, Gláucia Corrêa Retamozo Barcellos. *Do nominalismo ao direito moderno: uma leitura de Michel Villey*. UFRGS/PPGD, Disciplina de Teoria Geral do Direito. Porto Alegre, 1999, monografia.
- AUBRY ET RAU. *Traité de Droit Civil français d'après la méthode de Zachariae*. Tomo IX.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defesa do Projecto do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1906.
- _____. *Linhas e perfis jurídicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra (Portugal): Almedina, 1993.
- CARVALHO, Orlando de. "Les droits de l'homme dans le Droit civil portugais". In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, nº XLIX (1973).
- CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. "A teoria das pessoas no Esboço de Teixeira de Freitas: superação e permanência". In SCHIPANI, Sandro, org. *Teixeira de Freitas ed il Diritto latinoamericano*. Pádua (Itália): CEDAM, 1988.

23. Vide a biografia de TEIXEIRA DE FREITAS escrita por CLÓVIS BEVILÁQUA em seu *Linhas e perfis jurídicos*.

24. Cf. GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*.

- de Filosofia. São Paulo, 1999. datilografado.
- MESSINETTI, Davide. "Personalità (diritti della)". In *Enciclopedia Giuridica Giuffrè*. Milão (Itália): Giuffrè, 1984, verbete.
- OPPETIT, Bruno. *Philosophie du Droit*. Paris (França): Dalloz, 1999.
- REALE, Miguel. "Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas". In SCHIPANI, Sandro, org. *Teixeira de Freitas ed il Diritto latinoamericano*. Pádua (Itália): CEDAM, 1988.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Garnier, 1883.
- _____. *Código Civil – Esboço*. Brasília, EdUnB/Ministério da Justiça, 1983. 2 volumes.
- VILLEY, Michel. "La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam". In *Archives de Philosophie du Droit*, nº 9 (1964).

A Urgência e o Direito de Família (As Chamadas Medidas Provisionais do artigo 888 do CPC)

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Professor Titular de Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRGS. Doutor em Direito pela USP. Desembargador do TJRS.

L Tão premente se apresenta em tema de direito de família a solução rápida do litígio, por envolver esse ramo do direito, em regra, valores sensíveis e de grande significado emocional, às vezes materiais, vinculados à realização de necessidades íntimas do ser humano, que exige no plano processual uma pronta resposta da jurisdição. O acesso de febre, sintoma de doenças mais graves, deve ser combatido prontamente para que a saúde jurídica dos integrantes da família volte às boas. Daí, a adequação a esse campo da tutela de urgência e de outras providências assemelhadas tendentes à rápida solução do litígio decorrente da relação familiar. Chama a atenção, nesse contexto, não tenham os operadores do direito brasileiro ainda se dado conta da importância decisiva das medidas provisionais do artigo 888 do CPC.

Talvez a razão para o fenômeno esteja na circunstância bastante conhecida de que nos dias atuais virou moda adotar-se em caso de urgência, inclusive na área do

direito de família, a tutela antecipatória do artigo 273. Não há dúvida de que a satisfação provisória, mormente se dispensada *initio litis*, é a que melhor se ajusta aos valores envolvidos em casos tais, pois capaz de interferir no próprio plano do direito material e antecipar os efeitos da futura sentença de mérito. Somente assim será possível prevenir o dano, porquanto nessas hipóteses não basta apenas conservar para afastar a insatisfação decorrente do estado antijurídico, revelando-se necessária a *antecipação*, parcial ou total, dos próprios efeitos materiais da sentença a ser proferida no processo de conhecimento. Tudo tem a sua fonte na própria natureza do *periculum in mora* que, em tais hipóteses, constitui-se não pelo temido desaparecimento dos meios necessários à formação e execução da providência principal, e sim, precisamente, pela permanência do estado de insatisfação do direito, objeto do futuro juízo de mérito. Ora, por isso mesmo esse tipo de receio de lesão só pode ser prevenido com a antecipação dos efeitos da própria sentença final.¹

1. CALAMANDREI, em 1934, na sua clássica obra a respeito dos *provvedimenti cautelari*, *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*, agora in *Opere Giuridiche*, Morano, Napoli (1983), IX, nº 18, p. 196, havia advertido o fenômeno, ressaltando que, em alguns casos, a providência interina trata de "acelerar", em via provisória, a satisfação do direito.

No entanto, e esse é o ponto que vem passando inadvertido, a antecipação pode se dar no âmbito do processo provisional, sem necessidade de uma invocação precisa e detalhada do receio de lesão, e com muito maior adequação, dado que, como já foi ressaltado, a urgência está no cerne mesmo do direito de família. Aí é que pode entrar em cena o emprego das chamadas medidas provisionais, que não se ostentam nem cautelares nem provisórias, no âmbito de um procedimento sumário e autônomo, capaz até de produzir coisa julgada material, como a seu tempo será demonstrado.

2. A quem se debruçar na análise do processo provisional, verificará tratar-se de providências vinculadas a uma *porção* do litígio extraído da vida real com origem no casamento, na união estável ou na filiação, em que cresce de intensidade a necessidade de pronta resposta jurisdicional, em face da natureza dos valores envolvidos, a mais das vezes mediante *regulação* das relações familiares. Essas duas noções, *porção* do todo e *regulação* de relações, não podem ser esquecidas. De momento, apenas registro sua importância.

No direito brasileiro, os artigos 888 e 889 do Código de Processo Civil cuidam da matéria relativa ao regramento legislativo das ações² provisionais. O problema, como se verá a seu devido tempo, é equacionado mediante um processo formalmente sumário e autônomo, vale dizer, despegado da necessidade de propositura futura de uma demanda dita principal, ao contrário do que

sucede com as típicas ações cautelares. Realmente, em relação a estas o sistema adotado pelo Código exige seja proposta a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida cautelar, se concedida de forma antecedente (artigo 806, combinado com o artigo 808, I).

O exame dos casos relacionados no artigo 888 deixa claro que, à exceção das obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida, hipótese prevista no inciso I, as demais providências compreendem tutela de pretensões de natureza predominantemente *não-patrimonial*, configurando obrigações de feição infungível, sem sucedâneo adequado em pecúnia. Como sub-rogar em caução a posse provisória dos filhos ou o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais? Qual a forma de prevenir o dano moral ou físico a menores ou incapazes, senão antecipando a sentença final? Que princípio jurídico poderia constranger espíritos inconciliáveis a convívio forçado? Em que aproveita a cominação de pena a quem infringir, *v.g.*, os cuidados necessários com a saúde pública, se o interesse coletivo, de maior hierarquia, impõe a paralisação imediata do gravame à população? Dinheiro algum, mesmo em relação à espécie do inciso II do artigo 888, poderia substituir o valor *afetivo* dos bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos, tolerado o ressarcimento em moeda apenas com caráter de excepcionalidade.

2. A nota distintiva da autonomia já indica a impropriedade de se denominar "medida" o que na verdade se apresenta como típica ação.

Essas circunstâncias bem demonstram, na base de tais remédios jurídicos, a presença de direitos essencialmente vinculados a valores não traduzíveis em pecúnia, expressões de momentos de liberdade – formal ou substancial – ou, ainda, destinados a atender necessidades primárias. Fácil é compreender, por isso mesmo, que a não-satisfação antecipada de tais pretensões acarretaria, por hipótese, prejuízo *irreparável*, revelando-se quase sempre impossível ou inadequado o ressarcimento mediante equivalente monetário. Vale dizer, portanto, que tais pretensões melhor serão atendidas mediante uma tutela de tipo preventivo do que reparatório.

Em assim sendo, ante o manifesto interesse público ou de ordem pública de que se revestem, essas situações impõem-se resolvidas por meio de tutela jurisdicional especial, de caráter sumário e urgente, em contraposição ao demorado procedimento comum, previsto geralmente em nosso sistema jurídico para o processo de conhecimento normal.

Deve ainda ser observado que, conquanto a providência estatuída no inciso II do artigo 888 (entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos) esteja preordenada para a satisfação imediata de uma pretensão – adquirindo assim feição executiva *lato sensu* –, as demais, cuidando de relações jurídicas de duração, encontram solução mais adequada na própria estruturação da relação, o que se traduz pela *regulação* judicial da situação conflituosa. Importa dizer que a atuação do órgão judicial não será pontual, destinada apenas a resolver uma crise imediata e localizada, mas sim de longo alcance e espectro, buscando

estabelecer em base amplas um convívio mais duradouro, com vistas a uma relação não conflituosa, embora divergente.

A simples enumeração das hipóteses possíveis põe a claro o que se afirmou: posse provisória dos filhos, em separação judicial, divórcio ou anulação de casamento, ou em rescisão de união estável (artigo 888, inciso III); afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais (artigo 888, inciso IV); depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral (artigo 888, inciso V); afastamento temporário de um dos cônjuges ou conviventes da morada do casal (artigo 888, inciso VI); guarda e educação dos filhos (artigo 888, inciso VII, 1ª parte); regulação do direito de visita (artigo 888, inciso VII, 2ª parte).

3. Em tais casos, como se constata da enumeração acima realizada, a lide total diz respeito à ação de separação ou de divórcio dos cônjuges, ou de rescisão da convivência dos companheiros, em que juntamente com a pretensão principal de natureza constitutiva convivem outras pretensões.

Além disso, deve ser ponderado que embora pudesse o problema em seu todo ser resolvido de uma só vez e numa só demanda, nada impede permita o legislador, atento aos valores envolvidos, a solução parcial da contenda.

Aliás, a observação do que mais ocorre recomenda uma solução parcial do conflito. Por um lado, pode se tornar demasiadamente complicada a solução do

litígio na sua inteireza, de uma só penada. Por outro, muitas vezes, e o fenômeno não é raro em direito de família, não se verifica ainda a maturação emocional necessária para o equacionamento total do conflito, e o problema deve ser resolvido progressivamente por etapas, a exigir fases sucessivas de acomodação de todos os interessados (pais e filhos, marido e mulher, tutores, conviventes, etc.).

Em atenção a essas circunstâncias, o legislador brasileiro inclinou-se, sem dúvida alguma, no sentido de atender a tais valores por *processo especial sumário e não-cautelar*. A exclusão a meu ver foi deliberada porquanto, como decorre da expressão determinação contida no artigo 889, no processo provisional deve ser observado apenas o *procedimento* das ações cautelares, estabelecido nos artigos 801 a 803. De mais a mais, a regra contida no artigo 889 mostrar-se-ia evidentemente inútil, se enquadrado o fenômeno na categoria do processo cautelar, face ao disposto no artigo 812, que remete aos mesmos dispositivos, e exatamente com vistas aos procedimentos cautelares específicos.

O quadro estabelecido pelo legislador, acima esboçado, permite extrair desde logo algumas conclusões relevantes para o tema em exame. A mais importante talvez seja a de que não estamos diante da provisoriedade própria do processo cautelar ou da medida antecipatória, cujos efeitos estão fadados a se subsumir no julgamento do processo principal.

A dificuldade semântica, pela polissemia própria da linguagem, encontrada principalmente das línguas ricas e altamente desenvolvidas, habita na circunstância de que a lei não fala em provisório, mas em "provisional". E "provisional" exibe na língua sentido ambíguo e equívoco, pois é relativo também à qualidade de *provisório*. A primeira acepção (provisional), ligada a provisão (antes de tudo provimento, ato ou efeito de prover), vale dizer, tomar providências, regular, ordenar, fornecer, sentido esse já detectado na língua no século XIII, é bem mais antiga que a segunda (provisório), dicionarizada somente no século XIX, derivada do latim medieval *provisorius*. Embora em contexto totalmente diverso, dificuldade de igual monta atormenta os processualistas italianos na compreensão da *provvisionale* do artigo 278 do CPC peninsular, concebida pela doutrina, de modo geral, não como providência provisória cautelar, mas como pronunciamento definitivo parcial (*Teilurteil* do direito alemão) sobre a porção do crédito em torno do qual tenha o juiz elementos probatórios suficientes.³

Em realidade, com maior ou menor intensidade, nas espécies contidas nos diversos incisos do artigo 888 tende-se à regulação de alguma relação jurídica material, sem dependência a outro processo, dito principal. A existência de outro processo, compreenda-se, pode mesmo se verificar, mas é irrelevante, porque a sentença profe-

rida no processo de cunho *provisional* não está fadada a se subsumir na sentença da demanda principal, como ocorreria na hipótese de típica e veraz ação cautelar.

Verifica-se, portanto, trabalhar o *caput* do artigo 888 com um conceito de ação principal que guarda pouco ou nenhum ponto de contato com a mesma expressão contida no artigo 796. "Ação principal" constitui, aqui, apenas a demanda em que se discutirá o *restante* da relação material litigiosa, a exemplo da separação litigiosa do casal, aforada depois de proposta a ação provisional de guarda e educação dos filhos, com a respectiva regulação do direito de visita.

Por isso mesmo, o fato de o autor deixar de ajuizar a separação litigiosa do casal, no prazo de trinta dias, depois de efetivada a guarda do filho, e o ponto é assaz significativo, não acarretará a extinção do processo provisional. O artigo 808 só vigorará para o processo cautelar, não para o provisional, como decorre, inclusive dentro de uma perspectiva hermenêutica puramente sistemática, do artigo 889. Aquela determinada solução continuará vigendo para a porção da relação jurídica substancial litigiosa resolvida pelo órgão judicial, porção essa de *per se* relevante no mundo jurídico (o exemplo típico é o da separação de corpos, que hodiernamente constitui em si mesma um valor nada desprezível).

4. Outro aspecto sobremaneira importante diz respeito à natureza da cognição exercida no processo provisional e no exame da liminar nele exarada.

Determina o artigo 889 a observância, na aplicação das "medidas provisionais",

do procedimento estabelecido nos artigos 801 a 803.

Daí decorre, em primeiro lugar, a necessidade de se introduzir o processo provisional mediante petição escrita, com os requisitos estabelecidos no artigo 801.

A exigência contida no inciso III do artigo 801 deverá ser adaptada às peculiaridades do procedimento: por "lide e seu fundamento" entender-se-á a relação jurídica material total, na qual se insere a parcela a ser resolvida na provisional.

Impõe-se, logo a seguir, a citação do demandado para contestar (*rectius*: responder) aos termos do pedido em 5 (cinco) dias e indicar as provas que pretende produzir (artigo 802). O prazo conta-se da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido (artigo 802, parágrafo único, inciso I) ou da realização da providência que, em caso de urgência, tiver sido deferida sem audiência do requerido (artigo 802, parágrafo único, inciso II, combinado com o artigo 889, parágrafo único).

Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo demandado, como verdadeiros, os fatos alegados pelo demandante; caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias (artigo 803).

Se o demandado contestar no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, havendo prova a ser nela produzida (artigo 803, parágrafo único).

A enumeração das circunstâncias que foram definidas em lei, para a demonstração probatória das alegações de fato no processo provisional, demonstra por si só

3. Cf. a propósito, CALAMANDREI, *Introduzione allo Studio Sistemico. In Opere Giuridiche*, cit., vol. IX, nº 31, pp. 222/224. FEDERICO CARPI, *La Provvisoria Esecutorietà della Sentenza*, p. 167 e nota 65, advertira inclusive a questão terminológica, acenando com a crença de que mais do que o *provisorio*, encontra-se na raiz de *provvisionale* o sentido de *provision*, em que está insito o conceito de execução imediata.

classificar-se a cognição nele exercida como formalmente sumária, pois nenhuma restrição se coloca quanto à *matéria* a ser apreciada pelo órgão judicial, a não ser aquelas decorrentes dos limites impostos pelo pedido e pela causa de pedir, dentro do âmbito estabelecido pelo autor da ação, conjugado com as exceções de direito material opostas pelo demandado.

A respeito dessa matéria, impõe-se mencionar a elaboração dogmática de HANS KARL BRIEGLEB, a quem coube o mérito indiscutível de ter, já em 1859, distinguido a mera simplificação *formal* do processo da sumariedade *material*. Segundo sua doutrina, o processo verdadeiramente sumário caracteriza-se pela incompletude material da *causa cognitio*, por meio da exclusão dos meios ordinários de defesa, circunstância que vem a se refletir no efeito provisório da decisão daí resultante.

De sua vez, o procedimento acelerado, cuja origem está nas fontes do direito canônico (especialmente na Decretal *Saepe contingit* do Papa Clemente III, de 1306), distingue-se pela forma encurtada, simplificada e concentrada do procedimento, mas não pela incompletude da cognição e muito menos pelo seu imperfeito resultado (provisoriedade).

Assim, o processo acelerado distingue-se do ordinário pela forma e do sumário pelo material em debate no litígio. Não

são, portanto, da mesma espécie nem formas diferentes. Mesmo quando ocorrem no processo sumário atos processuais cuja forma e ordenação parecem um desvio da forma comum do procedimento, constitui isto apenas uma conseqüência secundária do princípio material característico da cognição sumária.⁴

Incorporando-se essa lição, de indubitável correção, ao direito brasileiro atual, o impropriamente denominado processo sumário (*rectius*: acelerado),⁵ regulado nos artigos 275 a 281, assim como o processo provisional de que tratam os artigos 888 e 889 do Código, nada mais constituem do que aceleração do procedimento ordinário (fenômeno que a doutrina atual convencionou denominar de sumariedade formal). Nada obstante isso, a cognição revela-se plena e exauriente, da mesma maneira como ocorre no procedimento ordinário. Por isso mesmo, o provimento jurisdicional equacionador da controvérsia reveste-se de probabilidade em grau suficiente para se tornar imutável e livre de ataques futuros em qualquer outro processo, como se verá no tópico seguinte deste ensaio.

Interessante é comparar o que se passa com o processo cautelar em sentido estrito. Embora exiba este, praticamente, a mesma estrutura do sumário formal, nele a cognição do juiz se circunscreve ao objeto

específico deste tipo de tutela jurisdicional, dirigida apenas a prevenir o dano em face de risco a provável direito do autor. Constatada-se no processo cautelar, por conseguinte, sumariedade de tipo *material*, em face da cognição necessariamente incompleta do material a ser trabalhado pelo órgão judicial, conquanto exauriente no que se refere à profundidade.

Merece outras considerações a cognição desenvolvida pelo órgão judicial ao momento de exarar a decisão liminar facultada no parágrafo único do artigo 889 – cognição essa que os romanos chamavam com propriedade de *prima facie*⁶ –, fenômeno comum a todo tipo de tutela de urgência. Aqui, mostra-se preciso distinguir o juízo sobre a aparência do bom direito do juízo referente ao *periculum in mora*.

No concernente ao *periculum*, o aspecto decisivo para uma compreensão exata do que se passa deve ser buscado na própria finalidade da decisão liminar, que não é destinada a prevenir um receio de lesão pontual. Não, a lei, em perfeita adequação com o objeto do processo provisional, emprega de maneira muito eloquente a expressão “urgência”, conceito de muito maior amplitude e que leva em conta a necessidade de solucionar-se rapidamente questões dessa ordem, em virtude da própria natureza dos valores não-patrimoniais em jogo.

Estamos aqui, como já se ressaltou com grande autoridade, embora em outro contexto, diante do verdadeiro e autêntico

periculum in mora, cujo conceito na tradição do direito medieval dizia respeito a certas causas que, por sua simplicidade ou relevância, ou mesmo pela urgência com que exigiam uma pronta resposta jurisdicional, recomendavam um tratamento sumário. Não se cuida de um receio de lesão decorrente da possibilidade de um *damnum irreparabile*, em que a resposta jurisdicional nada tem a ver com a natureza da causa, mas com a irrupção de um elemento ocasional de risco de dano iminente, capaz de ocorrer, em princípio, com relação a qualquer tipo de causa.⁷

Daí decorre, em vista da própria natureza dos valores envolvidos, que a urgência em regra é pressuposta em caso de tutela provisional, de modo a ser dispensada, em relação a ela, a exibição da “prova inequívoca” reclamada no *caput* do art. 273. Em conseqüência, basta tão-somente resulte no espírito do julgador, da exposição dos fatos realizada pelo autor na petição inicial, a convicção de verossimilhança do alegado perigo na demora.

No que concerne à aparência do bom direito, trata-se indubitavelmente de sumariedade tanto material quanto superficial ou baseada na aparência. Sumária do ponto de vista material, porquanto restrita à urgência; de aparência ou superficial, por se bastar com o aporte fático e probatório do autor, em matéria ainda não submetida ao contraditório, embora no horizonte da chamada prova inequívoca, aplicável por analogia o disposto no *caput* do artigo 273. Reclama-se algo mais do que na tutela

4. BRIEGLEB, *Einleitung in die Theorie der Summarischen Prozesse*, Leipzig, Tauchnitz, 1859, § 4, pp. 11/13, *passim*. Essas idéias tiveram depois desenvolvimento na obra de VICTOR FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común, sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, Barcelona: Bosch, 1953, e, entre nós, na tese de doutoramento de KAZUO WATANABE, *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.

5. Pelos menos idealmente, visto que a prática brasileira demonstra quase que uma total inaptidão do dito processo sumário a alcançar sua finalidade em tempo mais rápido do que gasto normalmente no procedimento ordinário.

6. Briegleb, ob. cit., pp. 238/266, enumera algumas hipóteses interessantes.

7. Cf. a precisa e erudita apreciação de Ovídio A. Baptista da Silva. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 12.

cautelar e certamente menos do que na tutela dispensada em cognição plena e exauriente. A exigência de prova inequívoca, mesmo sem expressa determinação legal, no caso da provisional, explica-se em razão da intromissão da ordem no próprio direito material, com conseqüências bem mais profundas do que ocorre com uma providência de cunho cautelar e, portanto, de natureza meramente assecuratória.

Note-se que na tutela cautelar, mesmo sem qualquer prova, pela simples exposição dos fatos da causa, pode o juiz, em se convencendo da verossimilhança do direito alegado e do receio de lesão, dispensar cautela liminarmente. Na antecipatória, no entanto, indispensável se torna “*prova inequívoca*”, vale dizer, clara, sem jaça, evidente, mas quanto baste para o convencimento da probabilidade da alegação e não da sua certeza (a certeza, aliás, mostra-se sempre relativa em direito processual, como sabido). Assim, tanto pode atender ao modelo legal um começo de prova por escrito, como a justificação prévia. O mesmo sucede no processo provisional, no que tange ao provável direito.

De qualquer modo, tanto em relação ao perigo na demora quanto à aparência do bom direito, a cognição continua sendo incompleta, não exauriente: nada impede, por exemplo, venha a ser provado no curso do processo que determinada alegação fática, a princípio considerada evidente, não corresponda exatamente à realidade.

Mesmo a prova documental *initio litis* não retira à cognição *prima facie*, no exame

do pedido de liminar, a sua condição de sumária, pois continua a trabalhar com a aparência, ainda sujeita ao crivo do contraditório, e a instrução poderá demonstrar a falsidade do elemento que servira de base à convicção inicial do órgão judicial.

Cumpra ainda ressaltar que o requisito negativo da irreversibilidade dos efeitos da antecipação, estatuído no § 2º do artigo 273, raramente poderá ser invocado na apreciação da liminar no processo provisional. A meu ver, restrição generalizada e indistinta dessa ordem trata o problema de forma míope, por privilegiar demasiadamente e de forma engessada o ponto de vista da parte demandada em detrimento do autor da providência. Este também pode estar em risco de sofrer prejuízo irreparável, em virtude de irreversibilidade fática de alguma situação da vida. Só o órgão judicial está habilitado para apreciar o conflito de valores no caso concreto, sempre presente por sinal em qualquer problema humano, e dar-lhe solução adequada. Essas situações, note-se, tendem a ocorrer com freqüência nas matérias ligadas ao direito de família e nem a lei quando tratava o problema de maneira estrita, sob a ótica da cautelar nominada, impunha qualquer restrição (ver, por exemplo, a regulação dos alimentos “provisionais” estabelecida no artigo 852).

Conquanto se possa afirmar *a priori* tenha o legislador estabelecido uma relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica,⁸ mesmo assim hipó-

teses haverá em que o juiz haverá de ponderar, em face das circunstâncias específicas do caso concreto, a melhor maneira de harmonizar eventualmente o conflito axiológico entre a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXVI, da Constituição) e a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição).

Pense-se, por exemplo, na hipótese de não ser concedida ordem liminar pela possibilidade de ser causado um dano irreversível na situação fática de interesse do demandado e a sua vez o requerente da providência esteja em risco de padecer um dano igualmente de natureza irreversível. Aí o conflito axiológico imporia uma minudente ponderação das circunstâncias do caso concreto, de molde a permitir, estando presente o pressuposto da aparência do direito, o sacrifício do direito improvável no altar do direito provável. Insista-se em que a restrição contida no mencionado § 2º do art. 273 do CPC, não pode afastar tal conclusão porque o poder do legislador infraconstitucional não chega ao ponto de pretender interferir em direitos fundamentais, reduzindo ou enfraquecendo algum em detrimento de outro. O conflito, por isso mesmo, só pode ser equacionado pela aplicação do princípio da proporcionalidade, que consiste em assegurar a eficácia dos direitos e em dar proteção aos interesses daí

decorrentes, mediante a técnica da ponderação dos valores e o equilíbrio dos interesses em jogo no caso concreto.⁹ E um elemento decisivo, sem dúvida, nesse contexto, é a prevalência do direito provável.

5. Finalmente, é de ser examinado se o julgamento realizado no processo sumário autônomo do art. 888 pode ser coberto pelo chamado manto da coisa julgada material.

A análise do que se passa evidencia cuidar-se de sentença parcial de mérito, que não é “provisória”, mas “provisional”, proferida em processo em que, como antes demonstrado, a cognição revela-se plena e exauriente. A única diferença é que a sentença incidirá apenas sobre a porção do litígio trazida ao conhecimento do órgão judicial, sendo no entanto equiparável a qualquer outra sentença definitiva.¹⁰ Para tanto, basta que haja divisibilidade do objeto do litígio, como sucede nas hipóteses previstas no art. 888, já enumeradas no início deste trabalho.

Dentro dessas coordenadas, não há dúvida de que a sentença proferida no processo provisional estará apta a produzir coisa julgada material.

Naturalmente, poderá variar no curso do tempo a situação que fora contemplada na sentença, o que abriria a possibilidade de um novo pronunciamento

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

10. Esse entendimento é pacífico na doutrina italiana, cf., por todos, Federico Carpi, *La provvisoria esecutorietà*, cit., pp. 167-168, e Roberto Marengo, *Provisionale*, verbete in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 888/892, esp. p. 891. Assim também na doutrina alemã: v.g., Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, 12. Auflage, München, Beck, 1977, § 58, II, 2, pp. 292/294, Wolfgang Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts – Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG*, 2. neuaberteitete Auflage, Bielefeld, Gieseking, 1974, § 46, 2, pp. 465-466, Fritz Baur, *Zivilprozessrecht*, Frankfurt a. M., Metzner, 1985, § 17, III, 1, d), p. 208.

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

judicial. Nesse caso, contudo, como é evidente, não estaria em risco a autoridade da coisa julgada material da primeira sentença, que sempre pressupõe mesmidade do objeto litigioso e das partes (art. 301, §§ 1º e 2º do CPC). Cuida-se de situação análoga a que resulta do exercício da ação de alimentos. Mesmo a introdução na Lei nº 5.478, de 25.07.1968, de uma norma como a do art. 15, a determinar que “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista

em face da modificação da situação financeira dos interessados”, não muda os termos do problema. Como bem se demonstrou em sede doutrinária, trata-se de manifesta impropriedade, pois seria impraticável a emissão de nova sentença relativamente à *mesma* situação contemplada na outra, como, por exemplo, se o condenado à prestação alimentar viesse a pleitear a declaração judicial de que, já ao tempo da primeira sentença, ele nada devia a esse título.¹¹

Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base no Código de Defesa do Consumidor – A Evolução das Obrigações Envolvendo Serviços Remunerados Direta ou Indiretamente

Claudia Lima Marques

Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Alemanha. Diretora do BRASILCON-Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor 1998-2000.

Introdução

É em sentido, afirmativo, que aceito o desafio proposto por ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN e ALBERTO AMARAL JÚNIOR que, ao organizarem o “XVII Curso Brasilcon de Direito do Consumidor: O Consumidor e o Mercado de Serviços”, pediram-me para elaborar uma “Teoria Geral dos Serviços” com base nas normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor (CDC). As importâncias do tema “serviços” no mercado atual dispensa comentários, mas é certo que o momento fragmentário atual não é o mais propício para elaborar teorias gerais.¹ Da mesma forma, analisar em um artigo

somente os serviços de consumo e o CDC, sem considerar o Projeto de Código Civil de 1975, que expressamente prevê uma categoria de contratos de prestação de serviços, restringe o alcance deste estudo e de qualquer esforço generalizante. Parece-me, porém, que evoluir para uma visão geral e atualizadora do aspecto talvez mais interessante e renovador do CDC, que é justamente a aproximação quase igualitária dos regimes das obrigações de dar e de fazer, seria uma contribuição “reconstrutora” válida.

Segundo PAULINE MARIE ROSENAU, com a atual crise das ciências sociais, dois tipos de reações estão acon-

1. Em 1997, Luciano Timm defendeu no Mestrado da UFRGS dissertação intitulada Teoria Geral da Prestação de Serviços, publicada pela LTr., TIMM, Luciano B., *Da Prestação de Serviços*, Ed. Síntese, Porto Alegre, 1998.

11. J. C. Barbosa Moreira, *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. In *Ajuris*, 28 (julho/1983):15-31, esp. pp. 29-30.

tecendo.² Há os que, tomados pelo ceticismo do momento, fotografam a crise e a destruição, prevêm o fim das certezas científicas, constataam o vácuo de valores, o egocentrismo, a exclusão, a complexidade e o consumismo exacerbado, que vagueia em nossa sociedade atual; desconstroem as teorias antes gerais, criticam severamente as soluções universalistas,³ mas acabam paralisados, minoritários, a utilizar os mesmos instrumentos jurídicos dos séculos passados, agora subjetivados ao extremo.⁴ Há os que, saudosos de algumas certezas da modernidade, procuram reconstruir as teorias em novas narrativas, frisam o diálogo de fontes, constataam a existência de novos paradigmas e verdades, verdades que mesmo mais tolerantes, fluídas, menos universais e agora microsistêmicas, povoam de sentido o ordenamento atual. Sua reação é afirmativa, afirmativa da necessidade de reconstrução da ciência, de evolução dos instrumentos colocados à disposição dos juristas e cientistas sociais, da necessidade da consciência da crise e da força para superá-la.⁵ Aos primeiros, denominou pós-modernos cépticos, os segundos, pós-modernos afirmativos, e fotografou assim, com sua maneira simples, a crise atual de nossa

ciência;⁶ concluindo que somente após retornar ao estudo do objeto (que poderia ser, em nosso caso, a Justiça ao consumidor de serviços no Brasil) é que a abalada ciência, o Direito, poderia, enfim, revitalizar-se.⁷

Hoje se pode imaginar que praticamente 70% das causas judiciais envolveriam serviços, dos de pequena monta, como marcenaria, serviços educacionais, de conserto e pintura, locações de vídeo, serviços de informação, de lazer, de embelezamento, de telecomunicações, consórcios, assinaturas de revistas, telefonia e de acesso à Internet, geralmente discutidos nos juizados especiais de pequenas causas, até aqueles serviços de valor maior, como empreitadas, seguros, transporte de passageiros, serviços turísticos, serviços médicos, advocatícios, de consultoria, de planos e seguros de saúde, de crédito, de *leasing* massificado, de financiamento e serviços bancários em geral. O que todos estes fazeres teriam em comum? O que os uniria em uma categoria contratual característica e um só regime jurídico? O que distinguiria os contratos de serviços submetidos ao CDC dos outros contratos de serviço do direito comum? Trata-se, sem dúvida, de um questionamento prático importante, que aceito realizar.

Assim, sem pretensões de criar uma teoria geral “pós-moderna” dos serviços, gostaria de analisar sistematicamente o conceito e os elementos estruturais internos (Parte I) e externos das relações jurídicas envolvendo serviços regidos pelo CDC (Parte II), tendo em conta sempre o regime jurídico imposto para o fornecimento de serviços em nosso mercado por esta lei. O objetivo da análise é fotografar o plano da existência do negócio jurídico, cuja prestação é um fazer, destacar os elementos identificados nestes contratos de serviço regidos pelo CDC, verificando assim quais os elementos estruturais são comuns ao sistema do Direito Civil como um todo e quais elementos especiais podem ser identificados nos serviços de consumo, isto é, em que o sistema do CDC para o fornecimento de serviços destoa ou avança do geral. Uma vez que examinar detalhadamente o regime dos serviços no CDC em sua relevância jurídica seria tema para um livro ou monografia, preferimos destacar durante toda a análise como estes serviços modificam, criam, extinguem direitos, isto é, examinar as modificações mais importantes operadas no plano da validade e nos requisitos de validade destas relações jurídicas envolvendo serviços, assim como destacar

as eventuais mudanças no plano da eficácia.

Esperando que esta análise generalizadora possa contribuir para o real entendimento (logo, aplicação prática) do microsistema do CDC, informo que tomarei como base da análise algumas obras clássicas sobre a teoria geral dos negócios jurídicos,⁸ mas que me deixarei inspirar pelas renovadas aproximações analíticas de autores estrangeiros⁹ sobre as relações jurídicas, especialmente as contratuais, no final do século XX.

Trata-se, pois, de uma análise da relação jurídica (obrigacional)¹⁰ de serviços regulada pelo CDC e os elementos que a diferenciam. Nesse sentido, há que se começar definindo o que entenderemos por “serviços” e “fornecimento de serviços” neste estudo. Serviço *ex vi lege* é “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (art. 2º, § 2º CDC). Fornecimento de serviços ou contrato de serviços é o negócio jurídico que propiciar ao titular ou que envolver a prestação de um fazer economicamente relevan-

2. Assim ROSENAU, Pauline Marie, *Post-modernism and the social sciences*, Princeton Univ. Press, Princetion, 1992, pp. 53 e 57.
3. Veja nossa crítica a estes pós-modernos destruidores, *A crise científica do Direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*, in *Cidadania e Justiça-Revista da AMB*, ano 3, nº 6 (1999), pp. 237 e ss.
4. Na classificação de ROSENAU, “the skeptical’s post-modern individual”, p. 53.
5. Na classificação de ROSENAU, “affirmative pós-modernists”, p. 57.
6. “Post-modernists in almost every field of the social sciences have been experimenting with a subjectless approach in their inquiries...Post-modernists reduce social science knowledge to the status of stories... The post-modern revision from within aims openly to fragment these disciplines altogether...It is far from evident that replacing conventional social science methodology with post-modern methods of interpretation and deconstruction constitutes any improvement in the social sciences...Legal theory is an arena where post-modern views of epistemology and method have created one of the most serious intellectual crises, questioning the very legitimacy of judicial systems and the integrity of legal studies.” ROSENAU, pp. 50, 91 e 124.
7. Assim ROSENAU, no que ela denomina “efforts to revitalize the subject”, p. 57.

8. A inspiração maior vem da obra de Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. 1, Reimpressão do original de 1944, Almedina, Coimbra, 1997, e da Parte Geral de Clóvis Beviláqua. Igualmente utilizados para o plano foram as obras de Rubén Stiglitz (Coord.), *Contratos-Teoría General*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1990, GHERSI, Carlos Alberto (Coord.), *Teoría General de la Reparación de Daños*, Astrea, Buenos Aires, 1997 e a nova obra de LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.
9. KOETZ, Hein, *Europäisches Vertragsrecht*, Mohr, Tübingen, 1996, ZANONI, Eduardo, *Elementos de la obligación*, Astrea, Buenos Aires, 1996, BENEDETTI, Giuseppe, *Il Diritto Comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, 2. ed., Jovene Editore, Napoles, 1997, LORENZETTI, Ricardo, *Fundamentos do Direito Privado*, Ed. RT, São Paulo, 1998, MEDICUS, Dieter, *Bürgerliches Recht-Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, 13. ed., Carl Heymanns, Colônia, 1987.
10. Sobre os limites clássicos desta expressão veja COSTA JÚNIOR, Olímpio, *A Relação Jurídica Obrigacional*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, pp. 6-7.

te, de um ato ou de uma omissão útil e interessante no mercado de consumo, de uma atividade remunerada direta ou indiretamente, um fazer imaterial e principal, que pode ou não vir acompanhado ou complementado por um dar ou pela criação ou entrega de bem material acessório a este fazer principal, fazer que é, em verdade, a causa de contratar e a expectativa legítima do consumidor frente ao fornecedor.¹¹

I – Conceito e estrutura interna das relações jurídicas de serviços

Por uma questão de ordem, procuraremos inicialmente definir o conceito e a *estrutura interna* da relação jurídica ou contrato de fornecimento de serviços no CDC, como noção preliminar (A),¹² para somente após realizar uma análise dos elementos em que ela se desdobra na prática, os quais poderíamos denominar de *estrutura externa* do contrato de serviços (B).¹³ O primeiro esforço será de conceituar “relações jurídicas de serviços” no sistema do CDC. Para tal necessitamos revisitar algumas noções preliminares da parte geral do direito civil,

adaptando-as ao espírito protetivo e especial do CDC. Prepara-se assim a análise destas relações de consumo envolvendo serviços, que não são apenas contratuais, mas que desbordam a antiga *summa divisio* para envolver e vincular sujeitos não envolvidos diretamente nos contratos com os consumidores, mas sim nas “relações” de consumo como um todo.

A) Noções preliminares

1. Exame no plano da existência e elementos da relação

No plano da existência é analisada somente a entrada no “mundo do direito” de um fato ou ato juridicamente relevante e é este classificado, no nosso caso, como relações de consumo envolvendo serviços ou envolvendo produtos.¹⁴ Trata-se da primeira “fotografia” de sua existência e relevância jurídica, identificação ainda não valorativa (análise reservada ao plano da validade), identificação apenas da estrutura básica e característica, não do regime ou das conseqüências que terá este fato ou ato no mundo do direito (análise reservada ao plano da eficácia).¹⁵

Fotografada a relação jurídica de serviço, regulada pelo CDC, alguns elementos estruturais,¹⁶ internos e externos, presentes em todas as relações podem ser identificados. Descobre-se assim um arquétipo, um modelo de relação jurídica de serviço, um esquema abstrato que nos demonstrará estarmos frente a um ato ou fato jurídico de serviço de consumo.¹⁷ Este é o objetivo final de nossa proposta.

No caso concreto de um negócio jurídico de consumo, externamente observaremos, no plano da existência, que alguém, em algum lugar, em algum tempo, realizou algum ato, com determinada forma, frente a uma outra pessoa ou coletividade, ato que possui determinadas características gerais que o classificam como integrante de uma categoria de negócios (fornecimento de serviços frente ao consumidor, por exemplo), observando também suas características especiais (remunerado ou não, por exemplo) e eventuais características extras, particulares ou acidentais (condições, por exemplo).¹⁸

Se os elementos externos do negócio jurídico de consumo são “generalizantes”, pois que examinam o caso concreto da vida com categorias gerais feitas para todo o mundo do direito; a análise dos elementos internos destas relações ju-

rídicas é ainda mais abstrata, pois movimentada-se apenas no mundo do direito, generalizando o que se observa apenas interna e juridicamente. Os elementos estruturais internos são a própria idéia de obrigação, os direitos subjetivos daí resultantes, os deveres de prestação e de conduta, deveres principais, anexos e acessórios, a sujeição e os direitos potestativos, o sinalagma, enfim, as expectativas legítimas oriundas destas relações jurídicas no mercado de consumo.¹⁹

2. Conceito de serviço e fornecimento de serviço no CDC

O CDC oferece uma definição bastante ampla de serviço em seu art. 3º, § 2º e regula todas as “relações de consumo” (art. 4º), que envolvam serviços remunerados (direta ou indiretamente). O espírito do CDC é aberto (interface do art. 7º e solidariedade do parágrafo único do art. 7º) e expansivo subjetivamente, pois *ex vi lege* amplo o suficiente para incluir um grande número e todas as espécies de relações de consumo envolvendo serviços, relações contratuais (art. 20), pré-contratuais (art. 30, 31, 34, 39, 40, 84), pós-contratuais (art. 9º, 10, 42 e 43) e extracontratuais *ex delicto* (art. 14), como também se pode notar nas amplas definições de consumidor (art. 2º e

16. Chamando atenção para a necessária abstração desta análise, afirma AZEVEDO, p. 40: “Elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito”.

17. É o que DOMINGUES DE ANDRADE, p. 3, denomina “relação jurídica em sentido abstrato”.

18. Como ensina AZEVEDO, p. 35, a denominação tradicional destes elementos do plano da existência são elementos essenciais ao negócio (*essentialia negotii*), naturais (*naturalia negotii*) e acidentais (*accidentalia negotii*); particularmente prefiro a classificação cunhada por AZEVEDO, p. 41: “a) elementos gerais, isto é, comuns a todos os negócios; b) elementos categoriais, isto é, próprios de cada tipo de negócio; c) elementos particulares, isto é, aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócio”.

19. Veja DOMINGUES DE ANDRADE, pp. 5 e ss.

11. Uma interessante análise dos serviços nos foi brindada por LORENZETTI, Ricardo, *La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del Mercosur*. In *Revista Direito do Consumidor*, vol. 21, pp. 9 e ss. LORENZETTI, pp. 20 e 21, classifica os serviços como “servicios de función pública” (telefones, eletricidade, segurança, educação, justiça), “servicios de infra-estructura” (assistência e gestão financeira, assessoramento e consultoria – jurídica também – auditoria, hotelaria, transporte, manutenção de beleza, de lazer, resolução de conflitos, investigação de mercados, *marketing*, publicidade, segurança, limpeza, transporte, informáticos e tecnológicos), “servicios profesionales” (profissionais liberais, autônomos, artistas, escritores, pintores, construtores, ceramistas, advogados, médicos, etc.), mas considera que somente alguns destes podem ser “de consumo”.

12. COSTA JÚNIOR prefere considera sujeito, objeto e vínculo como elementos estruturais e distingui-los entre elementos estáticos e dinâmicos, pp. 49 e ss.

13. Assim subdivide sua análise, ANDRADE, *op. cit.*, pp. 1 e ss.

14. Veja a feliz exposição de AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*, Ed. Saraiva, 1986, pp. 31 e ss., onde cita o mestre desta matéria no Brasil, Ponte de Miranda.

15. Veja, magistral, AZEVEDO, p. 32.

parágrafo único do art. 2º e art. 17 e art. 29 do CDC), de fornecedor de serviços (art. 3º e § 2º do art. 3º do CDC) e na norma objetivo²⁰ do art. 4º, (especialmente incisos I, III, V e VI).

A Lei nº 8.078/90 tem clara origem constitucional (art. 170, art. 5º e art. 28 DCT, todos da Constituição Federal de 1988-CF/88), subjetivamente direito fundamental e princípio macro, ordenador da ordem econômica do país. E igualmente lei geral principiológica²¹ em matéria de relacionamentos contratuais e de acidentes de consumo. Lei geral principiológica porque não trata especificamente de nenhum contrato firmado entre consumidor e fornecedor em especial, nem de atos ilícitos específicos, mas estabelece novos parâmetros e paradigmas para todos estes contratos e fatos juridicamente relevantes, que denomina, então, de relações de consumo.

Esta lei consumerista regula assim todo o fornecimento de serviços no mercado brasileiro e as relações jurídicas daí resultantes, mesmo os serviços prestados sem prévia solicitação ou autorização (art. 39, III e VI do CDC), exigindo apenas “remuneração” do serviço (§ 2º do art. 3º do CDC). Tal remuneração, como a jurisprudência

está a indicar, pode ser direta ou mesmo indireta, fato cada vez mais comum no mercado de consumo complexo atual.²²

Se serviço no CDC (art. 2º, § 2º) é toda e “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”, são objeto deste nosso estudo todas as relações juridicamente relevantes envolvendo serviços prestados por um fornecedor a um consumidor (arts. 2º e 3º do CDC). Relação jurídica é toda a relação da vida juridicamente relevante, isto é, disciplinada pelo Direito, no caso, pelo Direito do consumidor, incluindo como visto relações pré-, pós-, contratuais e extracontratuais *ex delicto* que envolvam serviços.

Segundo DOMINGUES DE ANDRADE, em um sentido amplo, “relação jurídica é toda a situação ou relação da vida real (social) juridicamente relevante (produtiva de conseqüências jurídicas), isto é, disciplinada pelo Direito” e, em um sentido estrito, apenas “a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspon-

dente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição”.²³ Em nossa análise, não limitaremos nosso estudo às relações jurídicas que atribuam direitos subjetivos (individuais, coletivos e difusos) aos consumidores, mas para alcançar maior alcance, procuraremos englobar toda e qualquer atividade de serviço remunerada direta ou indiretamente no mercado que seja juridicamente relevante, mesmo que em forma de expectativa de direito, regulada pelo CDC. Optamos, pois, por um conceito de relação jurídica de serviço de sentido amplo, tendo em vista o espírito protetivo da referida lei tutelar dos consumidores.

Quanto à conceituação de “fornecimento de serviços”, as análises brasileiras geralmente concentram-se na prestação principal, no objeto desta prestação.²⁴ Serviço seria o negócio jurídico cuja obrigação principal fosse um fazer (*opus facere*), em contraposição às obrigações de dar ou ao fornecimento de produtos no mercado. As análises latino-americanas preferem valorar o resultado, o direito/poder resultante do negócio jurídico.²⁵ Serviço seria assim o negócio através do qual o titular adquire a faculdade de exigir de outra pessoa uma atividade ou utilidade de conteúdo patrimonial (*ius in personam*), direito de crédito ou obrigacional, a se contrapor aos

direitos reais (*ius in re*) geralmente resultantes das obrigações de dar.

Ambas as análises estão corretas e presentes sem dúvida em nosso CDC, mas parece-me necessário inicialmente frisar dois problemas. De um lado, visualizamos hoje – em virtude do princípio criador, limitador e hermenêutico da boa-fé (objetiva)²⁶ – as obrigações como processos de cooperação no tempo, como feixes de deveres de conduta e de prestação direcionados a um só bom fim, o cumprimento do contrato.²⁷ Nesta visão dinâmica da obrigação, concentrar-se em apenas uma das “condutas”, em uma das “prestações” é reduzir o espectro, uma vez que – se durar – muitas serão as “prestações principais” no tempo, sem esquecer que, na complexidade da vida atual, os fazeres são múltiplos, múltiplos são os “dares” para satisfazer uma só necessidade de consumo e, acima de tudo, hoje já não está mais certo qual a prestação é principal.

Certo é que a prestação principal é aquela característica, característica daquele negócio, geralmente a que não envolva apenas o pagamento ou transferência de quantias, a exceção dos contratos bancários e financeiros. A dúvida hoje é saber se “principal” para o consumidor é o dever de prestação (realizar um tratamento médico,

20. Expressão de Eros Roberto Grau, veja Grau, Roberto, *Interpretando o código de Defesa do Consumidor: algumas notas*, in Revista Direito do Consumidor, vol. 5, pp. 183 e ss.

21. Esta feliz expressão é de Nelson Nery Júnior, em sua conferência magna no XIV Curso Brasilcon de Direito do Consumidor, outubro de 1998, Porto Alegre.

22. O movimento da análise econômica nos Estados Unidos alerta-nos para a falácia “econômica” dos chamados “serviços”, “utilidades” ou promessas “gratuitas”, que não passaria de uma superada ficção jurídica. O que parece juridicamente gratuito, nos alertam mesmo os conservadores e radicais autores deste movimento de Chicago, é economicamente baseado na certeza da remuneração indireta, na interdependência de prestares futuros e atuais (sinalagma escondido), no estado de catividade e de dependência que um dos parceiros fica reduzido e no lucro direto e indireto do outro. Veja, citando Richard A. Posner, meu parecer, *Relação de consumo entre os depositantes de cadernetas de poupança e os bancos ou instituições que arrecadam a poupança popular*, in Revista dos Tribunais 760, p. 127.

23. ANDRADE, vol. I, p. 2.

24. Assim, o mestre da UFRGS, COUTO E SILVA, Clóvis, *A obrigação como processo*, Ed. Bushtasky, São Paulo, 1976, p. 156, ensinando que a obrigação de fazer tem como objeto da prestação a própria atividade, já a obrigação de dar tem como objeto uma coisa ou direito.

25. Boa revisão em COSTA JUNIOR, Olímpio, *A relação jurídica obrigacional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, pp. 1/7.

26. Sobre as funções do princípio da boa-fé, veja obra recente de MARTINS-COSTA, Judith, *A Boa-fé no Direito Privado*, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pp. 409 e ss.

27. Veja, por todos, LARENZ, Bd. I, pp. 26 e ss. e, em português, COSTA JUNIOR, pp. 56 e ss.

por exemplo), ou é o cumprimento de um dever anexo (informar os riscos do tratamento e opções para permitir a escolha) ou de um dever acessório (ministrando corretamente o remédio, alcançar asseio e precisão no uso dos instrumentos e curativos) ou todo este conjunto unido é a realização das expectativas do consumidor, causa do contrato, logo objeto da prestação. A complexidade atual perturba a definição de serviço pelo resultado concreto alcançado, a maioria dos negócios envolvendo serviços, envolvem apenas direitos pessoais, mas certo é que de um serviço pode resultar hoje um direito real acessório, como por exemplo no caso dos contratos de *time-sharing* ou multipropriedade, assim como o direito real de uso, no caso do *leasing*.

Data venia, prefiro as análises germânicas que geralmente iniciam pela pretensão (*Anspruch*) resultante do negócio.²⁸ Assim, serviço seria o negócio jurídico que propiciar ao titular ou que envolver a prestação de um fazer economicamente relevante, de um ato ou de uma omissão útil e interessante no mercado de consumo, de uma atividade remunerada direta ou indiretamente, um fazer imaterial e principal, que pode ou não vir acompanhado ou complementado por um dar ou pela criação ou entrega de bem material acessório a este fazer principal, fazer que é, em verdade, a causa de contratar e a expectativa legítima do consumidor frente ao fornecedor. A diferença em concentrar-se na pretensão e não na prestação é o grau de

abstração. Prestação é algo concreto que pode acontecer ou não no caso em estudo (não acontece em caso de insolvência, por exemplo); representa assim algo do mundo dos fatos, um dar ou um fazer que modifica primeiro os fatos e depois o mundo do direito. Pretensão é uma pura abstração jurídica, é criação do direito para indicar que algo vai mudar, que alguém vai “pretender” uma utilidade qualquer e conseguirá ou que pelo menos o direito vai protegê-lo (ação em direito material). Pretensão indica que o mundo do direito (plano da eficácia) já está outro em virtude daquele vínculo criador da pretensão titulada. Concentrar-se nas pretensões de cada uma das partes, aquilo que cada um pretende na relação jurídica, facilita “entender” o negócio, sua causa, sua finalidade de consumo, as expectativas legítimas nascidas pela confiança despertada no consumidor pelo fazer do fornecedor.

B) Elementos internos da relação jurídica de serviço

Fotografada a relação jurídica de serviço, regulada pelo CDC, revelam-se alguns elementos estruturais internos, presentes em todas as relações. Os elementos estruturais internos são a própria idéia de obrigação (*vinculum*), os direitos subjetivos daí resultantes, os deveres de prestação e de conduta (deveres principais, anexos e acessórios), a sujeição e os direitos potestativos e as expectativas legítimas oriundas destas relações no mercado de consumo.²⁹

28. Assim também LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Responsabilidade por vício do produto ou do serviço*, Brasília Jurídica, Brasília, 1996 pp. 83 e ss. Para um bom repassar da evolução da doutrina alemã, das teorias chamadas “personalistas” às “patrimonialistas” das obrigações, veja TIMM, pp. 76 a 80.

29. Veja DOMINGUES DE ANDRADE, pp. 5 e ss.

1. A obrigação envolvendo serviços

Inicialmente mister frisar que “obrigação” aqui significa vínculo, liame, dever de atuação em determinado sentido, dever de indenizar em caso de violação do dever. Isto porque estamos em um microsistema determinado, o CDC,³⁰ e só é juridicamente relevante o que tiver por finalidade (direta ou indireta) o consumo ou o atendimento de interesses e utilidades do consumidor. Este microsistema, pois, tem caráter eminentemente negocial. Os atos negociais nunca são neutros ou não-vinculativos, ao contrário, criam sempre deveres, de maior ou menor intensidade e, é justamente, esta intensidade que é regulada no CDC, nos deveres impostos aos fornecedores de serviço, contratual ou extracontratualmente. Em resumo, para aparecer no plano da existência como relação de consumo, o fornecimento de serviço já é vinculativo, já é negocial, já cria obrigações, vínculos e liames, maiores ou menores. Eis porque considero³¹ que a maior contribuição do CDC ao direito Civil foi justamente esta, de tornar vinculativos atos e fatos de consumo que antes eram considerados juridicamente irrelevantes (logo, antes “fotografados” no plano da existência, como “não-jurídicos”, não juridicamente relevantes).

Os elementos estruturais internos são, pois, os oriundos desta idéia de obrigação *lato sensu*, no nosso caso, de vínculo obrigacional de consumo: direitos subjetivos, deveres de prestação e de conduta, sujeição e expectativas legítimas. Estes elementos, no CDC, só podem ser entendidos e identificados com base nos princípios orientadores do microsistema, especialmente no princípio da boa-fé e do equilíbrio nas relações de consumo. Perseguindo ideais de harmonia, transparência e segurança, o sistema do CDC estipula como princípios orientadores (criadores e limitadores) a boa-fé objetiva³² e o equilíbrio nas relações de consumo (art. 4º, III do CDC *in fine*).

A proteção da boa-fé e da confiança despertada formam, segundo KARL LARENZ, a base do tráfico jurídico, a base de todas as vinculações jurídicas, o princípio máximo das relações contratuais.³³ O Código de Defesa do Consumidor (CDC) inova ao impor expressamente, para todas as relações de consumo envolvendo prestação de serviços onerosos no mercado (art. 3º, § 2º do CDC), um patamar mínimo de boa-fé na conduta das partes (art. 4º, inciso III do CDC).³⁴

Boa-fé significa uma atuação “refletida”, atuação refletindo, pensando no ou-

30. Sobre o microsistema do CDC, veja Nery, Nelson Junior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do Anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover et al., Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998, p. 344.

31. Veja nosso artigo, *Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor*, in na Revista Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 10 (1994), pp. 6-20.

32. Sobre a boa-fé objetiva como princípio orientador do sistema do CDC, veja o artigo de Aguiar Júnior, Ruy Rosado de, *A boa-fé na relação de consumo*, in Revista Direito do Consumidor, vol. 14, pp. 20 e ss.

33. LARENZ, Karl, *Schuldrecht*, Bd. I-AT, 14. ed., Beck, Munique, pp. 127-128.

34. Sobre a boa-fé nas relações de consumo e a cláusula geral de boa-fé do art. 51, inciso IV do CDC, veja AGUIAR Jr., pp. 20 e ss.

tro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, seus direitos, respeitando os fins do contrato, agindo com lealdade, sem abuso da posição contratual, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, com cuidado para com a pessoa e o patrimônio do parceiro contratual, cooperando para atingir o bom fim das obrigações, isto é, o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses legítimos de ambos os parceiros. Trata-se de uma boa-fé objetiva, um paradigma de conduta leal, e não apenas da boa-fé subjetiva, conhecida regra de conduta subjetiva no Código Civil. Boa-fé objetiva é um *standard* de comportamento leal, com base na confiança despertada na outra parte co-contratante, respeitando suas expectativas legítimas e contribuindo para a segurança das relações negociais.³⁵

Note-se que o princípio da boa-fé objetiva, princípio orientador das relações de consumo segundo o CDC (art. 4º, III), apresenta dupla função. Tem função criadora (*pflichtenbegründende Funktion*), seja como fonte de novos deveres (*Nebenpflichten*), deveres de conduta anexos aos deveres de prestação contratual, como o dever de informar, de cuidado e de cooperação; seja como fonte de responsabilidade por ato lícito (*Vertrauenshaftung*), ao impor riscos profissionais novos e indispensáveis. Assim também possui o princípio da boa-fé uma função limitadora (*Schranken- bzw. Kontrollfunktion*), reduzindo a liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e

cláusulas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e libertando o devedor face a não-razoabilidade de outra conduta (*pflichtenbefreinde Vertrauensumstände*).³⁶

O princípio geral de boa-fé, positivado no CDC, em seu art. 4º, inc. III, estipula um mandamento de boa-fé (objetiva) a guiar todas as condutas, em especial a do fornecedor de serviços, como atividade necessariamente leal, cooperativa, informativa, transparente, cuidando do nome e patrimônio daquele que o escolheu como parceiro, os consumidores, presumidos legalmente como parte vulnerável da relação (art. 4º, I do CDC). Aqui um reflexo da função positiva do princípio da boa-fé, da força criativa de deveres de conduta, princípio que interpretando as normas positivas impostas impõe uma atuação refletida do contratante mais forte em relação aos interesses do contratante mais fraco, o consumidor. Trata-se de mais um mandamento de proteção da segurança e da harmonia social (*Vertrauensgebot*), o qual imporia àqueles que exercerem atividades no mercado, suportar riscos profissionais e deveres de conduta mais elevados, a eles imputados por esta lei especial, uma vez que visam lucro (direta ou indiretamente) através desta sua atividade negocial que atinge um grande número de consumidores (indivíduos, grupo ou coletividade tutelada).

Em outras palavras, identificado no plano da existência que se trata de relação de consumo envolvendo serviço, identifi-

camos no mesmo momento a existência de direitos subjetivos clássicos para o pólo ativo (necessariamente o consumidor), direitos estes ampliados pela noção de necessária realização também das expectativas legítimas do consumidor, expectativas típicas daquele tipo de relação ou contrato, assim como identificamos deveres de prestação qualificados pelo paradigma de qualidade adequação e qualidade segurança imposto ao pólo passivo (necessariamente o ofertante, o obrigado por excelência no microsistema, o profissional fornecedor), e, por fim, mas fazendo parte da relação, deveres de condutas oriundos diretamente da boa-fé (impostos *ex vi lege* ao fornecedor), deveres de informação, de cooperação e de cuidado.

Esta "expansão" de direitos e deveres podemos denominar aqui de relação jurídica "qualificada" pelos princípios orientadores do CDC, especialmente o da boa-fé. O fato da relação jurídica de consumo envolvendo serviços ser qualificada vai ter reflexos importantes no plano da validade, como a exigência de maior autonomia de vontade do consumidor, autonomia informada (art. 20, 30, 34 e 35 do CDC), autonomia com direito de reflexão (art. 49 do CDC), autonomia com acesso prévio às condições do contrato e do serviço (art. 40, 46, 48, 52, 54 do CDC). É fácil concluir que também, extracontratualmente, a noção de culpa pela atuação teria que ser substituída neste sistema qualificado por uma noção objetiva, mais concentrada na proteção da vítima do que em reprimendas pela conduta (diga-se de passagem, lícita e só eventualmente de risco) do fornecedor ou profissional. Tratar-se de uma relação jurí-

dica qualificada pela boa-fé vai alterar substancialmente também o plano da eficácia destes negócios jurídicos, pois que nascem novos direitos para os consumidores e novos deveres para os fornecedores quando estão em uma relação de consumo envolvendo serviços, assim como a própria noção de adimplemento sofrerá modificações, hoje adimplir é cumprir totalmente os seus deveres principais de prestação e também os anexos de conduta.

A segunda modificação operada pelos princípios do CDC é quanto à visão dinâmica e no tempo deste vínculo. A existência de um vínculo juridicamente relevante unindo dois sujeitos na sociedade traz em si, portanto, o binômio dever/comando, direito/poder; traz em si a idéia de obrigação *lato sensu* entre estes sujeitos. As obrigações dividem-se classicamente entre as obrigações de dar e de fazer, sendo que as obrigações de fazer que nos interessam podem ser negativas (obrigação de não-fazer) ou positivas (obrigação de fazer). Esta "obrigação" é, pois, a individualização do *dever jurídico*, abstrato e geral, é a concretização reflexa do direito do outro, que me coloca em uma situação nova, de subordinação não só a uma conduta própria imposta pelo comando legal, mas também no caso dos direitos potestativos, na dependência da conduta do outro.

Normalmente definimos obrigação *stricto sensu* como um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com a outra à realização de uma prestação, assim alguém estaria "obrigado" somente quando a prestação é (ou passa a ser) exigível. Haveria assim uma dependência

35. Assim escrevi, in *Contratos*, p. 107.

36. Veja, por todos, Fikentscher, Wolfgang, *Schuldrecht*, Walter de Gruyter, Berlim, 1992, pp. 130 e ss.

intrínseca entre a exigibilidade da obrigação principal e o termo técnico “obrigação”, que segundo alguns deveria ser utilizado somente neste sentido estrito.³⁷ Neste estudo, peço vênia, para utilizar aqui a expressão “obrigação” também em sentido lato, de forma a demonstrar que antes mesmo que a prestação principal (fazer ou não-fazer) seja exigível, na visão dinâmica imposta pelo CDC para a relação de consumo, existem outras “prestações”, prestações acessórias, *Nebenleistungen* como as chamam os doutrinadores alemães, já exigíveis em forma de condutas determinadas impostas por lei àquele tipo de aproximação negocial. Destacando também a relevância do elemento tempo para este tipo de relação de serviços; tempo que significa aqui maior confiança, menor atenção, maior dependência e uma nova posição de catividade frente ao serviço prestado, tempo significa também “necessidade no futuro”, segurança esperada, daí a idéia de manutenção do vínculo (art. 51, § 2º do CDC) e direito a serviços públicos essenciais contínuos (art. 22 do CDC).³⁸

Segundo o mestre português GALVÃO TELLES, o termo técnico “obrigação” designa, em sentido amplo, o lado passivo de qualquer relação social, que passe a ser juridicamente relevante. “Obrigação”

significa, assim, tanto o dever jurídico pelo qual uma pessoa se encontra vinculada a observar certa conduta no interesse da outra (titular do direito subjetivo), quanto ao estado de sujeição, que se traduz na submissão aos efeitos jurídicos produzidos por iniciativa alheia (no exercício de um direito potestativo). Dever jurídico é uma ordem ou comando dirigido pelo ordenamento jurídico ao indivíduo, a qual ele tem de observar como um imperativo, visando orientar seu procedimento. Dever aqui significa a sujeição a uma determinada conduta, sujeição esta acompanhada de uma sanção em caso de descumprimento.³⁹

Ao dever jurídico imposto a um indivíduo (devedor: lado passivo) corresponde um direito subjetivo assegurado a outro indivíduo ou ente (credor: lado ativo). No sistema do CDC, o “devedor” é sempre o fornecedor, pois que os direitos foram imputados subjetivamente somente ao consumidor (veja art. 6º do CDC), credor do fornecimento com qualidade e conforme a boa-fé (lado ativo). Esta observação é importante, tendo em vista que os deveres de boa-fé são, por sua natureza bilaterais, e só serão unilaterais ou qualificados unilateralmente em virtude de lei. Esta é razão, por exemplo, do dever de informar ter sido tão especificado nos arts. 30 e 31,

37. Veja fontes e detalhes em minha obra, *Contratos*, pp. 297-298 ou COSTA JÚNIOR, pp. 57-58.

38. Como ensina BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et. al. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 1991, p.110. “A segunda inovação importante é a determinação de que os serviços essenciais – e só eles – devem ser contínuos, isto é, não podem ser interrompidos. Cria-se para o consumidor um direito à continuidade do serviço. Tratando-se de serviço essencial e não estando ele sendo prestado, o consumidor pode postular em juízo que se condene a Administração a fornecê-lo”. Veja sobre corte de água decisão do STJ, in REsp. 201112.

39. Assim como o direito subjetivo é uma noção dupla, faculdade de agir conforme a norma autoriza (*facultas agendi*) e ação (em sentido material) para proteger aquela faculdade ou atuação, o dever (subjetivado na pessoa do fornecedor de serviços, por exemplo) também é um binômio, sujeição obrigatória a uma conduta ou linha de conduta e sanção, resposta negativa do direito, ao eventual descumprimento da conduta imposta

do dever de aviso do perigo (art. 10) e da abertura de banco de dados sobre o consumidor (art. 43)⁴⁰ estarem positivados, do dever de cuidado na cobrança de dívida estar expressamente regulado (art. 42),⁴¹ enquanto que o dever de cooperar, dever necessariamente bilateral, estar apenas implícito no CDC (art. 4º *caput* e III) através das expressões “harmonia” e “equilíbrio”.

2. Serviços como categoria contratual no CDC

Definidos assim os elementos intrínsecos de qualquer fornecimento de serviço regulado pelo CDC resta saber se os “serviços” constituem neste microsistema uma categoria a parte das demais. Enquanto o Projeto de Código Civil de 1975, agora aprovado em uma das câmaras de nosso Parlamento, prevê em seus arts. 593 a 609⁴² uma categoria de contratos denominada “Contrato de Prestação de Serviços”, em tradução feliz da expressão germânica “*Dienstleistungsvertrag*”, o CDC, ao contrário, nada menciona de uma categoria contratual “de fornecimento de serviços”, apenas regula *ab initio* e de forma geral todos os contratos que envolvam o fornecimento de produtos e serviços no mercado brasileiro.

Há certa lógica neste proceder já que a sociedade atual é cada vez mais uma sociedade de serviços e informação, onde os

bens imateriais se aproximam dos serviços e são ambos cobigados e valorados economicamente como os maiores geradores de riqueza e de *status*.⁴³ Assim, se a *ratio legis* do CDC é protetiva a incluir todos os tipos de serviços, a criação de uma categoria contratual específica (e conseqüente tipo ou hipótese legal) seria um limitador, pois que tipificada a categoria teria esta de ser, necessariamente, definida, como o faz o Projeto, e excluiria novos tipos ou expressões econômicas de atividades valoradas (organização, formação de cadeia, facilitadores, etc.).

A única definição de contrato que faz o CDC é metodológica, a do art. 54 sobre contratos de adesão, categoria genérica que engloba todo e qualquer contrato de fornecimento de produtos ou de serviços que utilize-se deste método de contratação. Mesmo assim, parte da doutrina defende a recepção de uma categoria contratual especial no CDC, que englobaria todas as espécies de fornecimento de serviços de consumo, através do art. 3º.⁴⁴ Certo é que tal categoria não foi tipificada, o que me parece solução sábia.

Consideraremos que a relação jurídica de consumo é de serviço, sempre que, no plano da eficácia, a pretensão dela oriunda por um fazer, uma atividade por parte do fornecedor. Este pensar permite, por exemplo, que em contratos complexos, como os

40. Veja REsp. 14.624-0, in Revista Direito do Consumidor, vol. 22, pp. 178 e ss.

41. Veja exemplo na jurisprudência, cobrança através de rádio e dano moral, TJRS AC 596105767, j. 01.10.1996, Des. Décio Antônio Erpen, in Revista Direito do Consumidor, vol. 22, pp. 198 e ss.

42. Oliveira, Juarez de (Coord.). *Novo Código Civil*, ed. Oliveira Mendes, São Paulo, 1998, pp. 105/107.

43. Veja nosso estudo, *Contratos bancários em tempos pós-modernos*, in Revista Direito do Consumidor, vol. 25, pp. 19 e ss.

44. Assim, na mencionada Dissertação de Mestrado, TIMM, p. 60.

de multipropriedade, os de planos de saúde ou os contratos múltiplos bancários, considere-se a intenção do consumidor, suas expectativas legítimas como mais importantes do que a natureza de dar ou fazer da efetiva prestação cumprida ou realizada *in concreto*. Assim, se *in concreto*, no caso de multipropriedade, a prestação efetiva foi um dar ou um direito real, mesmo assim a pretensão do consumidor era um serviço complexo, se no caso do plano de saúde, a prestação desta vez foi um organizar um hospital, que ministrou apenas remédios, coisas, bem a pretensão do consumidor foi deslocar riscos futuros de saúde, propiciar sua internação no hospital, receber o tratamento (fazer ou dar) necessário; se no caso dos contratos com bancos múltiplos, a prestação foi um dar dinheiro em mútuo, a pretensão do consumidor era manter-se *homo economicus*, com crédito (abstrato) quando necessita-se, com uma conta (grupo de fazeres contábeis e de administração) naquele grupo bancário.

Concluindo, hoje, com os contratos complexos há um sem número de “prestações”, de dar e de fazer. Como ninguém duvida que as eficácias das sentenças cíveis são sempre múltiplas, declaratórias e constitutivas ao mesmo tempo, também ninguém mais duvida que as relações contratuais de fornecimento de serviço e de produtos (muitas vezes imateriais) hoje se misturam. A distinção está justamente na confiança despertada, na pretensão do consumidor, no fim principal que visa alcançar. É esta pretensão que dirá ao intérprete qual é a eficácia prevalente da sentença, qual é a natureza “prevalente” do contrato, se uma pretensão principal

prevalente de dar produto (material ou imaterial) ou de fazer (serviço abstrato ou com resultados materiais).

II – Elementos estruturais externos nas relações de fornecimento de serviços

Continuando nossa análise do negócio jurídico, cuja prestação é um fazer, queremos destacar agora os elementos estruturais externos: sujeitos, objeto, finalidade/garantia e forma, destacando sempre se estes elementos, identificados nestes contratos de serviço regidos pelo CDC, são comuns ao sistema do Direito Civil como um todo ou se podem ser considerados especiais dos serviços de consumo, e quais seus requisitos e efeitos. Nas relações de serviço estes elementos clássicos das relações jurídicas (sujeitos, objeto, finalidade, forma) recebem uma nova visão, a visão de consumo.

Como ensina NELSON NERY JÚNIOR, o objeto “de regulamentação pelo Código de Defesa do Consumidor é a relação de consumo, assim entendida a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor...O CDC não fala de ‘contrato de consumo’, ‘ato de consumo’, ‘negócio jurídico de consumo’, mas de relação de consumo, termo que tem sentido mais amplo do que aquelas expressões. São elementos da relação de consumo, segundo o CDC: a) como sujeitos, o fornecedor e o consumidor; b) como objeto, os produtos e serviços; c) como finalidade, caracterizando-se como elemento teleológico das relações de

consumo, serem elas celebradas para que o consumidor adquira produto ou se utilize de serviço ‘como destinatário final’ (art. 2º, *caput*, última parte, CDC)”.⁴⁵

A. Sujeitos das relações jurídicas de serviços

Mencione-se inicialmente que a relação de consumo é relacional,⁴⁶ depende da presença simultânea de dois agentes interagindo. É relação especial que vincula agentes específicos, regidos cada um por um grupo de normas especiais. Assim, de um lado temos o profissional, fornecedor regido pelo Direito Comercial, de outro, temos o leigo, o destinatário final, pessoa física ou jurídica, aqui regido pelo Direito Civil ou Direito Comercial e o vínculo. A relação, esta sim é de consumo, e regida pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, pode-se afirmar que a relação de consumo transforma o *status* dos seus agentes.⁴⁷

1. Os Consumidores

Muito se escreveu sobre as definições de consumidor no sistema do CDC.⁴⁸ A polêmica entre os finalistas e maximalistas continua acirrada. Neste trabalho, mais do que definir quem são os consumidores, gostaria de destacar outros fatores importan-

tes e reflexos práticos do princípio da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I do CDC) e da daí resultante forte proteção que este sujeito de direitos recebeu no sistema do CDC.

1.1. A superação do *status* de terceiro na relação e o novo *status* de consumidor

A maior contribuição do CDC ao direito civil atual reside justamente na superação do conceito de sujeito individual, o que – na prática – altera todas as nossas definições de terceiro. Se o sujeito da relação juridicamente relevante pode ser individual, coletivo ou difuso, se pode ser além do contratante e da vítima-contratante também o “*bystander*”, vítima terceira em relação ao contrato, o filho e a vizinha em caso de transporte, o “participante indireto da relação”, por exemplo, o beneficiado em contrato de seguro, o dependente da relação principal de seguro ou plano de saúde, se pode ser o exposto à prática comercial, quem aceita estacionar em *shopping center*, mas não contrata, não consome propriamente dito, o exposto à publicidade, que nunca sequer adquiriu o serviço ofertado. Assim, se no sistema do CDC todos estes “terceiros” hoje se incluem como “consu-

45. Nery, Nelson Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do Anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover et al., Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1998, p. 342.

46. Estou usando a expressão no sentido não-técnico, como “relação”, veja sobre contratos relacionais a premiada tese de Ronaldo Porto Macedo, *Sociologia Jurídica e teoria do Direito: A teoria Relacional e a Experiência Contratual*, USP, 1997 publicada com o título *Contratos Relacionais*.

47. Veja nossa obra MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pp. 140 e ss.

48. Veja minha obra, *Contratos*, pp. 140-161 e, como contraponto, especialmente no que se refere às relações bancárias as opiniões a favor da posição da FEBRABAN, a obra de DONATTO, Maria Antonieta Zanardo, *Proteção ao Consumidor-Concepto e Extensão*, Ed. RT, São Paulo, 1994, pp. 54 e ss. e contra, de EFFING, Antonio Carlos, *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*, Ed. RT, São Paulo, 1999, pp. 40 e ss.

midores”, consumidores *stricto sensu* do art. 2º (quem “utiliza um serviço”), consumidores equiparados do parágrafo único do art. 2º (coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relação de serviço), do art. 17 (todas as vítimas dos fatos do serviço, por exemplo os passantes na rua quando avião cai por defeito do serviço) e do art. 29 (todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas comerciais de oferta, contratos de adesão, publicidade, cobrança de dívidas, bancos de dados, sempre que vulneráveis *in concreto*), então temos que rever nossos conceitos sobre estipulações em favor de terceiro⁴⁹ e, no processo, sobre legitimação destes terceiros para agir individual e coletivamente.⁵⁰

Sobre o tema dois aspectos merecem destaque. O primeiro é quanto à origem desta expansão do sujeito de consumo, agora englobando os antigos terceiros. A subdivisão entre o parágrafo único do art. 2º, o art. 17 e art. 29 já foi considerada como uma tentativa de evitar o veto do então presidente COLLOR DE MELLO,⁵¹ parece-me,

porém, vir de encontro a uma tendência do direito norte-americano, o qual evoluiu para incluir duas categorias de terceiros e garantir-lhes direitos “contratuais”.⁵² Esta superação do dogma *nemo alteri stipulare potest* é resultado da força da autonomia da vontade naquele sistema.⁵³ A *Section 302 do Restatement* distingue entre terceiros-beneficiários contratuais “intencionais” e “incidentais”. Estes “terceiros”-parte podem então perseguir “seus interesses” contratuais, além do que é criado para o devedor um “*duty*” frente ao beneficiário intencional.⁵⁴ E por vontade das partes e face à confiança despertada (“*reliance*”),⁵⁵ que este “terceiro”, agora parte, poderá usufruir de direitos e garantias contratuais (também processuais) e o devedor tem frente a ele os mesmos deveres de *performance*.

Com a devida vênia, parece-me que o parágrafo único do art. 2º e o art. 29 do CDC incluem principalmente os terceiros-beneficiários “intencionais”, pois que sua vontade ou a vontade dos contratantes principais está presente com esta finalidade específica de inclusão. Examine-se o caso

49. Interessante observação de ATIYAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, 5. ed., Oxford, Londres, 1995, p. 386, que o direito novo deve também regular os reflexos negativos desta expansão, isto é, as eventuais estipulações contra terceiros. No caso do CDC, parece-me que utilizando o princípio da boa-fé e da confiança haverá manutenção de direitos, mesmo que os contratantes principais, por exemplo, definirem “estipulações” negativas aos direitos dos consumidores. O tema, porém, ainda não foi claramente examinado pelo Judiciário.

50. Sobre a tutela e legitimação dos terceiros, veja a obra premiada de LISBOA, Roberto Senise, *Contratos Difusos e Coletivos*, Ed. RT, 1997, pp. 186 e ss.

51. Veja preciso estudo realizado por Antônio Janyr Dall'Agnol sobre o assunto, D'ALLGNOL, Antonio, *Direito do consumidor e serviços bancários e financeiros-Aplicação do CDC nas atividades bancárias*, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 27, pp. 7 e ss.

52. CHIRELSTEIN, Marvin A. *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*, 3. ed., Foundation Press, New York, 1998, p. 187.

53. Veja nos sistemas romano-germânicos as lições do mestre argentino MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 1995, p. 346.

54. CHIRELSTEIN, p. 187.

55. CHIRELSTEIN, p. 193.

de um pai que coloca os filhos no colégio, os menores “intervêm” na relação e são “expostos” às práticas, por exemplo, de cobrança deste serviço educacional. Os filhos não são terceiros ao contrato, não há mais “estipulação em favor de terceiro”, há estipulação em favor de consumidor, porque o terceiro-filho é hoje consumidor (*stricto sensu*, inclusive), com todos os direitos (materiais e processuais) oriundos deste *status*, superando problemas no campo da validade quanto a sua vontade. Examine-se o caso de genro que coloca a sogra como dependente beneficiária de um seguro ou plano de saúde coletivo, a sogra e todos os demais consumidores seriam terceiros beneficiários frente ao contrato assinado por seu “representante”, universidade, sindicato ou mesmo empresa, mas hoje todos, sem exceção são consumidores, mesmo os interditados, deficientes mentais, menores de idade. Examine-se o caso de um indivíduo que assiste a uma publicidade e é induzido em erro (art. 37, § 1º do CDC), mas que não contrata ou “utiliza o serviço” (art. 2º do CDC), mesmo assim é ele consumidor equiparado (parágrafo único do art. 2º e art. 29 do CDC).

Parece-me que a categoria terceiro-parte acidental ou incidental atua principalmente para incluir os terceiros-vítimas extracontratuais do art. 17 do CDC como consumidores. Devo, porém, concordar

também com parte da doutrina que parece incluir como “consumidores-incidentais” alguns dos incluídos no sistema pelo art. 29 do CDC, pois que apesar de muitas vezes “expostos” semi-voluntariamente à relação de consumo (presença em *shopping center*, recepção de mensagem publicitária, como consumidor em potencial ou consumidor alvo da prática) é possível aceitar que o art. 29 inclua como consumidores pessoas totalmente alheias à relação e que sem qualquer “vontade”, delas ou de qualquer dos contratantes, e que mesmo assim foram “expostas” incidentalmente às práticas.⁵⁶

Esta distinção de origem norte-americana é pedagógica, pois ajuda a superar a noção de terceiro “beneficiário” para evoluir para a idéia de terceiro-vítima, terceiro-exposto, terceiro-interveniente, enfim, consumidor-equiparado-“ex-terceiro”. Alcançar, porém, precisão nesta distinção parece ser hoje de menor importância, uma vez que o sistema do CDC vai mais longe de que o original sistema norte-americano e evolui para não distinguir entre estes terceiros. No sistema de nosso CDC, com sua *ratio legis* de inclusão e tutela dos vulneráveis, não há diferença na intensidade dos “deveres” dos fornecedores frente aos consumidores (terceiros beneficiários) “intencionais” ou “incidentais”. Todos receberam, sem distinções, o *status* de consumidor,⁵⁷ e com relação a todos os fornecedores devem

56. Assim DONATO, Maria Antonieta Z., *Proteção ao Consumidor*, RT, São Paulo, 1993, p. 243 afirma: “O art. 29, como já mencionado, possui uma abrangência subjetiva bem mais extensa e ampla, bastando, para nessa categoria subsumir-se, a simples exposição do consumidor àquelas práticas. Prescinde-se, pois, da efetiva participação da pessoa na relação de consumo (art. 2º) ou de ter sido atingida pelo evento danoso (art. 17). Mostra-se suficiente estar exposto a essas práticas para receber-se a tutela outorgada”.

57. Se diferença existir é, inclusive, a favor do terceiro-vítima do art. 17 em relação ao consumidor equiparado do art. 29 do CDC, que alguns consideram deva beneficiar-se apenas das regras daquela seção e da anterior, ambas contratuais. Veja sobre o assunto minhas críticas a esta posição minoritária, in *Contratos*, pp. 157 e ss.

conduzir-se com boa-fé e evitar danos. Este terceiro é hoje consumidor.

Poderíamos, pois, afirmar uma segunda diferença, uma vez que no sistema do CDC a inclusão destes terceiros, agora com o *status* "obrigacional" de consumidores equiparados, se dá não pela vontade dos fornecedores ou mesmo dos consumidores, mas se dá *ex vi lege*. Esta solução positivada, típica de nosso sistema, traz um potencial muito mais generalizante do que a solução norte-americana da autonomia da vontade concreta. É exemplo do espírito protetivo do CDC de incluir grande número de pessoas que "gravitavam" ao redor dos contratos e relações de consumo, sendo afetados por eles, sem ter um *status* contratual ou um vínculo obrigacional que os pudesse proteger, até agora. A diferença do sistema norte-americano clássico é a proteção ampliada coletiva, que assegura imperativamente (art. 1º c/c art. 2º, 17 e 29 do CDC), logo, o instrumento de pressão dos fornecedores foi justamente o outro, o dever.

Impor ao fornecedor de serviços, no sistema do CDC, deveres de lealdade e segurança genéricos (extracontratuais e contratuais) frente a todos os consumidores (art. 2º, art. 17 e art. 29 do CDC) é um grande jugo, pois nem ele pode identificar quem são estes "consumidores" em potencial, individuais, coletivos e mesmo difusos (art. 81 do CDC).⁵⁸ Se os consumidores *in concreto* irão usar de seus novos direitos "contratuais" não é certo, certo é que o sistema do CDC criou novos deveres do fornecedor frente a estes ex-terceiros, agora consumidores, que como tal e neste patamar de boa-fé, qualidade e segurança devem ser tratados no mercado, indistintamente se "contratam" os serviços, se os "utilizam" diretamente, se neles "intervêm" ou se são apenas "expostos" a eles.⁵⁹

O resultado desta expansão é a superação da figura do terceiro. No sistema do CDC, devemos desconfiar quando o fornecedor indica uma pessoa ou grupo como terceiro,⁶⁰ pois geralmente este grupo ou

58. Acrescente-se que a caracterização da vítima como consumidor ocorre somente se a seu favor, como ensina a jurisprudência do TJRJ: "Não há relação de consumo entre vítima de ônibus abalroado e o abalroador a justificar a incidência do CDC *in malam partem*. Prescrição que não pode ser aplicada contra a parte a quem favorece a pretexto de fazer incidir lei mais favorável. Há *contraditio in terminis* na aplicação do Código do Consumidor em desfavor deste beneficiário...", in Revista Direito do Consumidor, vol. 29, pp. 115 e ss.

59. A jurisprudência sobre transportes ferroviários tem muita experiência no tratamento deste dever especial de segurança frente a terceiros-vítimas, veja REsp 107.230, REsp 38.232, REsp 38.152, REsp 23.166, REsp 48.043, REsp 35.842, com a diferença que a lei especial, Dec. 2.089/63 permite a indenização proporcional, se há culpa concorrente da vítima, o que penso não poder existir no sistema do CDC, que considera a "culpa exclusiva" de terceiro como excludente, não considerando-a fator mitigante de responsabilidade. Assim também TJRS: "Responsabilidade civil. Acidente de Consumo. Responsabilidade pelo fato do produto. É objetiva a responsabilidade do produtor na hipótese de acidente de consumo. Responde, assim, perante o consumidor ou o circunstante, fábrica de refrigerantes em razão do estouro de vasilhame, ocorrido em supermercado. Não é o comerciante terceiro, ao efeito de excluir a responsabilidade do produtor...ainda que o fosse, incumbe ao fabricante a demonstração inequívoca de que o defeito inexistia no produto, a caracterizar exclusividade de ação (dita culpa exclusiva) do comerciante..." (APC 598081123, 6ª C.Civ., TJRS, j. 10.02.1999, Rel. Des. Antônio Janyr Dall'Agnol Junior)

60. Exemplo desta alegação foi o caso dos planos de saúde coletivos com empresas, em que o fornecedor afirmava que os dependentes e os contratantes eram terceiros, logo, ilegítimos para discutir a nulidade (absoluta) das cláusulas contratuais no Judiciário...tal alegação hoje, no sistema do CDC, é absurda, pois que todos os consumidores têm direitos (materiais e processuais) assegurados por lei especial de ordem pública, logo, não disponível por vontade dos contratantes principais (um é consumidor, representante dos consumidores coletivos), nem dos beneficiários.

pessoa é hoje, *ex vi lege*, incluído no sistema com o *status* protetivo de consumidor, *stricto sensu* e equiparado. No plano da existência, pois, aparece um número maior de sujeitos de direito (ativos) nestas relações jurídicas de consumo, os consumidores. No plano da validade, praticamente inalterado, aparece a tendência de tratar estes atos de consumo, criadores de direitos para "consumidores-terceiros", de acordo com a confiança despertada, superando a teoria do vício da vontade, uma vez que o fornecedor já não mais pode alegar erro e menos ainda *dolus bonus*, uma vez que o dever de informar, dever de segurança e dever de introdução no mercado apenas de serviços sem defeito foi imputado a ele imperativamente *ex vi lege*, sem possibilidade de disposição (arts. 1º, 24 e 25 do CDC). Supre-se igualmente eventuais problemas de forma frente ao grande reflexo destas relações, como por exemplo os contratos coletivos de planos de saúde, onde eventuais problemas de forma vão ser superados pela conduta típica dos consumidores, que confiam na validade do vínculo. Segundo alguns, os efeitos obrigacionais destas relações jurídicas de consumo se aproximam muito, no plano da validade, dos efeitos dos atos-fatos ou atos existenciais.⁶¹

1.2. Relativização do efeito apenas *inter partis* dos contratos de serviço face aos novos "consumidores": nova

força vinculativa do fornecimento de serviços

A superação do conceito de sujeito individual de direitos nas relações de serviços de consumo, além de alterar nossas definições de terceiro, possui o condão de quebrar também alguns dogmas da teoria geral dos contratos. E justamente no plano da eficácia que localiza-se a segunda modificação importante trazida para o Direito Civil pelo CDC: os efeitos contratuais expandidos ou qualificados pela definição ampla de sujeito de direito da relação de consumo. Ora, se o terceiro é parte e consumidor, sujeito de direitos mesmo em relações contratuais que não participa, dois dogmas estão revistos no CDC: o do efeito *inter partis* dos contratos de serviço e da *suma divisio* entre a obrigação contratual e extracontratual.

Reservando o segundo tema para quando examinarmos o sujeito passivo da relação, os fornecedores, podemos afirmar quanto ao primeiro que a regra da relatividade dos contratos ou do efeito apenas entre partes é clássica e diretamente originada do dogma da autonomia da vontade.⁶² No Direito Civil comum este grupo de "consumidores" incidentes não deveria fazer parte da relação contratual. A única exceção clássica são os parques direitos assegurados aos beneficiários-terceiros (hoje, consumidores intencionais), nas estipulações em favor de terceiros.

61. Sobre o tema, analisando os ensinamentos de Clóvis de Couto e Silva sobre atos existenciais, veja PASQUALOTTO, Adalberto, *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Ed. RT, 1997.

62. Veja nosso capítulo introdutório, in *Contratos*, pp. 37 e ss.

Bem, o sistema do CDC, ao aproximar estas duas figuras e definir todos como “consumidores” *stricto sensu* ou equiparados, acaba definindo que as relações contratuais de consumo terão efeitos frente a “terceiros”. Um contrato de serviço regulado pelo Código Civil não deveria ter efeitos frente a terceiros, vincularia e asseguraria direitos somente às partes, e – no máximo – em relação aos terceiros beneficiários intencionais e aceitos por ambos os contratantes principais. No sistema do CDC a eficácia contratual é maior, pois nascem direitos em terceiros, consumidores equiparados e nascem deveres para os fornecedores frente a “terceiros”, consumidores equiparados. Há, pois, uma modificação importante dos contratos de fornecimento de serviços no plano da eficácia, que está ligada diretamente ao fato de, no plano da existência, poderemos identificar um maior número de sujeitos ativos, os consumidores para uma só relação jurídica contratual envolvendo fazeres.

Já destaquei o tema como uma das grandes contribuições dogmáticas do CDC ao Direito Contratual, afirmando: “Na visão tradicional, a força obrigatória do contrato teria seu fundamento na vontade das partes. Uma vez manifestada esta vontade, as partes ficariam ligadas por um vínculo, donde nasceriam obrigações e direitos para cada um dos participantes, força obrigatória esta, reconhecida pelo direito e tutelada judicialmente.

A nova concepção de contrato destaca, ao contrário, o papel da lei. É a lei que reserva um espaço para a autonomia da vontade, para a auto-regulamentação dos

interesses privados. Logo, é ela que vai legitimar o vínculo contratual e protegê-lo. A vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato.

Assim, o princípio clássico de que o contrato não pode ser modificado ou suprimido senão através de uma nova manifestação volitiva das mesmas partes contratantes sofrerá limitações (veja neste sentido os incisos IV e V do art. 6º do CDC). Aos juízes é agora permitido um controle do conteúdo do contrato, como no próprio Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, devendo ser suprimidas as cláusulas abusivas e substituídas pela norma legal supletiva (art. 51 do CDC). É o intervencionismo estatal, que ao editar leis específicas pode, por exemplo, inserir no quadro das relações contratuais novas obrigações com base no Princípio da Boa-Fé (dever de informar, obrigação de substituir peça, renovação automática da locação, etc.), mesmo que as partes não as queiram, não as tenham previsto ou as tenham expressamente excluído no instrumento contratual. Relembre-se aqui também o enfraquecimento da força vinculativa dos contratos através da possível aceitação da teoria da imprevisão (veja neste sentido o interessante e unilateral inciso V do art. 6º do CDC).

Assim também a vontade das partes não é mais a única fonte de interpretação que possuem os juízes para interpretar um instrumento contratual. A evolução doutrinária do direito dos contratos já pleitea-

va uma interpretação teleológica do contrato, um respeito maior pelos interesses sociais envolvidos, pelas expectativas legítimas das partes, especialmente das partes que só tiveram a liberdade de aderir ou não aos termos pré-elaborados. (...)

A pluralidade não é só de leis imperativas a considerar, é também de agentes econômicos, o que revaloriza a solidariedade, como forma de responsabilização da cadeia organizada de fornecedores na sociedade de consumo atual (arts. 14, 18 e 20 do CDC), e com isto abala as estruturas da divisão entre responsabilidade civil contratual e extracontratual.⁶³ A pluralidade é também de sujeitos envolvidos e sujeitos a proteger, identificados como sujeitos a tutelar de forma diferenciada, os mais fracos na sociedade.

Relativiza-se, assim, o postulado que os contratos só têm efeito entre as partes (*res inter alios acta*). As novas tendências sociais da concepção de contrato postulam que, em alguns casos, o raio de ação do contrato deva transcender a órbita das partes. Como exemplo, relembre-se a tentativa doutrinária de estender a garantia contratual contra vícios ou defeitos aos terceiros-vítimas de um fato do produto, principalmente na doutrina francesa; relembre-se igualmente a intensificação na vida moderna dos contratos em benefício de terceiros, como os contratos de seguro de vida e o de transporte de mercadorias

em alguns casos. Aqui, localiza-se um dos mais importantes fenômenos, desafios, do novo direito dos consumidores.

Nas relações contratuais de massa a crédito, a relação se estabelece entre o consumidor e a empresa de crédito, mas o bem é fornecido pela empresa-vendedora. Neste triângulo contratual, a acessoriedade da relação de crédito em relação ao cumprimento dos deveres da relação de fornecimento do bem deve ficar clara, para evitar que uma fique independente da outra, impossibilitando as reclamações do consumidor.

Assim também, as fases anteriores e posteriores ao momento da celebração do contrato ganham em relevância. Disciplina-se o pré-contrato, reforçando a sua força obrigatória para que conceda em alguns casos direito real ao beneficiário. Reforçam-se os requisitos da fase pré-contratual ao impor deveres de informação ao fornecedor. Mas especial atenção receberá a fase pós-contratual. A doutrina já havia desenvolvido a teoria da culpa *post factum finitum*, a qual, baseada no princípio da boa-fé, estendia a eficácia do contrato para além do cumprimento do dever principal.⁶⁴

2) Fornecedores

Também no que diz respeito aos fornecedores muito se escreveu, especialmente face a polêmica tentativa dos Bancos e entidades financeiras de não incluírem suas

63. Veja exemplos da força prática desta solidariedade, no Resp 142.042/RS: “Pelo vício de qualidade do produto respondem solidariamente o fabricante e o revendedor”, in Revista Direito do Consumidor, vol. 30, p. 125 e ss. e na APC 596141819, TJRS: “Tem o comerciante, que presta os serviços de assistência técnica, a obrigação solidária com o fabricante de consertar o veículo adquirido”, in Revista Direito do Consumidor, vol. 30, pp. 142-143.

64. Assim escrevi, in *Contratos*, pp. 122 a 125.

atividades como fornecimento de serviços e produtos no mercado de consumo.⁶⁵ Neste trabalho, mais do que reascender esta polêmica superada pela atuação forte e correta da jurisprudência brasileira, gostaria de destacar outros fatores importantes na visão atual do fornecedor de serviço, especialmente a idéia do fornecimento em cadeia, assim como destacar os reflexos práticos desta inclusão de todos os fornecedores de serviços (diretos e indiretos) no sistema do CDC.

2.1. Cadeia de fornecimento de serviços e os novos "fornecedores": organização, nova pós-personalização ou catividade

Dirão alguns, o que a catividade, expressão de CARLOS ALBERTO GHERSI, que utilizei para formar a noção nova de "contratos cativos de longa duração", tem a ver com os sujeitos da relação de serviços. Sim, catividade é um *status* novo do sujeito, é uma qualidade nova da relação de serviços que perdura no tempo. Que a catividade no sistema do CDC seja juridicamente importante e que este sistema introduza como princípio a manutenção das relações no tempo (boa-fé do art. 4º, III e § 2º do art. 51 do CDC), trata-se de uma importante modificação da teoria contratual.

Sem dúvida poderia ter sido examinada na seção dedicada aos consumidores, afinal faz parte do status contratual atual,

mas preferi examinar aqui para bem frisar a sua ligação com os métodos de comercialização de serviços pelos fornecedores no mundo atual. O consumidor cativo normalmente é cativo em virtude do grande número de relações que possui com um só grupo (ou cadeia) de fornecedores, por exemplo, bancos múltiplos ou grandes empresas de telecomunicações. O consumidor é cativo pelas características ou qualidades do serviço e do fornecedor, por exemplo um serviço essencial territorialmente monopólio (ex: água, esgoto, telefone fixo), um serviço não essencial mas territorialmente único (TV a cabo, escola ou creche próxima).

No plano da existência a catividade será fotografada apenas como elemento "tempo" e "essencialidade" do serviço, mas seus reflexos serão grandes no plano da validade (superação de pequenos problemas de forma, de manifestação de vontade, de erro, dolo, etc.) e no plano da eficácia (direito à continuidade dos serviços ex-públicos essenciais, direito à manutenção do vínculo, dever de cooperar para continuar o vínculo, impossibilidade de corte, de cobranças abusivas através de cortes).

Destaco aqui a catividade-subjetiva do consumidor frente ao um fornecedor, uma cadeia de fornecedores, um grupo organizado de fornecedores no mercado justamente para frisar uma característica das relações de obrigações de serviço hoje, pós-personalistas. Explico esta estranha expressão que agora lanço: *relações*

65. Veja as obras já citadas de DONATTO e EFFING.

pós-personalizadas. As obrigações de fazer muitas vezes eram "personalíssimas", infungíveis. No sistema do CDC estas ainda podem existir, mas a maioria dos serviços ou obrigações são fungíveis, como seu regime no CDC esclarece (veja arts. 20, 35 e 84 do CDC). Lógico seria, pois, que os serviços no CDC fossem, como a maioria das relações contratuais hoje "despersonalizados" e massificados. Um fenômeno estranho observa-se. Em se tratando de serviços prestados por grandes grupos, com grandes marcas consolidadas, como empresas de transporte, consórcios "de fábricas de automóveis", cadeias de restaurantes, hotéis, bancos múltiplos, cartões de crédito e outros, parece-me reaparecer no sistema do CDC um novo tipo de "personalização" do serviço, conhecido na economia como "fidelização" da clientela. O reflexo desta nova "catividade" é que o consumidor ou grupo de consumidores quer

justamente este fornecedor ou grupo de fornecedores que divide esta *marca/imagem/status*, etc., e a solidariedade da cadeia de fornecimento exsurge no CDC.⁶⁶

A *pós-personalização* é um misto entre relação intrinsecamente despersonalizada e externamente personalizada, em um *double coding* pós-moderno.⁶⁷ Parece-me um fenômeno pós-moderno por sua complexidade e fragmentação, assim se de um lado a marca ou grupo importa para o consumidor e faz parte de suas expectativas legítimas estar vinculado a este fornecedor, a verdadeira personalidade jurídica do fornecedor não importa (pode se tratar de grupo de empresas, como nos Bancos múltiplos ou de redes de telecomunicações, pode se tratar de um franquiado, de uma comerciante individual em um complexo, shopping ou *mix*),⁶⁸ o que importa é justamente a marca, esta "pós-personalização".⁶⁹

66. Exemplo desta solidariedade em matéria de consórcio de marcas: "Consórcio. Contemplação por sorteio. opção por outro bem. Falência da concessionária...responsabilidade solidária da Administradora do plano consorciado. Código de Defesa do Consumidor. 1. A pretensão de direito material encontra-se albergada no contrato de adesão a grupo de consórcio, cuja qualificação da fornecedora emerge cristalinamente como sendo a Administradora, prestadora de serviço, integrante do grupo econômico Autolatina Volkswagen. 2. A obrigação imposta à consorciada, por cláusula de adesão, para efetuar a opção por outro bem, deve ter eficácia relativizada diante da obrigação de melhor informação e compreensão do consumidor. A par disso, reserva-se ao princípio da boa-fé e garantia do exercício do direito. Aplicação dos arts. 30 e 54 do CDC. 3. A responsabilidade solidária da Administração configura-se no fato de a Concessionária permitir a modificação do pedido, com suporte na marca do grupo econômico Volkswagen, conduzindo o negócio sob a confiança do consumidor. Inteligência do art. 34 do CDC. 4. hipótese concreta em que a relação jurídica consorciada reclama abordagem (TJRS, EI 599178050, 9º Grupo Cível, j. 17.08.1999, Des. Fernando Braf Henning Júnior)

67. Sobre pós-modernidade e o direito do consumidor, veja minha obra, *Contratos*, pp. 89 e ss. e sobre *double coding*, ou significados duplos, os ensinamentos de meu mestre alemão Erik Jayme, veja JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne – Cours général de droit international privé* 1995, in: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, 1995, II, pp. 36 e ss.

68. Assim ensina a jurisprudência do 1º TACiv.SP: "Responsabilidade civil. ...Contratação de locadora de veículo em função do prestígio e do nome que mantém no mercado (Localiza). A franquia da marca implica o dever de eleger bem quem a usar, assumindo solidariamente o dever de indenizar ..." (AP 858.941-9, j. 02.08.1999, Juiz Maia da Cunha).

69. Note-se que a nova lei argentina, define como fornecedor solidariamente responsável aquele que simplesmente coloca a sua "marca" no serviço, não importa quem efetivamente prestou. Veja a íntegra da lei in Revista Direito do Consumidor, vol. 27, pp. 239 e ss. e comentários de Gabriel Stiglitz, STIGLITZ, Gabriel, *modificaciones a la Ley Argentina de Defensa del Consumidor y su insuficiencia en el Mercosur*, in Revista Direito do Consumidor, vol. 29, pp. 9 e ss.

Este fenômeno é comum nos contratos cativos de longa duração⁷⁰ e ressurge no direito contratual como um fator quase que extinto, a pós- ou mega-personalidade ou semi-anonimato das relações. Se as relações de massa, através do método do contrato de adesão e dos atuais métodos de *marketing*, tendem a ser despersonalizadas, as relações pós-modernas retornam como quase-individuais (cada cliente quer ter uma relação “personalizada”), relações coletivas e fragmentadas, de grupos com cadeias, relações de marcas e “griffes”, semi-repersonalizadas. Aqui esta nova pós-personalização das relações é um novo fator de garantia para o consumidor, que suas expectativas ligadas àquela marca específica e nesta relação específica prevalecerão. A manutenção do vínculo com o fornecedor de uma marca consolidada, ou de uma determinada qualidade diferenciada, ou de um grupo economicamente forte pode ser importante e relevante para o consumidor porque integra o grupo de fatores que vai assegurar que este receba o que deseja, que realize as suas expectativas legítimas. Trata-se aqui de uma reação à fluidez e à fragmentação cada vez maior das relações contratuais. A cessão de direitos ou da posição contratual por parte do fornecedor, muitas vezes utilizada como

técnica para poder modificar as cláusulas contratuais iniciais, pode abalar o sinalagma funcional e afetar a realização das expectativas legítimas do consumidor. Logo, deve ser especialmente cuidada, controlada e mesmo evitada.⁷¹

2.2. A responsabilidade do grupo ou cadeia de fornecimento de serviços: teoria unitária da responsabilidade contratual e extracontratual

Como resposta à responsabilidade extracontratual do grupo, também chamada de causalidade alternativa, o CDC traz uma resposta clássica em matéria de produtos e uma resposta ousada em matéria de serviços. Enquanto o art. 12 nomeando os responsáveis solidários principais e introduz um responsável subsidiário, o comerciante, no art. 13, no art. 14 os fornecedores de toda a cadeia de serviços são considerados solidariamente responsáveis, todos sem exceção e objetivamente.⁷² O seu direito de regresso está assegurado apenas pelo parágrafo único do art. 7º do CDC, mas lembre-se que o sistema do CDC não permite denúncia a lide ou qualquer outra indicação do verdadeiro “culpado” no processo frente ao consumidor ou seus repre-

70. Criei esta expressão para evitar utilizar a noção de contrato pós-moderno, in *Contratos*, pp. 68 e ss. Contratos cativos de longa duração são contratos de massa envolvendo serviços, serviços ou fazeres especiais e complexos, renováveis no tempo, que envolvem uma série ou cadeia de fornecedores diretos e indiretos e que acabam por criar uma espécie de catividade ou dependência do consumidor para futuros contratos, futuras prestações ou mesmo para atingir o objetivo contratual, necessariamente postergado no tempo, pois envolve riscos futuros. Suas características principais são a continuidade no tempo, o trato sucessivo, mesmo que o contrato seja teoricamente limitado por termo final, a sua importância social e o controle do Estado por se tratarem de serviços autorizados, fiscalizados e com contratos ditados ou semi-ditados, sempre de adesão.

71. Veja detalhes desta nossa análise, in *Contratos*, pp. 527 e ss.

72. Esta responsabilidade objetiva foi bem assimilada pela jurisprudência, veja exemplo do TJRJ: “Infecção hospitalar contraída após cesariana, culminando com a retirada do útero. Responsabilidade objetiva, sendo desnecessária a prova da culpa. Art. 14 da Lei nº 8.078/90”. In *Revista Direito do Consumidor*, vol. 29, pp. 116 e ss.

sentantes legitimados. Clássica a solução, pois presente no § 830 do BGB alemão de 1896, mas os comentaristas brasileiros da responsabilidade alternativa dos grupos (Pontes de Miranda, Orlando Gomes e Silvio Rodrigues)⁷³ sempre tenderam a exigir a prova da responsabilidade de um ou todos estariam “liberados da responsabilidade”. Outra era a posição de CLÓVIS DO COUTO E SILVA.⁷⁴

A solução do CDC é coerente, uma vez que a responsabilidade é objetiva, logo sem culpa, tal prova não é mais necessária e não será motivo de exclusão da responsabilidade. O importante neste sistema não é culpa subjetiva de um ou de muitos da cadeia de fornecimento de serviços, mas sim a prova do (fato) defeito do serviço e donexo causal com o dano causado às vítimas, todas agora consideradas consumidoras.

A única exceção deste sistema objetivo e de responsabilidade alternativa é o § 4º do art. 14 do CDC, que privilegia os profissionais liberais, retornando ao sistema subjetivo de culpa. Relembre-se que este artigo apenas se aplica ao caso de defeito no serviço, falhas na segurança deste, muito comum no caso dos médicos, mas pouco comum no caso dos advogados. As falhas de adequação dos serviços dos profissionais continuam regulados pelo art. 20 do CDC, com sua responsabilidade solidária e de es-

tilo contratual, logo, sem culpa.⁷⁵ Também parece-me que as pessoas jurídicas formadas por médicos ou outros profissionais perdem este privilégio, devendo ser tratadas como fornecedores normais, elas mesmas não profissionais liberais. Aqui privilegiado não é o tipo de serviço, mas a pessoa (física) do profissional liberal. Difícil o caso das cadeias de profissionais liberais, como grupos médicos ou cirúrgicos que não abram mão de sua característica de profissionais liberais, mas atuem em grupo, talvez até com pessoas que não sejam profissionais liberais.

A prática extinção da figura do terceiro, hoje incluído como consumidor *stricto sensu* ou equiparado no CDC, e a imposição da solidariedade na cadeia de produção ou organização dos serviços têm como reflexo mais destacável a superação da *suma divisio* entre a obrigação contratual e extracontratual.⁷⁶ Esta é uma contribuição importante do CDC ao Direito Civil.

Interessante notar o reflexo do mandamento de proteção da confiança (*Vertrauensgebot*), oriundo do princípio de boa-fé. Este mandamento está intimamente ligado, pode-se mesmo afirmar ser uma consequência ética, ao *anonimato* das novas relações sociais. Como as relações contratuais e pré-contratuais, a produção, a comercialização são massificadas e multiplicadas, sem que se possa claramente iden-

73. Veja revisão dos mestres, na interessante obra de DELLA GIUSTINA, Vasco, *Responsabilidade Civil dos Grupos- Inclusive no Código do Consumidor*, Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1991, pp. 121 e ss.

74. Este autor tendia pela solução alemã do § 830, de responsabilidade de todos os da cadeia ou grupo, encontrando apoio mesmo na jurisprudência gaúcha, veja revisão do pensamento do mestre gaúcho, in DELLA GIUSTINA, pp. 125 e ss.

75. Assim concorda LÔBO, p. 60.

76. Na feliz expressão de Lobo é a “transsubjetivação da responsabilidade, pouco importando se é contratual ou extracontratual sua origem”, LÔBO, p. 14.

tificar os beneficiados (consumidores e usuários), foi necessário criar um novo paradigma. Um novo paradigma mais objetivo do que a subjetiva vontade, boa ou má-fé do fornecedor *in concreto*, mas sim um *standard* de qualidade e de segurança que pode ser esperado por todos, contratantes, usuários atuais e futuros (expectativas legítimas). Se quem vai ser beneficiado e ter pretensões em relação a esta confiança despertada é o contratante, é o segundo usuário ou apenas um ex-terceiro não importa ao CDC.

Note-se, por fim, que a ciência do direito para proteger convenientemente a confiança despertada pela atuação dos fornecedores no mercado terá de superar a *summa divisio* entre a responsabilidade contratual e extracontratual, e o fará revigorando a figura dos deveres anexos (*Nebenpflichten*). Estes são deveres de conduta, deveres de boa-fé presentes nas relações sociais mesmo antes da conclusão de contratos, presentes mesmo depois de exauridas as prestações principais ou em caso de contratos nulos ou inexistentes. Em verdade, os deveres anexos de cuidado, de informação, de segurança e de cooperação estão presentes em todas as relações, mesmo as extracontratuais, pois são deveres de conduta humana (*Verkehrspflichten*), só indiretamente (ou eventualmente) dirigidos a prestação contratual.⁷⁷

A organização da cadeia de fornecimento de serviços é responsabilidade do fornecedor (dever de escolha, de vigilância), aqui pouco importando a participação eventual do consumidor na escolha de alguns entre os muitos possíveis.⁷⁸ No sistema do CDC é impossível transferir aos membros da cadeia responsabilidade exclusiva, nem impedir que o consumidor se retrate, face a escolha posterior de um membro novo na cadeia.⁷⁹

B) Objeto da relação jurídica de serviço no CDC

1. Objeto múltiplo e conexidade de prestações nos atuais serviços complexos

O objeto dos negócios jurídicos não são coisas, corporais ou imateriais, mas sim vemos hoje como objeto as prestações, o prometido e esperado, o sinalagma da relação, se bilateral.⁸⁰ Aqui vários fenômenos podem ser destacados: totalidade, cooperação, equilíbrio, conexidade.

As prestações das obrigações de fazer multiplicaram-se, frente ao princípio da boa-fé. Assim além do dever de prestar o fazer principal, o fornecedor de serviços deve também realizar os deveres anexos de conduta, oriundos diretamente do princípio da boa-fé. Estes deveres também são fazeres, isto é, informar, aconselhar, cuidar

da segurança, dos materiais integrados, da honra e dignidade do parceiro, cooperar com o parceiro, não bloqueá-lo nas suas expectativas legítimas. Esta visão de totalidade da relação obrigacional⁸¹ atual levamos a considerar o vínculo como um feixe de deveres, na maioria fazeres e não-fazeres conexos de interesse direto (e talvez hoje maior do que o da prestação principal) do consumidor. A expectativa legítima do consumidor está muito ligada a esta totalidade, assim se comutativo o vínculo, o CDC impõe regras para que o fornecedor realmente informe o consumidor sobre seus direitos (por ex: art. 40 do CDC sobre orçamento), permitindo uma escolha racional e refletida; se aleatório o vínculo, a qualidade do serviço é garantida de forma extrema. No sistema do CDC, aleatória é a prestação por sua natureza, mas não sua qualidade, sua qualidade segurança e sua qualidade adequação vêm garantidas imperativamente (arts. 8º, 9º, 10, 14, 20, 24 e 25, 51, I do CDC).

O segundo fenômeno tem direta ligação também com o princípio da boa-fé, é a exigência de cooperação para alcançar os fins contratuais. Cooperação é conduta conforme boa-fé, mas significa hoje em matéria de relações de consumo, flexibilidade e relevância jurídica do tempo. A teoria romana e a da boa-fé já conheciam a exceção da ruína, no sentido que a manutenção do vínculo não deve ser onerosa em demasia para nenhuma das partes.⁸² Utilizando-se o princípio da boa-fé como guia é possível

procurar soluções alternativas e adaptações da relação contratual conflitual ou em crise, para alcançar o resultado da manutenção do vínculo, com realização das expectativas legítimas dos consumidores e sem que haja ônus excessivo para nenhuma das partes, como parece indicar o art. 51, § 2º e o art. 4º, III do CDC. É a nova flexibilidade da relação no tempo, exigida pelos princípios da boa-fé e do equilíbrio (art. 4º, III e art. 6º, V do CDC), a determinar a excepcional “alterabilidade” do conteúdo contratual para a manutenção da relação, superando assim a rigidez do princípio clássico da inalterabilidade do conteúdo contratual.

O CDC a introduziu o direito à modificação das cláusulas excessivamente onerosas apenas em benefício do consumidor (art. 6º, V do CDC), mas previu – em caso de nulidades – a onerosidade excessiva para qualquer das partes como motivo a impedir a manutenção do contrato (art. 51, § 2º do CDC). Destaque-se igualmente que cooperação para o bom fim do vínculo significa considerar juridicamente relevante a passagem do tempo. O tempo já transcorrido de duração de um relacionamento contratual de serviços (como seguros e planos de saúde, contratos bancários sempre renovados, etc.) passa a ser, então, juridicamente relevante face a expectativa criada no consumidor.

O terceiro fenômeno, diretamente ligado a ambos os anteriores e – parece-me

77. Nosso livro *Contratos*, p. 574.

78. A jurisprudência tem presente esta distinção: Assim ensina a jurisprudência do 1º TACiv.SP: “Responsabilidade civil. ... Irrelevante que a contratante do autor tenha contratado com agência de turismo para providenciar o transporte e a permanência. Atuação desta como mandatária a implicar direito de regresso pela via apropriada... Contratação de locadora de veículo em função do prestígio e do nome que mantém no mercado...” (AP 858.941-9, j. 02.08.1999, Juiz Maia da Cunha).

79. Veja decisão in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 20, pp. 232-233.

80. Assim ensina COSTA JUNIOR, p. 41.

81. Veja análise da idéia de Larenz, in CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio, *O conceito de totalidade concreta aplicado ao sistema jurídico aberto*, in *Revista AJURIS*, vol. 71 (1997), pp. 103 e ss.

82. MENEZES DE CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e, *Da Boa-fé no Direito Civil*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 1007-1008.

também ao princípio da boa-fé – é o da valorização do equilíbrio ou do nexos entre prestação e contraprestação denominado de sinalagma, que examinaremos com mais detalhes quando do exame da finalidade/garantia destas relações jurídicas.

O quarto fenômeno também poderia ser examinado quando do exame da finalidade, mas parece-nos que sua análise junto ao objeto da relação de serviços é mais útil ao uma visão real da multiplicidade e complexidade das relações de serviços atuais. Não poderíamos, ao fotografar as relações de serviço, deixar de examinar os chamados “atos de consumo por conexidade” ou relações de consumo acessórias. Destaque-se, pois, que hoje podemos classificar as relações de consumo como relações de consumo principal (por finalidade de consumo), relações de consumo por conexidade, por catividade, por acidente (art. 17 do CDC) e incidentais (art. 29 e parágrafo único do art. 2º do CDC).

Para a conexidade das relações a explicação é simples: na sociedade moderna por vezes as relações contratuais são tão conexas, essenciais, interdependentes e complexas que é impossível distingui-las, realizar uma sem a outra, deixar de realizá-las ou separá-las. E assim, se uma das atividades (ou fins) é de consumo acaba por “contaminar”, por determinar a natureza

acessória de consumo da relação ou do contrato comercial. Um bom exemplo, foi a telefonia a algum tempo atrás, em que para adquirir uma linha telefônica tinha o consumidor de comprar ações conexas.⁸³ O consumidor/usuário de serviços telefônicos transformava-se em acionista da empresa pública, mas era em verdade (e finalisticamente) destinatário final dos serviços da empresa. Era esta a sua causa inicial e final (o que lhe movia e o que aspirava alcançar no final), era este uso do telefone que ele queria atingir, sendo a titularidade das ações conexas apenas uma imposição legal da época. Há que se dar destaque a esta conexidade de consumo, pois é esta determinante da interpretação (do regime e dos efeitos) que se dará aos contratos e relações acessórias (talvez não de consumo *stricto sensu*).

Mister, pois estudar e estar ciente das redes de contratos, as redes de consumidores e os atuais contratos coletivos ou sistêmicos. A união de contratos, seu encadeamento em redes, cadeias de fornecimento, formação de grupos de consumidores alvo é o novo meio que se utiliza o mercado para a satisfação de um interesse, o qual não se poderia realizar através das figuras típicas contratuais existentes e do modo de negociação e contratação clássico, mas que o encadeamento/simultaneidade de contratos permite.⁸⁴

83. Veja decisão sobre o caso na jurisprudência, in Revista Direito do Consumidor, vol. 29, p. 173 e ss.: “...a Lei nº 8.078/90 estabelece, amplamente, o alcance de suas disposições...quando houver dano ao consumidor, sendo este equiparado a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo, entre os quais se inserem, sem nenhuma distinção, os usuários, adquirentes de linha telefônica, e os acionistas...na realidade e no caso do contrato de participação financeira em investimentos para expansão e melhoramentos dos serviços públicos de telecomunicações, essas relações estão atreladas e intimamente ligadas...” (juiz de Direito Osmar Bocci, São Paulo, j. 22.09.1998, pp. 176, 177 e 178)

84. Assim LORENZETTI, Ricardo, *Redes Contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros*, in Revista da Faculdade de Direito UFRGS, Síntese, v. 16, 1999, pp. 161 e ss., também publicada in Revista Direito do Consumidor, vol. 28 (1999), pp. 22 e ss.

A conexidade é, pois, o fenômeno operacional econômico de multiplicidade de vínculos, contratos, pessoas e operações para atingir um fim econômico unitário e nasce da especialização das tarefas produtivas, da formação redes de fornecedores no mercado e, eventualmente, da vontade das partes.⁸⁵ Na doutrina,⁸⁶ distinguem-se três tipos de contratos conexas de acordo com as suas características básicas de possuírem fim unitário (elemento objetivo), de se existir uma eventual vontade de conexão ou união (elemento subjetivo) ou se a conexão foi determinada por lei (compra e venda com financiamento do art. 52 do CDC), quais sejam:

1. *Grupos de contratos*, contratos vários que incidem de forma paralela e cooperativa para a realização do mesmo fim. Cada contrato (por exemplo, contratos com um banco múltiplo popular e um consumidor com conta corrente) tem um objetivo diferente (cartão de extratos, crédito imediato limitado ao cheque especial, depósito bancário simples) mas concorrem para um mesmo objetivo (conta corrente especial do consumidor) e somente unidos podem prestar adequadamente.⁸⁷

2. *Rede de contratos*, em que cada contrato tem sucessivamente por objeto a mesma coisa, o mesmo serviço, o mesmo objeto da prestação. É a estrutura contratual mais usada pelos fornecedores ao organizar a suas cadeias de prestação ao consumidor com fornecedores diretos e indiretos, como no caso do seguro-saúde, também usada nas colaborações entre fornecedores para a produção (e terceirizações) e distribuição no mercado.⁸⁸

3. *Contratos conexas stricto sensu*, são aqueles contratos autônomos que por visarem a realização de um negócio único (nexo funcional), celebram-se entre as mesmas partes ou entre partes diferentes e vinculam-se por esta finalidade econômica supracontratual comum, identificável seja na causa, no consentimento, no objeto ou nas bases do negócio. Assim, se a finalidade supracontratual comum é de consumo, todos os contratos são de consumo por conexidade ou acessoriedade.

Aqui o círculo se fecha e a nova visão do objeto da relação influencia diretamente a de sujeito desta. Assim, por exemplo, há relação ou contrato de consu-

85. Veja por todos, LORENZETTI, pp. 22 e ss.

86. Aqui aproveitamos dos ensinamentos da doutrina italiana sobre “collegamento” (MESSINEO, GANDOLFI, GALGANO), da doutrina francesa sobre “groupes de contrats” (TEYSSIE, LARROUMET), da doutrina alemã sobre “komplexe Langzeitverträge” (MARTINEK) e “verbundene Geschäfte” (MEDICUS), da doutrina argentina sobre “redes contractuales” (LORENZETTI) e sobre “conexidad negocial” (MOSSET ITURRASPE), da doutrina norte-americana sobre “relational contracts” (MACNEIL), da doutrina inglesa do “collateral contracts” (ATIYAH) e da doutrina brasileira sobre coligamento e contrato relacional (Orlando GOMES e Ronaldo PORTO MACEDO), em classificação que esperamos unificadora.

87. Assim concorda LORENZETTI, p. 47, frisando a garantia e responsabilidade pelo êxito comum. Na XVII Jornada Nacionales de Derecho Civil, em Santa Fé, Argentina, foi dada nova denominação, desta vez de “sistema de contratos”, que seria “un grupo de contratos individuales conectados por una operación económica diferente de cada uno de los vínculos individuales” (Conclusões ainda inéditas).

88. Assim concorda o grande jurista argentino em sua novel obra, MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos Conexos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, pp. 119 e ss. Destaca o autor, *op. cit.*, p. 46, que existem “cadeias independentes de contratos” de fornecedores onde pode haver conexidade, mas não “nexo funcional”, pois estes contratos não têm destinação comum, por isso preferimos a expressão de LORENZETTI, “redes”.

mo conexo na relação entre conveniado (mesmo que dependente) ligado a sindicato/empresa com contrato coletivo (contrato em grupo) e fornecedora de planos e seguros de assistência à saúde (contratos coligados por função econômica única). O mestre argentino RICARDO LORENZETTI ensina a importância desta visão amplificadora, frisando que neste caso há causa contratual individual e a causa sistêmica ou sistêmica, que une o grupo, mencionando que são duas distintas, logo que há individualidade de direitos e interesses apesar da rede ou grupo organizacional de contratos, o que há é um limite mais claro ao não poder prejudicar os interesses do grupo. Em outras palavras, se no plano da existência trata-se de relação de consumo por conexidade haverão reflexos claros no plano da eficácia, com o nascimento de direitos e deveres para um maior número de participantes.⁸⁹

Como ensina LORENZETTI,⁹⁰ considerado o fenômeno das cadeias de fornecimento, das redes coligadas de contratos principais e acessórios para a prestação de uma finalidade coletiva de consumo, da organização de grupos de consumidores para melhor distribuição do consumo, o direito hoje deve considerar que em se tratando de relação de consumo (art. 3º do CDC)

não há mais terceiro, "vítima" ou "beneficiário", há consumidor (art. 2º, 17 e 29 do CDC). Assim reflexamente, todo o "consumidor", assim considerado pelo CDC, é parte legítima para exercer seus direitos básicos (de fundo constitucional) assegurados no art. 6º do CDC, inclusive o de combate às cláusulas abusivas, práticas abusivas, de acesso à justiça e de inversão do ônus da prova. A ele foi dada uma nova "pretensão" frente a este fornecedor.

Esta nova visão qualificada e ampliadora das relações de consumo é necessária para uma boa aplicação do CDC. Assim, pode ser um indicador da conexidade de relações contratuais (de consumo) e da vulnerabilidade *in concreto*, por exemplo, a posição de catividade, sujeição e dependência no tempo que esteja reduzido um dos co-contratantes.⁹¹ Assim, por exemplo, se alguém é cliente de um grupo bancário e lá possui sua conta especial, muitas vezes é levado a ter uma conta poupança anexa a sua conta-depósito, ou uma poupança de determinada monta para poder obter um crédito, ou uma cobertura de seguro (consumo conexo). Com os bancos múltiplos populares este estado de "catividade", de interdependência de uma série de negócios entre os mesmos parceiros passou a ter certa relevância jurídica,

pois o parceiro mais fraco tem dificuldade de sair do vínculo e o parceiro mais forte tem facilidades de exigir do outro qualquer modificação (novação/cessão/denúncia)⁹² em um vínculo menos importante, desde que mantenha o vínculo mais importante para o consumidor. A catividade é interdependência entre parceiros e vínculos múltiplos no tempo, a conexidade é o método de comercialização e *marketing*, é a consequência, que hoje pode ser facilmente fotografada no mercado nacional.⁹³

2. Materialização dos fazeres: a aproximação de regime das obrigações de fazer e de dar no CDC

Na análise do objeto, isto é, o "fotografar" das prestações e pretensões de cada um dos contratantes, dois aspectos devem ser ainda destacados. O primeiro é a tendência de materialização dos fazeres que o CDC exprime, criando inclusive a figura do vício de informação (art. 20 do CDC)⁹⁴ e a consequente aproximação que realiza (ou almeja) dos regimes das obrigações de fazer e de dar, se de consumo. O direito de crédito (pessoal e coercitivo) transforma-se para aproximar-se de um direito de "domínio", mesmo que relativo para o consumidor, patrimonializa-se, materializa-se no mundo exterior, desprendendo-se e indepen-

dizando-se da pessoa do devedor de forma a facilitar sua realização por terceiros ou pelo devedor mesmo.⁹⁵ É o que os doutrinadores alemães desde a década de 50 denominam "coisificação" (*Verdinglichung*) da obrigação.⁹⁶

Serviço é obrigação de fazer, em contraposição às obrigações de dar. No plano da eficácia, observamos como resultado o nascimento de um direito de crédito (pessoal/patrimonial). O direito ou pretensão resultante do serviço é um crédito, que alguém faça algo, não um direito real sobre coisa. O regime destes dois tipos de relação sempre foram distintos. No sistema do CDC, há uma clara tentativa de aproximar estes regimes. As opções do consumidor são as mesmas, concerto ou reexecução, *quantum minoris* e rescisão com perdas e danos (compare arts. 18 e 20 do CDC). O dever de qualidade adequação (dever eminentemente contratual) é imposto a toda cadeia de fornecedores (*caput* do art. 20 do CDC), logo, solidariamente nasce para todos o dever de qualidade do serviço, responsabilidade não mais importando a fonte, se contratual ou extracontratual em relação àquele consumidor específico (isto é, se o fornecedor indireto ou direto do serviço contratou ou não com aquele consumidor ou ex-terceiro). Da mesma maneira, a importância de tratar-se de *obrigação de meio* ou *de resultado*, mesmo mantendo-se, dimi-

89. Assim LORENZETTI, Ricardo, *Redes Contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros*, in Revista da Faculdade de Direito UFRGS, Síntese, v. 16, 1999, pp. 161 e ss.

90. LORENZETTI, *op. cit.*, p. 198.

91. Em magistral artigo, conclui Ronaldo Porto Macedo: "1. A relação de consumo ensejadora da proteção jurídica do CDC se configura independente da existência de uma contratação direta de consumo. 2. Haverá relação de consumo sempre que o contrato entre empresas para o fornecimento de bens ou serviços atinjam consumidores finais trabalhadores vulneráveis e não envolva a aquisição de insumos ou bens de produção.... 4. Os planos de saúde e de previdência privada pagos integralmente pelo empregador em favor de seus funcionários estão submetidos ao CDC naquilo em que afetarem os interesses dos consumidores". (MACEDO, Ronaldo Porto, *Relação de consumo sem contratação de consumo direta. Quando o empresário paga a conta*, in Revista Direito do Consumidor, vol. 27, pp. 42 e ss.).

92. Concluíram sobre o estado de sujeição/submissão/catividade estudos no mundo inteiro, veja LOMNICK, Eva, *Unilateral variation in banking contract: an unfair term?* e HOWELLS, Geraint, *Seeking social justice for poor consumers in credit markets*, ambos in CARTWRIGHT, Peter (Ed.), *Consumer protection in financial services*, Kluwer Int., Haia, 1999, respectivamente pp. 99 e ss. e pp. 239 e ss.

93. Veja o nosso, *Contratos bancários em tempos pós-modernos*, in Revista Direito do Consumidor, vol. 25, p. 21.

94. Sobre o tema veja LÔBO, pp. 65-66.

95. Assim também COSTA JÚNIOR, p. 51.

96. Veja, em português, COSTA JÚNIOR, pp. 51 e ss.

nui sensivelmente, uma vez que o cumprimento dos deveres anexos de informação, cooperação e cuidado (todos fazeres importantes) sempre são “obrigações” de resultado. Assim, em relações de serviço apenas a prestação principal de fazer mantém sua característica de obrigação de meio ou de resultado.

Observa-se na aplicação prática do CDC, que a jurisprudência vê com bons olhos esta aproximação dos regimes, exigindo o cumprimento dos deveres anexos, em especial de informação e de redação dos contratos de toda a cadeia de fornecimento,⁹⁷ aplicando as multas diárias como forma de pressão,⁹⁸ não considerando força maior e caso fortuito o descumprimento do prazo em virtude da atuação de terceiro, se este é parte da cadeia de “serviço”.⁹⁹

C) Finalidade/Garantia

Em geral, a finalidade econômico-social de um ato humano é elemento

qualificador e categorizador deste, nas relações de consumo o mesmo ocorre, só que com intensidade ainda maior.¹⁰⁰ Assim é que, antes de analisarmos as garantias dos consumidores na prestação de serviços e sua evolução em relação as garantias existentes nas relações civis outras, gostaria de frisar que a relação de consumo é finalista, sua finalidade intrínseca e particular é o “consumo” *lato sensu*. Já que estamos aqui no exame dos elementos da relação jurídica, mister destacar aqui como característicos destes serviços de consumo seu elemento finalístico. E esta finalidade que move o consumidor, esta é a base do negócio, é a pressuposição objetiva que movimenta estes agentes econômicos no mercado. Falho seria examinar a relação de consumo sem ter em conta a sua finalidade, mais especificamente as expectativas agora legítimas dos consumidores que entram, se expõe ou intervêm nestas relações jurídicas envolvendo serviços.¹⁰¹

97. Interessante jurisprudência do TJRS sobre dever de informar e de redigir claramente nos consórcios: “Consórcio. Contemplação por sorteio. Opção por outro bem. Falência da concessionária...responsabilidade solidária da Administradora do plano consórcio. Código de Defesa do Consumidor. ... 2. A obrigação imposta à consorciada, por cláusula de adesão, para efetuar a opção por outro bem, deve ter eficácia relativizada diante da obrigação de melhor informação e compreensão do consumidor. A par disso, reserva-se ao princípio da boa-fé e garantia do exercício do direito. Aplicação dos arts. 30 e 54 do CDC (TJRS, EI 599178050, 9º Grupo Cível, j. 17.08.1999, Des. Fernando Braf Henning Júnior).

98. Veja Resp. 220232-CE, j. 02.08.1999, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

99. Caso interessante foi julgado pelo TJRS: “Ação de cobrança de multa cominada com constituição negativa de cláusula contratual abusiva. Instalação de terminal telefônico em sistema de telefonia comunitária. Atraso na entrega. Descumprimento contratual. Nulidade de cláusula contratual que prevê a transferência de responsabilidade a terceiros. Art. 52, III, do CDC. Força maior e caso fortuito inocorrentes. Responsabilidade da contratada...Em se tratando de empresa que atua no sistema de comunicações, prestando serviços às concessionárias de cada Estado de forma atuante, sabedora da possibilidade de atrasos na entrega do que foi contratado, não lhe é dado estipular prazos em contrato, gerando expectativa junto ao contratante, ficando descaracterizada a defesa de força maior ou caso fortuito”. (TJRS, APC 599288024, 17ª C.Civ., j. 15.06.1999, Des. Elaine Harzheim Macedo)

100. Assim LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, p. 23.

101. Assim também LISBOA, Roberto Senise, *A relação de consumo e seu alcance no direito brasileiro*, Coleção Saber Jurídico, Ed. Oliveira Mendes, São Paulo, 1997, p. 33: “Os elementos intrínsecos do negócio jurídico são: o consensualismo..., a forma, a operação...e a causa (finalidade ou motivo da sua realização). O vocábulo “causa” significa, em língua portuguesa, a razão, o motivo, a origem. No universo jurídico, a causa é a finalidade, o motivo ou o objetivo pelo qual um sujeito de direito acaba por firmar o negócio jurídico”.

Quanto à garantia, gostaríamos de analisá-la como elemento intrínseco da relação (outra face da mesma moeda, a obrigação) e não apenas como “sujeição” reflexa do patrimônio do devedor. A garantia de efetivação do vínculo obrigacional sempre foi a subordinação do devedor ao poder do credor, sujeição de seu patrimônio à satisfação do interesse do credor.¹⁰² No sistema do CDC, a garantia é intrínseca a relação e imperativa. É garantia direcionada para o cumprimento da primeira obrigação, para as prestações principais (e de conduta) e não para as eventuais perdas e danos ou para a responsabilidade resultante do descumprimento. É uma garantia positiva, de atuação, que coloca o fornecedor em uma posição de “dever”, de sujeição bastante ampla e nova frente as pretensões concretas que nascem para os consumidores. É garantia, pois, do consumidor de cumprimento da obrigação de fazer e sob esta nova ótica protetiva deve ser estudada.

1. Finalidade da relação de serviço: causa, expectativas legítimas e remuneração direta ou indireta dos serviços

A relação de consumo concretiza-se na sua causa (*Zweckursache*), causa inicial e final, na sua finalidade, que é naturalmente de consumo. Esta certeza ajudará em muito o exame do plano da existência, isto

é, a caracterização da relação envolvendo serviços como de consumo ou não, pois é sempre possível perguntar se a *causa (inicial e final) principal, a causa do contrato acessório de consumo ou por conexidade (até mesmo a causa do acidente)* foi de consumo ou de produção. Para entender um fenômeno, a natureza de um ato ou relação, a primeira pergunta a se realizar é sobre o porquê deste fenômeno (“*Warum*”).¹⁰³ Na interpretação das normas, o porquê é questionado enquanto *ratio legis* (“*Grund*” e “*Zweck*”, interpretação teleológica). Já, na aplicação das normas aos fenômenos da vida, o porquê é questionado enquanto base e *causa* (“*Grund*” e “*Ursache*”) para a atuação do ser humano. O fenômeno em si (ato ou relação) é visto como simples resultado (*consequentia, effectus*).

Assim, da análise das características do fenômeno é que se descortinará sua causa, sua base, o seu porquê.¹⁰⁴

Efetivamente *causa* e *effectus* relacionam-se entre si, são um o pressuposto do outro, mas somente a causa é elemento intrínseco, básico do fenômeno,¹⁰⁵ no caso, da relação jurídica. Segundo ROBERTO SENISE LISBOA, o “Código de Defesa do Consumidor adotou a doutrina da causa na relação de consumo, ao preceituar que o consumidor é ‘o destinatário final do

102. Assim ensina COSTA JÚNIOR, p. 47.

103. Assim LAUN, Rudolf, *Der Satz vom Grunde- Ein System der Erkenntnistheorie*, 2. ed., Tuebingen, 1956, p. 58. Trata-se, segundo Aristóteles, do início de toda investigação e base do conhecimento daí resultante (“*berste Anfang des Wissens*”).

104. LAUN, *op. cit.*, pp. 51 e ss.

105. Estamos utilizando os conceitos de base (*Grund*) e causa (*Ursache*) como sinônimos, de forma a facilitar e reduzir a análise, mas estes são em sentido estrito e filosófico, diferenciáveis, veja detalhes em LAUN, *op. cit.*, p. 52.

produto ou serviço”¹⁰⁶. Esta diferenciação entre *efeitos* (“*Wirkungen*”), conseqüências materiais e fáticas do ato (“*sein*”), e a *causa*, em especial a *causa finalis* (“*Zweckursache*”), aquilo que se pretendia alcançar com o ato e a *causa efficiens*, causa inicial (“*Wirkursache*”), aquilo que movimentou o indivíduo a contratar, pode ser muitas vezes útil para caracterizar um ato como de consumo. Em outras palavras, os efeitos estão no mundo dos fatos (o que é, “*sein*”) e a causa, a base, a finalidade está no mundo do direito (o esperado “*sollen*”). A base contratual, a sua finalidade, é característica ou elemento intrínseco da relação juridicamente relevante, estudada no plano da existência. Assim, por exemplo, uma relação jurídica que vise beneficiar consumidores (equiparados) com planos de saúde, tem causa de consumo, não importando como aparecerá no mundo dos fatos, por exemplo, contrato assinado entre o empresário que emprega trabalhadores (beneficiários junto com seus dependentes do plano) e uma cooperativa.¹⁰⁷

Relembre-se, por fim, também que muitas são as relações cativas de longa duração envolvendo serviços. Tratam-se de relações de serviço que se prolongam no tempo, não por sua natureza intrínseca, mas por sua característica finalística. Assim, por exemplo, quem possui uma conta corrente está vinculado a um fornecedor bancário por anos e geralmente concluirá com este mais de um negócio jurídico neste tempo (seguro de vida, de acidentes, de roubo do

cartão, de saúde, etc.), outro bom exemplo é a poupança popular, quem possui uma poupança deixará lá seu dinheiro por mais de 30 dias, apesar de poder retirá-lo antes, justamente porque a finalidade do contrato prevê a remuneração direta do consumidor somente ao fim deste período.

Seria impossível finalizar esta análise da “finalidade” nas relações de serviço, sem enfrentar mais afundo o tema da expectativa legítima do fornecedor de ser remunerado, como elementos categoriais dos contratos de serviço regidos pelo CDC no plano da existência: só será serviço de consumo a atividade “remunerada” (art. 3º, § 2º do CDC). Mister aqui frisar a evolução que o CDC propõe entre “onerosidade” e “remuneração” e que nem sempre está sendo compreendida pela Jurisprudência.

Quanto a este aspecto, vale frisar mais uma vez que o CDC não utiliza-se da distinção clássica de contratos onerosos de prestação de serviços e de contratos “gratuitos”. O que pode inexistir no sistema do CDC é a “obrigação de pagamento” (veja expressão literal do art. 39, III e parágrafo único no CDC). Pagamento é apenas uma das formas (diretas) de remuneração.

Frise-se assim que a expressão utilizada pelo art. 3º do CDC para incluir todos os serviços de consumo é “mediante remuneração”. O que significaria esta troca entre a tradicional classificação dos negócios como “onerosos” e gratuitos, por remunerados e não remunerados. Parece-me que a opção pela expressão “remunerado” signi-

fica uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está recebendo. A expressão remuneração permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar no sinalagma escondido (contraprestação escondida) uma remuneração indireta do serviço de consumo. Aqueles contratos considerados “unilaterais”, como o mútuo, sem problemas, assim como na poupança popular.

Só existem três possibilidades, ou o serviço é remunerado diretamente ou o serviço não é oneroso, mas remunerado indiretamente, não havendo enriquecimento ilícito do fornecedor, pois o seu enriquecimento tem causa no contrato de fornecimento de serviço, causa esta que é justamente a remuneração indireta do fornecedor ou o serviço não é oneroso de maneira nenhuma (serviço gratuito totalmente), e se for “remunerado” indiretamente haveria enriquecimento sem causa de uma das partes.

A falácia da gratuidade, por exemplo, na poupança popular não resiste ao menor exame da estrutura contratual, pois mesmo se estes contratos de poupança fossem “gratuitos”, não seriam nunca sem “remuneração” indireta. Isto é, “gratuito” aqui significa apenas dizer que não há (por enquanto) remuneração aparente e sim, re-

muneração causal-implícita. O sinalagma contratual está escondido, a remuneração causal está escondida, mas existe e é juridicamente relevante, tanto que, se não existisse, haveria enriquecimento ilícito dos Bancos (*condictio indebiti*).

Analisando o caso dos contratos de poupança popular, observamos que nunca ninguém aduziu que, em matéria de administração e gestão do dinheiro alheio depositado nas contas de poupança popular, haveria enriquecimento sem causa ou ilícito dos Bancos (*ungerechtfertigte Bereicherung*). Agora ninguém duvida que os bancos “recebem” remuneração por manterem contas de poupança, se não “enriquecessem” com estes serviços “gratuitos” não os fariam... Há enriquecimento sim, pois lucram com juros de mercado e pagam juros de poupança, mas há causa... contratual, bilateral, sinalagmática, há contra-prestação por serviços prestados, logo, é a relação sinalagmática, legal e causal, que torna este enriquecimento lícito.

Como diriam os autores alemães, se há *Bereicherung* (enriquecimento) de um, há *Leistungskondition* (condição de prestação, necessidade de prestar)¹⁰⁸ para este frente ao outro. A questão principal é descobrir se a necessidade de prestar (*condictio*) tem origem contratual,¹⁰⁹ logo, neste caso, a relação contratual é a *causa* de não necessitar o Banco indenizar pelo enriquecimento que efetivamente atinge ao “operar” com a poupança alheia, ou se, por absurdo, a necessidade de prestar (*Leistungskondition*) te-

106. LISBOA, op. cit., p. 34.

107. Veja MACEDO, *Relação de consumo sem contratação de consumo direta*, pp. 42 e ss.

108. Veja por todos LOEWENHEIT, Ulrich, *Bereicherungsrecht*, Beck, Munique, 1989, pp. 13 e ss.

109. Assim ensina magistralmente MEDICUS, Dieter, *Schuldrecht II*, Beck, Munique, 1987, p. 286.

ria origem extracontratual, logo, não haveria causa contratual, e conseqüentemente haveria necessitar indenizar por todo e qualquer enriquecimento sem causa dos Bancos... No caso das contas poupança e do serviço (teoricamente, gratuito) prestado pelos Bancos aos clientes salta aos olhos que há *condictio*, mas que esta é *contratual*, sendo assim, não há enriquecimento ilícito, nem sem causa dos Bancos (pois o contrato sinalagmático é a sua causa), há apenas remuneração indireta através deste enriquecimento – repito – legal e contratual.

Comprovar esta afirmação é fácil, basta retirar a causa e repetir o mesmo “fato/jurídico” sem causa contratual. Imagine-se um indivíduo, que não fosse um Banco, com o qual – por lei – não poderia haver contrato de poupança popular, e que, por 30 dias, administrasse a poupança alheia e que obtivesse com ela um lucro de 49 e pagasse ao proprietário apenas 2. Haveria enriquecimento ilícito, sem causa (*ungerechtfertigte Bereicherung*), haveria a necessidade de prestar (*condictio indebiti*), de devolver o que sem causa ganhou. A única hipótese de não ter de devolver o resto, é que este figurasse – contratualmente ou, no caso da gestão, *quase-contratualmente* – como “remuneração” pela prestação de serviços de gestão, administração, assunção de riscos, etc. Este teste da retirada da causa contratual, para fazer aparecer a “causa” da remuneração lícita e existente, mesmo que implícita, os alemães denominam de *condictio ob causam finitam*. Se a causa contratual desaparecesse ou, no caso, não

existisse, o sistema jurídico haveria que, necessariamente, impor a volta ao *status quo ante*, impedir o enriquecimento ilícito de qualquer das partes.¹¹⁰

Hoje, pois, juridicamente, a alegada gratuidade dos serviços não significa falta de remuneração. Também economicamente esta denominada “gratuidade” é ilusória. É justamente o movimento da análise econômica nos Estados Unidos que nos alerta para a falácia “econômica” dos chamados “serviços”, “utilidades” ou promessas “gratuitas”, o que não passaria de uma superada ficção jurídica. O que parece juridicamente gratuito, nos alertam mesmo os conservadores e radicais autores deste movimento de Chicago, é economicamente baseado na certeza da remuneração indireta, na interdependência de prestações futuros e atuais (sinalagma escondido), no estado de catividade e de dependência que um dos parceiros fica reduzido e no lucro direto e indireto do outro. O próprio fundador do movimento, RICHARD A. POSNER, em já famoso estudo, alerta: “*Why would ‘economic man’ ever make a promise without receiving in exchange something of value from the promisee, whether it be money, a promise of future performance beneficial to the promisor, or something else of value to him? It is tempting to answer this question simply by involving ‘interdependent utilities’... The approach taken here is that a gratuitous promise, to the extent it actually commits the promisor the promised course of action (an essential qualification), creates utility for the promisor over and above the utility to*

110. Veja detalhes em meu parecer, “Relação de consumo entre os depositantes de cadernetas de poupança e os bancos ou instituições que arrecadam a poupança popular, in Revista dos Tribunais 760, p. 127.

him of the promised performance. At one level this proposition is a tautology: a promise would not be made unless it conferred utility on the promisor. The interesting question is how it does so. I shall argue that it does so by increasing the present value of an uncertain future stream of transfer payments”.¹¹¹

Em decisão do 1º TACiv.SP, o eminente Relator Juiz SILVEIRA PAULILO afirmava: “O Código de Defesa do consumidor quando define serviço, dispõe ser ele qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito... A caderneta de poupança é, sem dúvida, um serviço colocado à disposição do consumidor pelos bancos, que lucra com isso. A “remuneração” à qual alude a lei não é somente uma contraprestação pecuniária paga pelo interessado, mas qualquer tipo de lucro que se possa extrair da atividade oferecida”.¹¹²

Se a relação de consumo tem como finalidade algum tipo de remuneração, mesmo que indireta do fornecedor está ela incluída no regime do CDC, como comprova até mesmo o art. 39, III e parágrafo único que visam regular relações “gratuitas”, mas claramente de consumo.

2. Garantia: prevalência da execução específica e uma nova visão do adimplemento

O CDC introduz um efetivo sistema de garantia legal (e imperativa) das obriga-

ções (também as envolvendo serviços) em seus artigos 18, 20, 23, 24 e 25. A garantia contratual será voluntária e complementar à legal e imperativa. Esta garantia legal envolve a idéia de qualidade adequação dos serviços (art. 23), continuidade e eficiência (art. 22, para os serviços públicos e expúblicos, em especial os essenciais), qualidade nas peças de reposição e consertos (art. 21, todos do CDC).

O CDC inova o sistema brasileiro ao introduzir uma noção de vício do serviço em seu art. 20, garantia legal imperativa (art. 1º, 24 e 25 do CDC). Não que no sistema do direito civil tradicional não existisse remédio jurídico para a falha na execução do serviço contratado; simplesmente, o caso era considerado como inadimplemento contratual e não como vício redibitório. Os prazos de prescrição e decadência estendem-se a favor do consumidor, agente normalmente passivo e sem conhecimento de seus direitos (arts. 26 e 27 do CDC).

A segunda inovação é a preferência dada pelo sistema ao cumprimento (voluntário ou não) da primeira obrigação (*Schuld*), isto é, enquanto o sistema tradicional está mais voltado para a responsabilidade civil, isto é, os deveres de indenizar, o sistema do CDC está mais voltado para os deveres de conduta e de fazer, deveres primários na relação. Na figura de linguagem de KARL LARENZ, a obrigação (*Schuld*) é um edifício, formado por tijolos

111. POSNER, Richard A., *Gratuitous Promises in Economic and Law*, in *The Economics of Contract Law*, Kronman, Anthony e Posner, Richard A., Ed. LB, Boston, 1979, p. 46, artigo publicado originalmente em 6 J. Legal Studies 411(1977).

112. Ap. Civ. 581.830/6, j. 25.04.1996, Rel. Juiz Silveira Paulilo, 1º TACiv.-SP.

chamados deveres, e este edifício projeta necessariamente uma sombra, a responsabilidade (*Haftung*).¹¹³ A quem for imputado o dever, é ele que será responsabilizado (*haftet*).¹¹⁴ Em face da imputação do dever (*ex lege*) não mais importa se o débito ou obrigação (*Schuld*) é própria, a fonte comum é a lei tutelar, há obrigação do fornecedor direto e indireto de serviços, responsabilidade plúrima e solidária por um só débito frente aos consumidores, eventualmente também plúrimos.

O sistema do CDC, ao permitir a reexecução do serviço (art. 20, I do CDC), assim como a sanção do vício (art. 18 do CDC), dá uma nova opção para que o consumidor consiga realizar suas expectativas legítimas, ligadas diretamente ao fazer, da prestação principal e primária, não ao indenizar (outra opção do art. 20, II do CDC) ou ao ver reduzido o preço do serviço (outra opção do art. 20, III do CDC). A opção é do consumidor, que pode escolher alternativamente entre estas opções, preservando assim seus interesses no caso.

No sistema do CDC em matéria de serviço, a preferência pelo cumprimento da obrigação primária é tão valorada que o CDC traz todo um regime (processual) específico para as relações jurídicas de consumo de serviços, incluindo a possibilidade do juiz conceder a “tutela específica da obrigação” ou determinar “providências que assegurem o resultado prático equivalente

ao do adimplemento” (art. 84) e criando medidas efetivas para tal (§ 5º do art. 84 do CDC) até liminarmente tal (§ 3º do art. 84 do CDC). O caminho clássico da conversão em perdas e danos (dever de indenizar, obrigação secundária) “somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente” (§ 1º do art. 84 do CDC). Além do que permite-se e indica-se como caminho de pressão deste cumprimento da obrigação primária de fazer, as *astreintes* ou multas diárias tal e a fixação de prazo para a realização da obrigação esperada pelo consumidor (§ 4º do art. 84 do CDC). A evolução no Direito Civil que este sistema do CDC representa só pode ser bem valorada se relembrarmos que a execução forçada ou a execução específica era antes considerada “violência à liberdade”¹¹⁵ do fornecedor, hoje é seu risco profissional de colocar seu serviço no mercado de consumo. O sistema também não conhece limitações quantitativas à responsabilidade do fornecedor de serviços, ao contrário beneficia o consumidor com a pretensão de uma “efetiva reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. (art. 6º, VI do CDC).

Quanto à nova visão do adimplemento, basta destacar que se o “legitimamente esperado” (programa de prestações, *Leistungsprogramm*) nos contratos envolvendo obrigações de fazer mudou,

ampliando-se as exigências de conduta tanto no aspecto subjetivo do crédito (maior número de consumidores, ex-terceiros agora envolvidos), quanto no aspecto qualitativo (teoria da qualidade adequação e qualidade de segurança do CDC), com destaque para o cumprimento também dos deveres anexos de boa-fé (informação, cooperação e cuidado), evolui – ou ampliou-se – o que se pode chamar de adimplemento/inadimplemento.¹¹⁶ Cabe destacar que a inexecução ou descumprimento dos deveres anexos leva, no sistema do CDC, ao mesmo regime de inadimplemento do descumprimento dos deveres principais, como exemplifica os artigos 14 e 20 do CDC, garantindo os mesmos direitos e pretensões em caso de descumprimento do dever de informar e do dever de qualidade da prestação principal. Trata-se da já conhecida figura da violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung*) do direito alemão, resultado da aplicação do princípio da boa-fé.¹¹⁷ É uma visão binária da obrigação, pois se o princípio da boa-fé cria (e o CDC impõe) estes deveres de informar, cuidar e cooperar, há *Schuld* (obrigação, crédito), logo, há *Haftung* (responsabilidade, dever de indenizar). A diferença é que esta “responsabilidade” não substitui-se, mas une-se, à responsabilidade pela obrigação principal de prestação e, normalmente, é limitada ao máximo desta.¹¹⁸ É espécie de descumprimento obrigacional (parcial, daí o nome “positivo, referindo-se ao cumpri-

mento do dever principal de prestação). Há aqui, pois, expansão, multiplicação dos deveres e obrigações do fornecedor de serviços.

D) Forma: formalismo informativo e um novo controle formal da vontade do consumidor

A maioria dos contratos de consumo envolvendo serviços é não formal, isto é, sua forma é livre. Dois aspectos, porém, devem ser destacados aqui: há um novo controle formal dos contratos de serviços e há uma nova formalidade informativa.

Mesmo havendo liberdade de forma no sistema do CDC, se utilizados pelos fornecedores de serviços determinados métodos de *marketing* ou de oferta massificada de contratos, o CDC traz regras específicas sobre o direito de reflexão e arrependimento do consumidor (art. 39 do CDC), sobre a identificação da publicidade (art. 36 do CDC), sobre a inclusão de todas as informações suficientemente precisas (art. 30 do CDC), prestadas diretamente ou por representantes autônomos (art. 34 do CDC), inclusão de pré-contratos, recibos e escritos particulares (art. 48 do CDC), assim como regras específicas para a redação clara dos contratos em geral (art. 46 do CDC), redação clara e destaque das cláusulas limitadoras em caso de contratos de adesão.

113. Veja LARENZ, Bd. I, pp. 23-24.

114. Sobre esta teoria dualista da obrigação, veja COSTA JÚNIOR, p. 53 e minha crítica as traduções portuguesas e espanholas do alemão, in *Contratos*, pp. 427 e ss.

115. Exemplo desta visão tradicional encontra-se em COSTA JÚNIOR, p. 40.

116. Veja doutrina alemã, resumida para juristas não oriundos do sistema, in PÉDAMON, Michel, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 156 e ss. Assim também TIMM, pp. 94 e ss.

117. Veja sobre o tema, em português, FRADERA, Vera Jacob de, *A quebra positiva do contrato*, in *Revista AJURIS*, vol. 44 (1988), pp. 44 e ss.

118. Assim relembra, PÉDAMON, p. 159.

Em sua nova obra sobre o direito contratual europeu HEINZ KÖTZ destaca um fator considerado até então meta-jurídico, como cada vez mais relevante na solução dos conflitos contratuais do momento: a pressão (*der Zwang*). Encontrando-se um dos contraentes em posição vulnerável de pressionado (*Zwanglage*), de estruturalmente submisso (*strukturelle Unterlegenheit*), o exercício de determinados direitos por parte do outro contratante profissional, em posição de poder (*Machtposition*), pode ser um abuso do direito ou um ato contrário aos bons costumes e à boa-fé exigida no tráfico jurídico.¹¹⁹

Parece-me que realmente podemos identificar na nova relevância jurídica deste fator “pressão”. Trata-se de um novo controle formal da vontade dos consumidores. Esta nova relevância jurídica da pressão parece-me ser a origem das normas sobre o direito de reflexão, sobre o direito de arrepende-se sem causa dos contratos concluídos sob a pressão das vendas diretas e agora, por comércio eletrônico. São normas que impõem um grande formalismo informativo para o consumidor, como que tentando protegê-lo de sua condição de inferioridade, de leigo, de vulnerável. São normas tentando protegê-lo da pressão do *marketing*, dos métodos de venda, do consumismo exagerado, do superendividamento, das posições monopolistas dos fornecedores e das novas necessidades criadas pela sociedade de consumo.¹²⁰

Em se tratando de relações contratuais cativas, parece-me importante destacar a nova relevância jurídica deste fator estrutural-social de pressão. A “pressão” está no próprio objeto do contrato, que versando sobre saúde e sobre emergências deve considerar o natural abalo do consumidor e renovar os seus deveres de informar e de cooperar. A “pressão” está na estrutura do contrato, que garantindo riscos futuros, acaba por interessar ao consumidor quanto mais tempo durar e menos interessa a seguradora, quanto mais tempo ou mais sinistros ocorrerem. Em outras palavras, fixe-se que, neste tipo de contrato, o interesse legítimo do consumidor é no sentido da continuidade da relação contratual.¹²¹

As exigências tradicionais de forma tinham como função a prova do ato (*Beweiszwck*), a prevenção através da cautela e aviso (*Warnzwck*), a determinação do momento de fim das tratativas ou negociação (*Trennungslinie zw. Vertragsverhandlung und Vertragsabschluss*), e função informativa (*Informationszwck*).¹²² No sistema do CDC estas funções são exercidas pela imposição de deveres informativos e pela inclusão de todas as informações na oferta *ex vi lege* sempre do fornecedor (arts. 30, 31, 34, 46, 48, 54 do CDC). Também a função de aviso e indício de seriedade foi regulada (art. 39 e 49 do CDC).

119. Veja KÖTZ, Hein, *Europäisches Vertragsrecht*, Mohr, Tübingen, 1996, pp. 200 e ss.

120. Sobre a nova importância da informação veja, por todos, LORENZETTI, *Fundamentos*, pp. 238-239.

121. Sobre o tema veja nossa obra, *Contratos*, pp. 68 e ss.

122. Assim KÖTZ, pp. 121/124.

Formalismo informativo é a expressão européia para descrever a importância da informação ao parceiro mais vulnerável, no caso o consumidor, no direito atual, o que não deixa de ser um “formalismo”, um requisito a mais do plano da validade. A diferença esta que o requisito aparece no mundo dos fatos como “formal” (foi o consumidor informado, aconselhado pelo *expert*, foi lhe dado acesso as condições contratuais?), exigido pelos artigos 30, 31, 46 e 54 do CDC, mas em verdade, trata-se de requisito de validade da vontade manifestada pelo consumidor.¹²³ O sistema do CDC exige – para lhe conceder efeitos e validade plena – que a vontade do consumidor tenha sido livre de pressões e informada. É na formação desta vontade “racional”¹²⁴ do consumidor que se incluem as exigências informativas do CDC.

Considerações finais

Sem querer traçar uma conclusão a esta análise e repetir as observações já realizadas, parece-me possível afirmar que o objetivo desta proposta foi alcançado: Há efetivamente um arquétipo, um modelo de relação jurídica de serviço, um esquema abstrato comum a todas as relações jurídicas de serviço envolvendo um ou cadeia de fornecedores e um ou vários consumidores.

Serviço no CDC seria o negócio jurídico que propiciar ao titular ou que en-

volver a prestação de um fazer economicamente relevante, de um ato ou de uma omissão útil e interessante no mercado de consumo, de uma atividade remunerada direta ou indiretamente, um fazer imaterial e principal, que pode ou não vir acompanhado ou complementado por um dar ou pela criação ou entrega de bem material acessório a este fazer principal, fazer que é, em verdade, a causa de contratar e a expectativa legítima do consumidor frente ao fornecedor. Serviços de consumo tem caráter eminentemente negocial, não são neutros, são vinculativos e seu regime impoerto pelo CDC é imperativo (risco profissional).

O CDC dedica-se aos serviços como poucas leis brasileiras e a tendência é que um maior número de leis especiais seja aprovado cuidado de serviços de consumo (a exemplo do ocorreu em matéria de planos e seguros de saúde). O CDC traz um modelo contratual compatível e apto para diminuir os problemas e desafios atuais do mercado de serviços de consumo. O sistema do CDC propõe um regime de proteção dos mais fracos na sociedade e de preservação de sua liberdade e autonomia, mesmo frente a serviços essenciais e ex-públicos. Neste sentido podemos agora responder as perguntas formuladas no início desta análise, afirmando que tendo sido identificados uma série de elementos em comum destes fazeres de serviço e um só regime, mesmo assim o CDC sabiamente não criou uma

123. Veja exemplo na jurisprudência do STJ: “Segundo o disposto no § 3º do art. 54 do CDC, ‘os contratos de adesão serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor’. Caso em que o titular não teve prévia ciência de cláusulas estabelecidas pela administradora, não lhe podendo, portanto, ser exigido o seu cumprimento”, REsp 71.578/RS, j. 05.11.1996, Min. Nilson Naves, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 22, pp. 180 e ss.

124. Expressão de CHARDIN, Nicole, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, LGDJ, Paris, 1988, Bibliothèque de Droit Privé, Tome CXIX, p. 216.

categoria contratual distinta dos contratos de serviço, são os mesmos contratos, característica e um só regime mais protetivo regime para os consumidores.

Concorde-se, pois, com a análise de Atiyah,¹²⁵ que desde 1980 há, pelo menos no direito dos contratos, um retorno aos princípios clássicos, justamente porque no mundo pós-moderno e liberal a autonomia de vontade é um dos instrumentos de eficácia econômica. Sempre é, porém, necessário “controlar” e “redistribuir”, função esta hoje repassada ao direito do consumidor e da concorrência, em um mercado livre e atuante, como hoje o brasileiro. É na ousadia da reconstrução, em tempos de desconstrução, que pode estar a função da Teoria Geral. Realizamos neste – talvez longo demais – artigo uma análise tradicional, fortemente abstrata e generalizante, mas com resultados que parecem-me altamente positivos, de descoberta dos instrumentos e normas atualizante e necessárias presentes no CDC. A proposta desta reconstrução é permitir cada vez mais uma melhor utilização prática deste ousado sistema.

Concluo, pois, que é possível propor uma teoria geral do fornecimento dos serviços com base no CDC. Este microsistema traz uma série de modificações e adaptações a seu espírito protetivo e privilegiador dos consumidores em geral, que deve ser leva-

do em conta, em verdadeira evolução necessária do sistema de prestação de serviços do direito comum. O grande desafio do aplicador da lei é conhecer tão bem este sistema especial, de forma a utilizá-lo cada vez mais na prática. Aos advogados, defensores públicos, procurados e membros do Ministério Público está lançado o desafio. Parece-me que a jurisprudência brasileira já está pronta para tal visão nova dos “serviços de consumo”. Assim, faço minhas as belas e ousadas palavras do TJ/RS em caso recente de consórcio:

“... a relação jurídica consorcial reclama abordagem sob a égide das regras de consumo, em face da nova realidade denominada de ‘pós-moderna’, reflexiva da globalização e acumulação de riquezas e bens intangíveis, conquanto reservado ao princípio da boa-fé objetiva as funções de modificação, adaptação à prestação contratual, ou mesmo à resolução do contrato”.¹²⁶ “A responsabilidade, no caso, não é só solidária, mas também objetiva. Se continuarmos a olhar o novo, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor, com os olhos do velho, ou seja, do Código Civil Brasileiro, vamos passar a ser merecedores da crítica que Pontes Miranda já fazia: ‘O Brasil se especializou em fazer reformas que nada mudam’”.¹²⁷ No caso da teoria geral os serviços no CDC, a mudança já aconteceu...

125. ATIYAH, pp. 27 e ss.

126. Número 4 da ementa do acórdão TJRS, EI 599178050, 9º Grupo Cível, j. 17.08.1999, Des. Fernando Braf Henning Júnior.

127. Des. Elaine Harzheim Macedo do TJ/RS, voto, p. 20, in EI 599178050, 9º Grupo Cível, j. 17.08.1999, Rel. Des. Fernando Braf Henning Júnior.

Códigos Únicos Y Restatements para Unificar La Regulación Internacional Del Contrato

(Su influencia en el Proyecto de Código Civil de 1998)

Claudia R. Brizzio

Profesora regular de Derecho Civil - Contratos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata (República Argentina). Profesora honoraria de la Universidad Católica Santa María de Arequipa (Perú). Profesora visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Montevideo, Uruguay).

1. Las circunstancias actuales. En la segunda mitad del siglo XX se asistió al fenómeno de creación de grandes bloques económicos, con formas políticas adecuadas a ellos.

Luego de la 2ª Guerra Mundial, en Europa se ensayaron mecanismos de integración. En 1948 Bélgica, Holanda y Luxemburgo formaron el Benelux. Luego, la Comunidad Europea del Carbón y el Acero resultó del Tratado de París del 18 de abril de 1951, y fue integrada por Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo.

Estos mismos países firmaron, el 25 de marzo de 1957, el Tratado de Roma, constitutivo de la *Comunidad Económica Europea*, con la finalidad de formar gradualmente un mercado común (artículos 3 y 8 del Tratado), creando -entre otros órganos- el Consejo de Ministros, la

Comisión, y la Corte de Justicia. Conforme al artículo 189 del Tratado de Roma (según el Tratado de Maastricht del 7 de febrero de 1992), “el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas”; la directiva “obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. Las directivas tienden a “la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común” (artículo 3, inciso h). A su vez, hay una Corte de Justicia de la Comunidad, que garantiza “el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación” del Tratado de Roma (artículo 164), y resguarda al Derecho Comunitario, al propender a su aplicación uniforme por los Estados miembros, y evitar que los Derechos

locales contraríen sus principios (artículo 177); por lo demás, los Estados miembros están obligados a adoptar “todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones” resultantes del Tratado (artículo 5) ¹.

En 1986 el número de miembros fue ampliado a 12, y con posterioridad Alemania Oriental quedó incorporada conforme al principio de sucesión de Estados, al producirse la reunificación con Alemania Federal. El 31 de diciembre de 1992 se constituyó el mercado interior, concebido como “un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada”². El Tratado de Maastricht dio vida a la *Unión Europea*, que desde 1995 está integrada por 15 países.

En Europa existe un Derecho Comunitario, con alcances de “orden jurídico propio”, que “forma parte de los sistemas legales de los Estados miembros, y que sus tribunales están precisados a

aplicar” ³, el cual puede constituir una fuente directa de derechos y de obligaciones, tanto para los Estados como para los particulares ⁴. Si los derechos locales divergen del derecho comunitario, aquéllos deben ser adecuados (artículo 101 del Tratado de Roma) ⁵. Las sentencias de la Corte de Justicia son vinculantes para el Estado que haya “incumplido una de las obligaciones que le incumben” (artículo 171), y ese tribunal ha reconocido el *efecto directo* del Derecho comunitario ⁶.

En América Latina surgieron los denominados *acuerdos de nueva generación*, con un esquema de *regionalismo abierto*, que combina el libre cambio con la integración.

Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firmaron el 26 de marzo de 1991 el Tratado de Asunción, mediante el cual fue creado el MERCOSUR con la finalidad de “constituir un Mercado Común”, asumiendo “el compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”

(artículo 1). En diciembre de 1995 suscribieron un Acuerdo Marco Interregional de Cooperación con la Unión Europea, y en 1996 dos acuerdos de libre comercio con Chile⁷ y con Bolivia.

El Acuerdo de Integración Subregional de Cartagena fue suscripto el 25 de mayo de 1969 por Bolivia, Colombia, Ecuador, Chile y Perú -con la ulterior incorporación de Venezuela-, teniendo como metas una Unión Aduanera, la Unión Andina, en el mediano plazo, y la Unión Económica en el largo plazo. Tras la cumbre presidencial efectuada en la ciudad de Trujillo en marzo de 1996 se dio paso a la Comunidad Andina de Integración (CAI) y al Sistema Andino de Integración (SAI), nueva denominación del Acuerdo de Cartagena.

También existen la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) fruto del Tratado de Montevideo del 12 de agosto de 1980, que reemplazó a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) creada en 1960; el Mercado Común Centroamericano (MCCA), resultante del Tratado de Managua de 1960, que integran Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua; el Mercado Común Caribeño (CARICOM) que comprende a 15 países, creado por el Tratado de Chaguaramas de 1973; el Acuerdo de Libre Comercio del

Grupo de los Tres (G3) del 13 junio de 1994 que vincula a México, Colombia y Venezuela; el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*North American Free Trade Agreement*, o NAFTA) que vincula a los Estados Unidos, México y Canadá desde el 1º de enero de 1994; el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) que agrupa a 34 países y nació en la Cumbre de las Américas de Miami de 1994.

Esas organizaciones reflejan la “tendencia mundial a los mega-mercados”⁸. Desde el punto de vista jurídico conciernen a la eficiencia y a la seguridad, pues hacen posible algún modo de compatibilización de las legislaciones nacionales. El sistema legal es uno de los componentes del entorno de la actividad empresarial, cuyas variables es imposible conocer y controlar en su totalidad. Pero las incertidumbres propias de la actividad empresarial, esto es las que derivan del mercado y del cambio tecnológico, pueden ser acotadas en el terreno jurídico, evitando agregarles las incoherencias de los sistemas legislativos, que son una “tercera fuente de inseguridad, más peligrosa a veces que las otras” ⁹. En eso está en compromiso la eficiencia, que es motor de la actividad empresarial moderna.

En la década de los años 90 irrumpió la globalización. Para tener noción de la magnitud con que se ha expandido cabe

1. Alterini, A. A., “La supremacía jurídica en el MERCOSUR”, en *L.L.*, nº 1995-E, pág. 848.
2. Artículo 8-A del Tratado, añadido por el artículo 13 del Acta Unica Europea del 17 y el 28 de febrero de 1986.
3. Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, sentencia del 15 de julio de 1964, “Costa v. EN EL”.
4. Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, sentencia del 5 de febrero de 1963, “Van Gend & Loos”; sentencia del 9 de marzo de 1978, “Simmenthal”.
5. Sobre esto Alterini, A. A. - Bolderini, M. C., *El sistema jurídico en el MERCOSUR. Estructura general*, Buenos Aires, 1994, pág. 56 y sigs.
6. Sentencia del 19 de noviembre de 1991, “Francovich y Bonifaci”. La Directiva del Consejo 80/987, del 29 de octubre de 1980, dispuso que los Estados miembros adoptaran las medidas necesarias para que los derechos de los trabajadores asalariados fueran atendidos por instituciones de garantía en caso de insolvencia del empleador, pero Italia no organizó el sistema. Siguiendo su jurisprudencia tradicional que asigna responsabilidad a los Estados miembros cuando el Derecho local se aparta del Derecho comunitario (sentencia *in re* “Humblet”, del 16 de diciembre de 1960) la Corte, en el caso, reiteró que tal responsabilidad “encuentra directamente su fundamento en el Derecho comunitario”, y condenó a Italia a indemnizar a los trabajadores. Para ello, consideró que la Directiva 80/987 tenía aplicabilidad inmediata ante la falta de ejecución de sus disposiciones (ratificando así la doctrina de la sentencia *in re* “Becker”, del 19 de enero de 1982); y que los sujetos del Derecho comunitario son no sólo los Estados sino también los particulares, quienes están legitimados para demandar cuando los derechos que de él emanan se incorporan directamente a su patrimonio jurídico. Ver Alterini, A. A., “La supremacía jurídica en el MERCOSUR”, *cit*.

7. Con la modalidad de *acuerdo de asociación*.
8. Peña, F., “MERCOSUR y la inserción competitiva de sus países miembros en la economía internacional”, en *El Mercado Común del Sur*, Buenos Aires, 1992, pág. 499.
9. Olivera, J. H. G., “El modelo constitucional de integración económica”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 2ª época, año XXXIII, Nº 26, pág. 329; Alterini, A. A., *La inseguridad jurídica*, Buenos Aires, 1993, pág. 60.

recordar que la Organización Mundial del Comercio (*World Trade Organization*), que reemplazó al GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*, o Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio), agrupa a 135 países, siendo Estonia el último incorporado¹⁰. A su vez, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 ha sido ratificada por 56 países y rige en muchos países que estuvieron, o están, enrolados en el mundo comunista, por ejemplo, en China desde 1988 y en Cuba desde 1995.

2. Compatibilización de sistemas. Hoy parece haber sido abandonado el antiguo criterio según el cual el derecho -a diferencia de las demás ciencias- debería ser puramente nacional, e ignorante por lo tanto de cuanto sucede en otros países¹¹. Subsiste a veces, sin embargo, un cierto *amor proprio* que recela del reemplazo de las leyes nacionales por otras extranjeras¹².

Un criterio para la compatibilización de varios sistemas es la *armonización*, mediante la cual se ponen en cierta sintonía las legislaciones de los diversos países.

Otro criterio es la *unificación*, que implica reemplazar las leyes nacionales por otras nuevas, comunes a varios países.

Hay distintos mecanismos para llevar a cabo esa compatibilización.

En algunos casos una misma norma es vinculante en una pluralidad de países:

a) Cuando varios países adoptan una legislación común mediante una convención internacional. Es el caso de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, a la que luego me referiré.

b) Un país puede adoptar la legislación de otro, como lo hicieron Holanda (en 1811), Haití (en 1825), Nápoles (en 1829), Bolivia (en 1830), Cerdeña (en 1830) y Santo Domingo (en 1844) con el Código Civil francés¹³, Cuba (en 1889) con el Código Civil español, o Paraguay (en 1889) con el Código Civil argentino.

c) En la Unión Europea, las directivas -como vimos- obligan a los países miembros a adecuar a ellas su legislación interna, no obstante que suelen dejarle cierto margen para adoptar criterios particulares¹⁴.

En el área del denominado *Soft Law* los instrumentos no tienen carácter normativo, pero constituyen un modelo ofrecido, sea a los países, sea a los particulares. Tal sucede en estas situaciones:

d) En las leyes modelo, que los países pueden adoptar, como en el caso de la Ley

Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional o CNUDMI (UNCITRAL en el anagrama inglés de *United Nations Commission on International Trade Law*)¹⁵.

En países de organización federal como los Estados Unidos de América puede haber códigos modelo, tal es el caso del *Uniform Commercial Code*.

e) En los instrumentos preparados por organizaciones internacionales para ser incorporados en los contratos de los particulares, como los Principios sobre los Contratos Internacionales de UNIDROIT. En su caso, también pueden ser tomados en cuenta por los tribunales como fundamento de sus sentencias¹⁶.

f) En los instrumentos preparados por organizaciones internacionales a fin de servir como guía para armonizar las prácticas contractuales, por ejemplo, la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (1988).

g) Otra vía es la de los *restatements*. Estos implican un replanteo del sistema, buscando criterios aplicables en distintas áreas del Derecho, tal es el caso, en los Estados Unidos de América, del *Restatement of Contracts 2nd*. Los *restatements* no se limitan a acopiar una pluralidad de soluciones alternativas para situaciones jurídicas idénticas, sino que arbitran entre ellas y eligen una u otra. Esta elección resulta valiosa cuando no se aparta demasiado de la solución prevaleciente, y se atiende a alguna regla generalmente familiar a los operadores de los distintos sistemas¹⁷.

Los *restatements*, según los casos, sirven a varios propósitos: permiten a las partes identificar problemas a ser resueltos en sus contratos, orientan a los tribunales¹⁸, llenan vacíos de la ley, suministran una base para su reforma, cumplen una función didáctica al delinear el *jus commune* y, en todo caso, aspiran a ser aplicados "no *ratione imperii*, sino *imperio rationis*"¹⁹.

3. Textos básicos para la armonización legislativa en materia de

10. Su incorporación como miembro de esa Organización fue aprobada por el Consejo General el 21 de mayo de 1999.

11. David, R., *Traité élémentaire de droit civil comparé: Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, 1950; Borba Casella, P., "Economic Integration and Legal Harmonization, with Special Reference to Brazil", en *Uniform Law Review. Revue de Droit Uniforme*, Roma, vol. III, 1998-2/3, pág. 287, N° 4.

12. Gutteridge, H. C., *Comparative Law*, 2nd ed., Cambridge, 1949, pág. 158.

13. También puede ser impuesto, como sucedió en Bélgica en 1804 con el mismo Código Civil francés.

14. Por ejemplo, la Directiva 85/374 CEE del 15 de julio de 1985 sobre responsabilidad por el hecho de productos defectuosos autoriza a los Estados a incluir los productos agrícolas y de caza, que están excluidos de ella, y a involucrar al riesgo de desarrollo (artículo 15).

15. El 30 de junio de 1999 el gobierno de Australia envió al Parlamento un proyecto de *Electronic Transactions Act*, que se basa en la citada Ley Modelo de UNCITRAL. Ver <http://law.gov.au/ecommerce/>.

16. La Convención Interamericana de México de 1994 sobre la Ley aplicable a los Contratos Internacionales admite que el tribunal tome en cuenta, a falta de elección del derecho aplicable, los principios del derecho comercial internacional reconocidos por organizaciones internacionales (artículo 9, inciso 2°). Las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997) consideraron que "en los contratos internacionales resultan aplicables, como criterios de interpretación, los Principios de UNIDROIT sobre contratación internacional".

17. Goode, R., "International Restatement of Contract and English Contract Law", en *Uniform Law Review. Revue de Droit Uniforme*, Roma, vol. II, año 1997-2, pág. 234.

18. En Holanda, durante el proceso de reformas del Código Civil, la Corte Suprema hizo una "interpretación anticipatoria" de los textos del viejo Código, sobre la base de los borradores de la reforma: Hartkamp, A., "Principles of Contract Law", en Hartkamp, A. - Hesselink, M. - Hondius, E. - Joustra, C. - du Perron, E. (Editors), *Towards a European Civil Code*, The Hague/London/Boston, 1998, pág. 105, ap. 3, nota 13.

19. Hartkamp, obra citada, ap. 3.

contratos. El tema de la armonización legislativa del derecho privado en Europa genera tal interés que ha dado lugar a la aparición de revistas jurídicas especializadas en ella: en Alemania la *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, en Holanda la *European Review of Private Law*, en Italia la revista *Europa e Diritto Privato*. En materia contractual, el yacimiento de antecedentes modernos para encarar algún modo de armonización legislativa es vasto²⁰. En mi opinión, son especialmente relevantes el *Contract Code*, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Internacionales y los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Los tres primeros tienen la impronta del efecto vinculante, y los dos últimos pertenecen a la categoría de los *restatements*.

El panorama se completa con las pertinentes Directivas de la Unión Europea, así como con el *Uniform Commercial Code* y el *Restatement of Contracts 2nd* de los Estados Unidos de América.

a) La *Law Commission* británica encargó en 1966 a Harvey McGregor -profesor en Oxford y en Londres, y *Head*

of *Legal Chambers* en Londres- la preparación de un proyecto de Código de Contratos, tarea en la que también tuvo intervención la *Scottish Law Commission*, y que concluyó en 1972²¹.

En el Prefacio del profesor Giuseppe Gandolfi a la edición española se lee que “las leyes inglesas se han venido diversificando constantemente de las del continente europeo, reflejando tanto estructuralmente como funcionalmente el tradicional carácter casuístico de aquel Derecho, en el que el juez está habituado a operar no sobre la base de enunciaciones abstractas, sino con referencia a los precedentes judiciales y recurriendo a la técnica de la ‘distinción’”; pero el Proyecto McGregor, “aproximando las dos orillas del Canal de la Mancha, nos anuncia que, en el tercer milenio de nuestra era, nuestra cultura jurídica será el resultado de una colaboración entre estos dos mundos, hasta ahora distantes y contrapuestos”. El *Contract Code* -con palabras de Jean Carbonnier²²- permite “regocijarse, porque por fin se ha realizado un Eurotúnel jurídico”.

b) El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos²³ fue elaborado por la Academia de Jusprivatistas Europeos. El

20 y el 21 de octubre de 1990 realizó en Pavia (Italia) el primero de una serie de Coloquios, del cual resultó la formación de un Grupo de Trabajo, coordinado por el profesor Giuseppe Gandolfi e integrado por alrededor de setenta juristas de todos los países europeos, entre los cuales están los presidentes de las respectivas cortes supremas. En las Notas Introductorias son mencionados expresamente -entre otros- los aportes de estos profesores: Antúnes Varela, de los Mozos, García Cantero, Bianca, Ferri, Cian, Giorgianni, Oppo, Rescigno, Carbonnier, Ghestin, Tunc, McGregor, Nicholas, Blaurock, Medicus, Posch, Schlechtriem, Sonnenberg, Stranard, Sturm, Wieacker, Sortais, Vigneron, Daskarolis, Jolowicz. Allí mismo se señala la incidencia que tuvieron las soluciones del *Contract Code*, de los *Principles* de la Comisión Landö (en su versión de 1995), de los Principios de UNIDROIT y de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. La primera parte del Anteproyecto fue dada a conocer el 30 de octubre de 1995, y la segunda, el 24 de marzo de 1997.

En el Preámbulo se formula una serie de consideraciones interesantes para comprender su sentido. En un primer momento, el Grupo de Trabajo decidió tomar como “esquema de base” al Libro IV del Código Civil italiano de 1942, “en razón

de su postura intermedia entre los dos principales filones jurídicos del continente (francés y alemán), y también porque, teniendo en cuenta la época en la cual fue redactado y la unificación que ha efectuado entre el Derecho civil y el Derecho comercial, está más próximo al Derecho inglés que los Códigos de las áreas antes mencionadas”; pero la ulterior presentación del *Contract Code* de McGregor “incitó al Grupo de trabajo a optar por un doble esquema de base constituido, por una parte, por el *Contract Code* y, por la otra, por el Libro IV del Código Civil italiano”.

En dicho Preámbulo también se expresan los propósitos de “llegar a la redacción de un Código nuevo”, comprensivo de “reglas destinadas a resolver los problemas, y no un compendio de principios”, y de mantener “la unificación entre Derecho Civil y Derecho Comercial, que ha sido realizada por el Código italiano, ha sido seguida en otros países del continente, y está presente en substancia en la experiencia del *Common Law*”²⁴.

c) La CNUDMI (o UNCITRAL) elaboró la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que fue aprobada en Viena el 11 de abril de 1980. La preparación de una ley uniforme a tal efecto comenzó en 1930 en UNIDROIT y, después de una larga interrupción debida a la Segunda Guerra Mundial, el correspondiente borrador fue sometido a la

24. La doctrina especializada europea lo ha acogido con expectativa: Gandolfi, G., “Pour un Code européen des contrats”, en *Revue Internationale de Droit Civil*, 1992, pág. 707; Stein, P., *Incontro di Studio su il futuro Codice europeo dei contratti*, Milano, 1993; Mengoni, L., “L'Europa dei codici o un Codice per l'Europa”, en *Cuaderni del Centro di Studi e Ricerche di Diritto comparato e straniero*, N° 7, Roma, 1993, pág. 14; Sacco, R., “The System of European Private Law: Premises for a European Code”, en *Italian Studies in Law*, vol. I, Roma, 1993, pág. 71; de los Mozos, J. L., “Integración europea. Derecho Comunitario y Derecho común”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, año 1993, pág. 211.

20. Guido Alpa (“The accordance and Unification of Contract Law”, en *Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law*, Bristol, 1998, pág. 364) señala que la cuestión ha sido examinada profundamente por los mejores juristas, y destaca que actualmente los estudios sobre *Law and Economics* también “han introducido instrumentos conceptuales uniformes para la evaluación de los efectos económicos de las reglas legales”.

21. *Contract Code: drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milano, 1994; *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, trad. de la Cuesta Sáenz, J. M. y Vattier Fuenzalida, C., Barcelona, 1996.

22. En su intervención en el Coloquio de Pavia del 7 de octubre de 1995.

23. Ver Brizzio, C. R., “Anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio preliminar”, en *L. L.*, ej. 02.05.99; “Teoría general del contrato y contratos predispuestos en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos y en el Proyecto de Código Civil argentino de 1998”, en *D.J.*, ej. del 07.04.99 y del 14.04.99.

Conferencia de La Haya de 1964, que adoptó dos convenciones, una sobre la compraventa internacional de mercaderías, y otra sobre la formación del respectivo contrato. La Convención de Viena entró en vigor el 1 de enero de 1988, rigiendo originalmente en 11 Estados que presentan grandes diversidades geográficas, en los niveles de desarrollo económico, y en los sistemas legales y sociales: Argentina, China, Egipto, Francia, Hungría, Italia, Lesotho, Siria, Estados Unidos de América, Yugoslavia y Zambia. Argentina la ratificó en 1983 mediante la ley 22.765 y, por lo tanto, integra su Derecho: "Si el abogado argentino cree haber ganado las negociaciones sobre el derecho aplicable con el abogado de la parte contraria, por haber insertado una cláusula donde dice que 'el Derecho argentino será aplicable', grande será su sorpresa cuando descubra que el Derecho argentino aplicable es precisamente la Convención de Viena y no las normas sobre compraventa incorporadas al Código Civil y al Código de Comercio argentino que conocía desde su paso por la Facultad de Derecho"²⁵. Igual sorpresa tendría el abogado de cualquiera de los países en los cuales la Convención es vinculante.

d) UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) dio a conocer en Roma, en 1994, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales²⁶, con sus

correspondientes comentarios e ilustraciones. Los Principios son el producto de un Grupo de trabajo especial, compuesto por profesores, magistrados y funcionarios de alto rango, expertos en el Derecho de los contratos y en el Derecho del comercio internacional, que representaron a todos los principales sistemas jurídicos del mundo. En su Introducción se lee que "el objetivo de los Principios de UNIDROIT es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independientemente de las específicas condiciones económicas y políticas de los países en que vengán aplicados"; y en su Preámbulo, que los Principios "establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales", que pueden aplicarse como "principios generales del Derecho" o como "*Lex Mercatoria*", y que "pueden servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional". En el Comentario 3 se expresa que "a pesar de que los Principios han sido concebidos para los contratos mercantiles internacionales, no existe ningún impedimento para que los particulares puedan aplicarlos a contratos estrictamente internos o nacionales".

Los Principios UNIDROIT son "reglas, máximas de orden lógico y ético que implican, además de una decantación de la experiencia, una regla de conducta. Son útiles al legislador para redactar las normas que reglan la autonomía privada y al juez para calificar la conducta de las partes a lo

25. Garro, A. M. y Zuppi, A. L., *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/garro-zuppi.html>. Idéntica situación se plantea en todos los países que han ratificado la Convención.

26. *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, trad. A. M. Garro, Roma, 1995.

largo de sus negociaciones, para calificar el acuerdo y resolver los conflictos que de él resultan, con pertinencia, lógica y ética. Sin contar el provecho que representa para el comercio la identificación de ciertas reglas comunes a la mayor parte de los órdenes jurídicos en cuya aplicación y respeto es posible confiar"²⁷.

Los Principios ya han servido como fuente de inspiración de varios cuerpos de leyes: para los Códigos de Holanda (1992), de Québec (1992) y de la Federación Rusa (1994); para los proyectos de Códigos de Lituania, Checoslovaquia y Túnez; para las tareas de revisión del *Uniform Commercial Code*, del derecho de obligaciones en Alemania y en Estonia, y del derecho de contratos en la República China y en los 15 países miembros de la *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*; como veremos, para el Proyecto de Código Civil argentino de 1998²⁸.

e) El 26 de mayo de 1989 el Parlamento Europeo encargó la redacción de un Código Europeo de Derecho Común de Contratos (*Common European Code of Private Law*) a la *Commission on European Contract Law* presidida por el profesor de Copenhague Ole Landö (del *Legal Department, Handelshøjskolen i København [DK]*), y señaló como modelo al Proyecto franco-italiano de las obligaciones de 1927, que influyó notoriamente en la redacción

del Libro IV del Código Civil italiano de 1942. Como la Comisión no había concluido su tarea, el 6 de mayo de 1994 el Parlamento Europeo ratificó ese cometido, señalando que la "progresiva armonización de ciertos sectores del Derecho privado es esencial para la conclusión del mercado interno", así como que la "Unión pudo promover la armonización y la estandarización con el mundo o en el nivel europeo, con organizaciones como UNIDROIT, UNCITRAL y el Consejo de Europa". La Comisión fue integrada por 17 destacados juristas europeos, pertenecientes a todos los países de la Unión Europea -de los cuales no son representantes-, y dio a conocer la versión final de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (*The Principles of European Contract Law*) en julio de 1998. Éstos también contienen comentarios e ilustraciones.

El profesor Landö expresa su confianza sobre la viabilidad de su tarea en estos términos: "Si un observador de otro planeta viene a la Tierra para ver cómo se comportan los *homines judicantes* en diferentes partes del mundo, encontrará que hablan lenguajes diferentes, usan diferente ropa, observan diferentes reglas del juego, y son gobernados por diferentes leyes para decidir el mérito de sus disputas. Pero si viene a estudiar sus mentes, su conducta y sus decisiones reales, descubrirá notables similitudes"²⁹. Según el profesor Bonell, la

27. Hinesrosa, F., "Des principes généraux du droit aux principes généraux des contrats", en *Uniform Law Review. Revue de Droit Uniforme*, Roma, vol. III, 1998-2/3, pág. 501, ap IX.

28. Bonell, M. J., *An International Restatement of Contracts. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 2ª ed., New York, 1997, pág. 235.

29. Landö, O., "Homo judicans", en *Uniform Law Review. Revue de Droit Uniforme*, Roma, vol. III, 1998-2/3, pág. 535, ap. IV. Reflexionando sobre los Principios, Legrand, P., "Sens et non sens d'un Code Civil Européen", en *Revue Internationale de Droit*

armonización resultaría especialmente viable mediante el mecanismo de instrumentos no vinculantes como los referidos Principios³⁰.

f) El derecho de contratos es área propia de las Directivas de la Unión Europea. Entre ellas se destaca la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea CEE 93/13 del 5 de abril de 1993, que descalifica las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores³¹.

g) En el sistema norteamericano, el *Uniform Commercial Code* fue preparado por el *American Law Institute* y por la *National Conference of Commissioners of Uniform State Laws*, y trata principalmente de la compraventa de mercaderías -incluso cuando una parte no es comerciante-, con extensos comentarios oficiales. En la década de los años 60 comenzó a ser adoptado por los Estados de la Unión, y está sometido a permanente revisión y actualización.

El *Restatement of Contracts 2nd* es uno de los *Restatement of the Law* del *American Law Institute*, organización académica que agrupa a alrededor de 300 miembros. La primera edición fue publicada en 1932. Sistematiza la jurisprudencia dominante,

trae comentarios y ejemplos ilustrativos, y su texto está en permanente actualización, pues "en alrededor de una generación las decisiones usualmente sobrepasan aún las más visionarias disposiciones del *Restatement*, y entonces se requiere una revisión"³².

4. La experiencia argentina. Argentina pertenece al MERCOSUR. En ella rigen el Código Civil desde 1871 y el Código de Comercio desde 1890. Paraguay dictó el Código Civil unificado con el de Comercio de 1987, fuertemente influido por el Código Civil italiano de 1942. Uruguay mantiene su Código Civil de 1893, modificado en 1914, y su Código de Comercio de 1866. Brasil, regido por el Código Civil de 1916, tiene su reforma en trámite legislativo desde 1975, recién en 1997 la sancionó la Cámara de Diputados y hoy, 25 años después, está en revisión en el Senado, que se encuentra con un proyecto que responde a ideas pretéritas que han sido abandonadas a fines del siglo.

En una arteria principal del mundo de los contratos modernos, el de los contratos de consumo, Brasil dictó su Código de Defensa del Consumidor en

1990, Argentina su Ley de Defensa del Consumidor en 1993, pero Paraguay recién la sancionó en 1998, y en el segundo semestre del año 2000 entrará en vigencia en Uruguay. No hay mucho de común en esas legislaciones estatutarias, tanto que el Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor, elaborado por la Comisión Técnica N° 7 del MERCOSUR en noviembre de 1997, fracasó porque Brasil consideró que cerca de 40 de sus disposiciones implicaban retrocesos respecto de las soluciones de su Código de Defensa del Consumidor.

En el MERCOSUR, no obstante el gigantismo de su territorio, que exige soluciones comunes para el transporte a fin de evitar distorsiones e incertidumbres en las operaciones transfronterizas, el Acuerdo de Transporte Multimodal Internacional, proveniente de la Decisión del Consejo del Mercado Común N° 15/94, no termina de ser ratificado por los Estados Partes, y en Uruguay está puesto en jaque por pretensiones de inconstitucionalidad.

Brasil tampoco ratificó los Tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo, pues en la solución del conflicto de leyes prefiere orientarse por los criterios del Código de Bustamante.

De esas evidencias resulta claro que el mandato del Tratado de Asunción de

armonizar las legislaciones en el MERCOSUR no está a la vista en el horizonte próximo. Ni siquiera rige en todos los países que lo integran la Convención de Viena sobre Compraventas Internacionales de Mercaderías de 1980. Esta Convención se aplica en Argentina desde el 1° de enero de 1988, y en Uruguay se aplicará desde el 1° de febrero del año 2000, pero no la han ratificado ni Brasil ni Paraguay.

Con ese panorama, en Argentina tiene estado legislativo el Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio de 1998³³, que no ha podido intentar armonización alguna con el derecho de los otros países del MERCOSUR, por lo cual, en la regulación de la teoría general del contrato, hace una propuesta apta para generar adhesiones en la región. Según surge de la Nota de elevación y de los Fundamentos del Proyecto, para su redacción se han tomado en cuenta todos los antecedentes que hemos venido analizando³⁴, así como los Códigos Civiles dictados en los últimos años³⁵.

Propongo hacer un *test* con uno de los aspectos principales de dicha teoría general del contrato, el de su formación.

Sobre los requisitos de la oferta, el artículo 1148 del Código Civil argentino dispone que debe ser hecha "a persona o personas determinadas sobre un contrato

Comparé, año XLI, N° 4, octubre-diciembre de 1996, pág. 779, entiende en cambio que, antes bien que mediante un Código unificado, entre los sistemas del derecho continental europeo y del *Common Law* debe haber un intercambio de ida y vuelta, sin que uno de ellos absorba al otro.

30. Bonell, M. J., "Verso un Codice europeo di contratti?", en *Europa e Diritto Privato*, Roma, N° 1998-1, pág. 171, ap. 5 y 6.
31. Ha sido incorporada a los Derechos nacionales del Reino Unido (*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*, 1994), de Irlanda (*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*, 1995), de Portugal (decreto ley 220/95), de Italia (ley 52-1996) y de España (ley 7-1998). La legislación anterior a la Directiva (Ley alemana sobre condiciones generales de contratación de 1977; ley francesa 78/23 del 10 de enero de 1978; *Konsumentenschutzgesetz* [KSchG] 140/1979 austríaca; ley belga del 14 de julio de 1991; Código Civil holandés de 1992, L° 6, artículo 231 y siguientes) no precisa ser modificada en la medida en que se adecua a ella, como lo ha resuelto la Corte de Justicia de la Comunidad Europea (caso 29/84, "Comisión c/Alemania", 29 de mayo de 1985).
32. Hyland, R., "The American Restatements and the Uniform Commercial Code", en Hartkamp, A. - Hesselink, M. - Hondius, E. - Joustra, C. - du Perron, E. (Editors), *Towards a European Civil Code*, cit., pág. 55, ap. 2.

33. El Proyecto fue presentado al Ministerio de Justicia el 18 de diciembre de 1998, con la firma de los profesores doctores Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman El 8 de julio de 1999 el Poder Ejecutivo lo remitió a la Cámara de Diputados de la Nación con el Mensaje N° 731.

34. La Convención de Viena de 1980, que representa la ideología del derecho nuevo en materia contractual, ya había orientado las soluciones del Proyecto argentino de Código Único de 1987.

35. Entre ellos el boliviano de 1975, el peruano de 1984, el paraguayo de 1987, el holandés de 1992, el quebequés de 1992, el de la Federación rusa de 1994, el mongol de 1994 y el vietnamita de 1995.

especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos". En cuanto a la exigencia de que el destinatario de la oferta sea determinado, la nota al artículo invoca el criterio de Savigny³⁶, aunque su fuente directa es el artículo 1852, inciso 2º del *Esboço* de Freitas. Los requisitos relativos al contrato especial y a sus antecedentes constitutivos también resultan del inciso 3º del mismo artículo del *Esboço*.

Sobre los términos de la aceptación, el artículo 1152 del Código Civil argentino establece que "cualquiera modificación que se hiciere en la oferta al aceptarla, importará la propuesta de un nuevo contrato". Este texto proviene del artículo 1847 del *Esboço*.

Sobre la caducidad de la oferta - también tomando el modelo de Freitas (artículo 1844) - el artículo 1149 del Código Civil argentino dispone que "la oferta quedará sin efecto alguno si una de las partes falleciere, o perdiere su capacidad para contratar: el proponente, antes de haber sabido la aceptación; y la otra, antes de haber aceptado". La nota correspondiente invoca la opinión de Pothier³⁷, quien se plantea este caso: envió a un comerciante una oferta de compra de mercaderías a cierto precio, y antes de que la carta le haya llegado muero o pierdo la razón; en tal situación no ha habido contrato de venta, pues "no habiendo perdurado mi voluntad hasta el momento

en que ese comerciante ha recibido la carta y aceptado la propuesta que ella contenía, no ha coincidido un consentimiento o concurso de nuestras voluntades necesario para formar el contrato de venta".

La regulación de esos aspectos de la teoría general del contrato ha sufrido profundas modificaciones en el derecho moderno, resultantes -entre otros- del Código Civil alemán, del Código Suizo de las Obligaciones, del Proyecto franco-italiano de 1927, de la Convención de La Haya relativa a un Derecho Uniforme en la Formación de los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1964³⁸ y, más recientemente, de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. Tales modificaciones han sido recogidas en los proyectos de unificación internacional del derecho de los contratos que he mencionado con anterioridad.

a) *Oferta al público*. En cuanto al destinatario de la oferta, en la actualidad se acepta la fuerza vinculante de la oferta al público. Es el criterio de la Convención de La Haya relativa a un Derecho Uniforme en la Formación de los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1964 (artículo 4.1), de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (artículo 14.1), del *Contract Code* (artículo 15), del

Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (artículo 13, inciso 2º) y de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (artículo 2.201 [2]).

Coincidentemente, el artículo 922 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998 admite que la oferta sea dirigida "a persona determinada o determinable" (inciso b).

b) *Intención de quedar obligado*. En cuanto a los demás requisitos de la oferta, ya no se requiere que la oferta contenga todos los elementos constitutivos del contrato que se propone, bastando con que sea suficientemente precisa e indique la intención del oferente de quedar obligado en caso de ser aceptada. Es el criterio de la Convención de La Haya relativa a un Derecho Uniforme en la Formación de los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1964 (artículo 4.1), de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (artículo 14.1), de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (artículo 2.2), del *Contract Code* (artículo 15), del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (artículo 13, inciso 1º) y de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (artículo 2.201 [1]).

En el mismo sentido, el artículo 922 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998 prevé que "Para que haya oferta la manifestación del oferente debe: a) Indicar, de acuerdo con los usos y las circunstancias

del caso, su intención de contratar [...]. c) Contener las precisiones necesarias para establecer los efectos que producirá el contrato si la oferta llega a ser aceptada".

c) *Aceptación con modificaciones*. El criterio actual es que las modificaciones no sustanciales que el aceptante introduzca a la oferta no significan su rechazo, por lo cual se le asigna al oferente el derecho a admitirlas, siempre que lo comunique de inmediato al aceptante. Tal resulta de la Convención de La Haya relativa a un Derecho Uniforme en la Formación de los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1964 (artículo 7.2), de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (artículo 19.2), de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (artículo 2.11 [2]), del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (artículo 16, inciso 7), de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (artículo 2.208, incisos 2 y 3 [b]), del Código Civil peruano de 1984 (artículo 1376³⁹).⁴⁰

En esa moderna línea de ideas, el artículo 929 del Proyecto argentino de Código Civil de 1998 establece que "para que haya aceptación expresa el aceptante debe realizar una manifestación que: a) Dé conformidad con la oferta. Las modificaciones sustanciales que el aceptante introduce a la oferta importan su rechazo, pero las otras modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante".

36. En la nota a ese artículo se señala la opinión contraria de Zachariae, para quien "no es necesaria la determinación de la persona". La misma solución del artículo 1149 del Código Civil resulta del artículo 454 del Código de Comercio.

37. "Traité du contrat de vente", Nº 32, en *Oeuvres de Pothier*, tº 2, Paris, 1855, pág. 14.

38. Esta Convención, preparada por UNIDROIT, fue ratificada por el Reino Unido, San Marino, Bélgica, Holanda, Italia, Alemania Federal, Luxemburgo e Israel, pero luego de haber sido celebrada la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980- la mayoría de estos países la denunció.

39. Modificando el criterio del artículo 1322 del Código Civil de 1936.

40. El artículo 681 del Código Civil paraguayo de 1987, sin embargo, se atiene al criterio antiguo.

d) *Aceptación tardía*. Conforme al Código Suizo de las Obligaciones el oferente tiene derecho a admitir que una aceptación tardía “ha sido recibida en tiempo” (artículo 5, inciso 2º). El mismo criterio fue seguido por el Proyecto franco-italiano de 1927 (artículo 2), por el Código Civil italiano de 1942 (artículo 1326), por el Código Civil venezolano (artículo 1137), por la Convención de La Haya relativa a un Derecho Uniforme en la Formación de los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1964 (artículo 9.1), por la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (artículo 21.1), por el Código Civil peruano de 1984 (artículo 1376⁴¹). Son coincidentes las soluciones de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (artículo 2.9 [1]), del *Contract Code* (artículo 25, inciso 1º), del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (artículo 16, inciso 5º) y de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (artículo 2.207 [1])⁴².

El Proyecto argentino de Código Civil de 1998 enrola en esa idea. Su ya citado artículo 929 dispone que “Para que haya aceptación expresa el aceptante debe realizar una manifestación que [...] b) Sea

emitida dentro del tiempo de vigencia de la oferta. Pero el oferente puede prevalecerse de una aceptación tardía si lo comunica de inmediato al aceptante”.

Esta flexibilización del *iter* formativo del contrato ha recibido el apoyo de las I Jornadas del Fin del Mundo de Derecho Privado (Ushuaia, 1996)⁴³.

e) *Caducidad de la oferta*. Con respecto a la caducidad de la oferta, el Código Civil alemán privó de relevancia a “la circunstancia de que el oferente muera o se haga incapaz de celebrar negocios jurídicos antes de la aceptación” (§ 153). Es la solución adecuada a las exigencias de seguridad del tráfico comercial moderno, en el cual interesa la declaración del consentimiento, antes bien que la coincidencia de la voluntad psicológica de oferente y aceptante⁴⁴, que resulta del pensamiento de Pothier antes mencionado. En el *Restatement of Contracts* 2nd (comentario al § 48) se critica “la obsoleta visión de que el contrato requeriría un ‘encuentro de mentes’”, porque “es inarmónica con la moderna doctrina de que una manifestación de asentimiento es efectiva sin atender al actual asentimiento mental”. Además, el Código Civil costarricense (artículo 1014), el Código

Civil del Distrito Federal mexicano (artículo 1809) y el Código Civil peruano de 1984 (artículo 1383) excluyen la caducidad por muerte o incapacidad en casos de oferta simple; el Código Civil italiano de 1942, en los de oferta irrevocable (artículo 1329) y de oferta y aceptación por parte de un empresario (artículo 1330); en tanto el Código Civil austríaco descarta la retractación si “puede ser inferida una intención contraria del oferente” (artículo 866)⁴⁵.

Con el sesgo de esta legislación moderna, el artículo 918 del Proyecto argentino de Código Civil de 1998 dispone: “La muerte, la incapacidad o la quiebra, del oferente o del aceptante, no perjudican, respectivamente, la vigencia de la oferta ni la eficacia de la aceptación recibida con

posterioridad, salvo que lo contrario resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso”.

El método del Proyecto argentino incluye partes generales, porque se ha considerado conveniente “sentar los principios de validez universal y, en su momento, delimitar los supuestos que se dejan de lado o se modifican”⁴⁶ lo cual, por ejemplo, ha hecho posible “que las reglas de los contratos particulares sean exclusivamente las específicas a cada uno de ellos, evitándose reiteraciones inútiles y a veces contradictorias”⁴⁷. De tal modo la fuerte influencia que han tenido los modernísimos antecedentes reseñados en la parte general de la teoría del contrato propaga su incidencia sobre la totalidad de las figuras contractuales particulares.

41. Modificando el criterio del artículo 1322 del Código Civil de 1936.

42. También en esto, el artículo 681 del Código Civil paraguayo de 1987 se atiene al criterio antiguo: “La aceptación tardía [...] importará la propuesta de un nuevo contrato”. El artículo 684 dispone que “si por alguna circunstancia la aceptación llegare tardíamente a conocimiento del oferente, éste lo comunicará sin dilación al aceptante, bajo pena de responder por los daños y perjuicios”, pero ello no implica que el contrato pueda quedar formado; el artículo 5, inciso 3º, del Código Suizo de las Obligaciones da sentido a la disposición en estos términos: “si la aceptación expedida en tiempo llega tardíamente al oferente, y éste entiende no estar vinculado, debe informarlo inmediatamente al aceptante”.

43. Declararon por unanimidad que “La idea de flexibilización del proceso de formación del contrato conduce a asignar al oferente el derecho de admitir las modificaciones no sustanciales a la oferta que introduzca el aceptante, así como el de prevalecerse de una aceptación tardía”.

44. Conf. III Jornadas de Derecho Civil de La Pampa, Santa Rosa, 1991; V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Junín, 1992.

45. De los Fundamentos que acompañan al Proyecto de Código Civil argentino, Nº 163.

46. De la Nota de Elevación de fecha 18 de diciembre de 1998.

47. De los Fundamentos que acompañan al Proyecto de Código Civil argentino, Nº 182.

Pareceres, juristas e apedeutas

Erros Roberto Grau

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. Ao profissional do direito incumbe o desempenho de tarefas destinadas à provisão da interpretação/aplicação do direito, operação que, ao contrário do que costumam alguns imaginar, não é constituída de duas etapas, consubstanciando uma só e única atuação processual. Quem interpreta, aplica; e só: nada se interpreta, no mundo do jurídico, senão para que o resultado da interpretação (= a norma jurídica) se aplique a determinada situação de conflito, efetiva ou potencial.¹

O desempenho daquelas tarefas requer qualificação intelectual obténivel em instituições de ensino superior, as Faculdades de Direito.

O que assim desejo afirmar, de modo simplório, é que, muito ao contrário também do que tantos supõem, não basta a alfabetização para que o leigo “interprete o direito”, tal como não basta o conhecimento do manejo de lâminas para que o leigo

pratique operações cirúrgicas no ser humano (ou mesmo em outros animais) e não basta a aptidão para a prática das quatro operações aritméticas para que um outro realize operações de cálculo de estruturas ou de concreto. Quem é dotado de prudência sabe que assim como não deve o sapateiro ir além dos sapatos, não apenas não devem os apedeutas em medicinas e engenharias arriscar-se na manipulação de bisturis e de réguas de cálculo, mas também, os que não são dotados de formação jurídica, meter-se a “interpretar” o direito e a discutir as leis. Se aqui não há mortes, há seguramente penas, quando a estultice leva o incauto a cruzar as linhas do ilícito e da ilegalidade.

Apedeutas bem intencionados recorrem a advogados e, nas complexidades, a juristas.

2. A prática de pedir-se aos juristas opiniões sobre questões determinadas remonta ao passado. A *jurisprudência* romana

1. Sobre direito e conflito, meu *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pp. 20-21.

era constituída pela obra dos jurisconsultos, essencialmente as *responsa*, respostas dadas a consultas que lhes eram apresentadas. *Jurisprudência*, como observa GILISSEN,² é vocábulo que designa o que as línguas novilatinas chamam de *doutrina*. A *iurisprudencia*, anota BARTOLOME CLAVERO,³ é o *consulting* romano, a obra dos *iurisconsulti*, assessores de direito, como também eram chamados os *prudentes* ou *iurisprudentes*.

Esses juristas, prudentes conselheiros, eram dotados de uma autoridade que não era nem política, nem judicial – tratava-se, aí, de uma autoridade intrínseca, fundada em um capital intelectual próprio, não em qualquer poder que tivesse sido a eles atribuído.⁴ A autoridade das suas consultas, diz GILISSEN,⁵ decorria do seu valor pessoal e do seu prestígio social.

3. Assim é (ou deveria ser) nos tempos de hoje.

A autoridade dos juristas que respondem a consultas elaborando *pareceres* é construída não apenas sobre o capital intelectual acumulado mercê de efetiva dedicação ao estudo do direito, mas também sobre a sua prudência e sobre sua seriedade intelectual.⁶ De nada vale a sabedoria para o imprudente e para quem responda a consultas não segundo a sua convicção, mas conforme os desígnios de quem as encomenda e paga.

O jurista dá resposta aos quesitos que lhe foram propostos esclarecendo qual o direito aplicável à hipótese objeto da consulta. Empreende, para tanto, atividade de interpretação do direito.

4. Esta, a interpretação,⁷ implica compreensão e reprodução: o sentido expressado pelo texto normativo é compreendido pelo intérprete, que o reexprime sob a forma de *norma jurídica*. Por isso, sustento ser o texto (preceito, enunciado

2. *Introdução histórica ao direito*, trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 90.

3. *Institución histórica del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1992, p. 22.

4. Cf. CLAVERO, Bartolome, *ob. e loc. cit.*

5. *Ob. e loc. cit.*

6. Entenda-se como *prestígio social* do jurista, hoje, não aquele apregoado pelos meios de comunicações, alimentado por equipes de relações públicas contratadas por determinados “juristas”, mas sim o conquistado pelo profissional do direito entre seus próprios pares.

7. Vide meus *La doppia destrutturazione del diritto*, trad. de Elisabetta Albesano. Milano: Unicopli, 1997, pp. 55 e ss.; *La doble desestructuración del derecho*, trad. de Barbara Rosenberg. Barcelona: Bosch, 1998, pp. 65 e ss.; e *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., pp. 153 e ss. A interpretação consubstancia uma operação de *mediação* que opera a transformação de uma expressão em outra, visando tornar mais compreensível o objeto ao qual a linguagem se aplica. Observei, em meu *La doppia destrutturazione del diritto* (cit., p. 59) que “L’interpretazione dunque è un processo intellettuale tramite il quale, partendo da formule linguistiche contenute nei testi, enunciati, precetti, disposizioni, si stabilisce un contenuto normativo. Questa attività interpretativa è volta al discernimento degli enunciati semantici veicolati dai precetti (enunciati, disposizioni, testi). (...) Interpretare è attribuire un significato a uno o più simboli linguistici scritti in un enunciato normativo” (na edição espanhola, cit., p. 68). Daí a necessidade de considerarmos a distinção entre *texto* e *norma*, que permite ao intérprete observar que nem sempre um e outro – o texto normativo e a norma – correspondem, seja porque determinada norma pode ser produto da interpretação conjunta de mais de um texto normativo, seja porque um mesmo texto normativo pode ser moldura para a produção de mais de uma norma.

normativo) *alográfico*. Não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A “completude” do texto somente é realizada quando o *sentido por ele expressado* é produzido, como *nova forma de expressão*, pelo intérprete. Mas o “sentido expressado pelo texto” já é algo novo, distinto do *texto*: é a *norma*.

Isso significa que o *texto* normativo, visando à solução de conflitos (isto é, uma decisão *normativamente fundada* para problemas práticos), reclama um *intérprete* que *compreenda* e *reproduza* a fim de que um determinado conflito seja decidido.

A interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do *texto* normativo e sua aplicação particular: isto é, opera a sua *inserção na vida*.

5. Cumpre insistir, ademais, em que *interpretação* e *aplicação* não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado;⁸ a interpretação do direito consiste em *concretar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação*.⁹ Assim, existe uma equação entre *interpretação* e *aplicação*: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação.¹⁰ *Interpretação* e *aplicação* se superpõem.

8. Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y metodo*. Cuarta edición, trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1991, p. 397.

9. *Idem*, p. 401.

10. Cf. MARÍ, Enrique E. “La interpretación de la ley. Análisis histórico de la escuela exegética y su nexos con el proceso codificador de la modernidad”. In *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Enrique E. Marí et alii. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, p. 236.

11. GADAMER, Hans-Georg. *Ob. cit.*, p. 401.

12. MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 5. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1993, pp. 145-146.

13. Por isso a articulação *ser e dever-ser* (a relação *norma-fato*) é mais do que uma questão da filosofia do direito; é uma questão da estrutura da norma jurídica tomada na sua transposição prática e, por consequência, ao mesmo tempo uma questão da estrutura deste processo de transposição.

14. KELSEN, Hans. *Teoría pura do direito*, trad. de João Baptista Machado. 4. ed., Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 467.

além dos textos, ao empreender a produção prática do direito.

Por isso tenho insistentemente afirmado inexistirem soluções previamente estruturadas, como produtos semi-industrializados em uma linha de montagem, para os problemas jurídicos. O trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo – e tal deve ser enfatizado – a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o que, repito-o, bastaria ao intérprete ser alfabetizado.

6. Presta-se essa minha breve digressão a explicitar, e também fundamentar, a afirmação, que faço, de que, tal como ocorre em relação às decisões judiciais, a solu-

ção atribuída pelos juristas, em seus pareceres, a cada quesito que lhes tenha sido proposto é resultado da interpretação dos textos e de determinada situação de fato (= de determinados fatos).

Distintos os fatos, outras serão as soluções (= normas jurídicas) a serem a eles aplicadas, ainda que desentranhadas dos mesmos, exatamente dos mesmos textos normativos dos quais foram desdobradas as primeiras soluções consideradas.

É a capacidade de discernir essa circunstância que faz o jurista e permite a contínua renovação da força normativa dos textos, diante da perplexidade dos apedeutas.

Aqui não é a caravana, mas o direito que passa – e não ao som de latidos, mas de algo assim como a canção de JOAQUÍN SABINA, “pior para o sol”!

As Diversas Eficácias e seu Convívio no Conteúdo da Sentença. A Tese de Pontes de Miranda

Fernando Sá

Advogado em Porto Alegre.

01. Quando JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN, em 1847, pronunciou sua conhecida e cáustica conferência, “Jurisprudência não é Ciência”, em sociedade jurídica berlinense jamais identificada, e na qual negou caráter científico à jurisprudência, não poderia ter-lhe passado pela cabeça, naquele momento, estivesse a sacudir, tão intensa e extensamente, com a ciência do direito, nem tampouco estivesse – e isso é para nós aqui e agora o mais expressivo – a bulir num de seus mais sensíveis pontos, qual seja, o do uso da linguagem e o sentido das palavras havido pelos doutrinadores do direito, sem o rigor técnico necessário, de modo a refletir, na conceituação de institutos jurídicos, maior precisão taxinômica, a lhes emprestar foros de cientificidade.

Essa imprecisão conceitual faz-se, por exemplo, particularmente sensível no tocante ao que se compreende, a rigor, por eficácia da sentença. O tema vem preocupando os mais doutos processualistas nacionais, sobretudo pela sutileza com que a palavra eficácia é usada e, conseqüentemen-

*“Há expressões comuns a essas cinco situações: a primeira situação é a mesma que era, daí dizer-se é ou não é; a segunda faz existir algo que não existia, ou deixar de existir o que existia; a terceira afirma que houve ou não houve, e impõe que não haja; a quarta resulta de ato de alguém que não a fez, porém mandou que se fizesse; a quinta faz passar o que existe a outro lugar onde não existia, porque aí é que devia existir.”
(Pontes de Miranda)*

te, compreendida – sem normas ainda definidas e suficientemente abrangentes de seu emprego pela comunidade jurídica –, com diferentes conotações no contexto de discursos doutrinários em que é empregada.

Daí surgem não pequenos problemas, tais como o de questionar-se se a sentença contém uma só ou várias eficácias? Como conviveriam elas – caso seja admitida a hipótese de serem várias, como defendeu o insigne jurisconsulto pátrio, PONTES DE MIRANDA –, no conteúdo da sentença? Assistir-lhe-ia razão no atribuir diversas eficácias a uma só sentença? Em que medida poderia ser aceita sua tese, inclusive no tocante à chamada “constante 15”?

02. Tecer considerações ou comentários à obra de um mestre, a mais das vezes é obra espinhosa e delicada. Sobretudo torna-se mais ingente o esforço interpretativo, quando ele mesmo reconhece que o tema sobre o qual versa tem levado à perplexidade estudiosos “da mais alta ciência”, devido serem recentes as indagações a respeito do assunto.

Realmente, tendo sido passados 60 anos, quando PONTES DE MIRANDA teve a extraordinária intuição que o levou a “descobrir” a existência das cinco categorias determinantes de sua teoria quinária das ações, ainda hoje recorrentemente se debate o preciso conceito de eficácia da sentença e de seus diferentes efeitos.

PONTES DE MIRANDA, teve a intuição – que BERGSON, reconhecido pelo inusitado e singeleza de suas expressões, denominava *la pensé durée*, ou a simpatia espiritual – em 1939, quando entre

nós predominava incontestada a doutrina processualística européia, de forma marcante a italiana. Não obstante, e relevando a possibilidade de outros a terem visto, foi ele quem, de fato, a enxergou, quem sentiu a cultura histórico-jurídica nacional daquele instante, para quebrar um paradigma, o da classificação trinária das ações, que se fazia clássico, e criar outro novo, o da classificação quinária, mais consentâneo à realidade do *logos* nacional.

Sem dúvida, apercebeu-se ele antes e melhor do que ninguém o poder de que está investido o juiz no ordenamento legal brasileiro, fruto que é do acentuado ecletismo intelectual pátrio, sempre a retirar e de aproveitar tudo aquilo que se apresenta como de mais conveniente e mais adequado em diferentes correntes doutrinárias alienígenas, mesclando os elementos e os adaptando às circunstâncias peculiares de nossas exigências culturais do momento.

Assim estava mergulhada a cultura jurídica do país, desde os idos da proclamação da República e da primeira constituição republicana de 1891 – cujo anteprojeto fora elaborado por RUI BARBOSA –, impregnada por um ecletismo onde se fundiam as influências doutrinárias européias, sobretudo a da separação dos Poderes sob a inspiração de MONTESQUIEU, e a doutrina americana dos *Founding Fathers* – ciosos dos direitos fundamentais do homem – donde o jurisconsulto trasladou o *habeas corpus* e aderiu, dentre outras, à idéia prevalecte de que o Supremo Tribunal Federal é “o guardião, o intérprete e o oráculo” da Constituição Nacional. Demais, filiou-

se ao sistema inglês da *common law*, ao não admitir o contencioso-administrativo – ao contrário do que ocorre no direito continental europeu – ao mesmo tempo em que ampliou superlativamente o exercício da jurisdição.

Essa, pois, era a mentalidade jurídica da época, quando PONTES DE MIRANDA teve o pioneirismo genial de classificar as ações e as sentenças de acordo com a eficácia com que um dos cinco elementos: declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo, correspondentes aos cinco verbos em que a parte pede seja satisfeito seu interesse jurídico, haveria de erguer-se. Ademais, sempre um, preponderantemente, com maior força, no conteúdo sentencial.

PONTES DE MIRANDA apercebeu-se de algo que sempre estivera obviamente presente em nosso *ius positum*, mas de que não se deram conta os juristas da época, como a comprovar o que KARL MANNHEIM dissera acerca de o indivíduo propriamente não pensar, mas tão-somente participar, com maior ou menor genialidade, do pensar de seu tempo. PONTES DE MIRANDA teve, indiscutivelmente, o *sapere audet* do gênio que foi.

Àquilo que intuía e que ao longo de cinqüenta anos de sua existência vinha empiricamente comprovando, ARAKEN DE ASSIS, em meados da década de 80, procurou dar foros de cientificidade, utilizando-se, para tanto, do princípio da falseabilidade de KARL POPPER, a fim de demonstrar que a teoria trinária da classificação das ações e das sentenças, então clássica e incontestada, não resistiria à

comprovação do teste da refutação, pois de fato existiam, além das ações declaratórias, constitutivas e condenatórias, mais duas: a mandamental e a executiva, que espontaneamente brotavam das necessidades práticas do cotidiano jurídico nacional, a exigir classificação adequada.

Todavia, se hoje, salvo honrosas e distinguidas exceções, a maioria superlativa da doutrina brasileira aceita e abraça a teoria quinária da classificação das ações e das sentenças em declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas; pacífica não é, porém, a conceituação de eficácia da sentença; de seus efeitos, nem tampouco é tranqüilo a existência de diversas eficácias, convivendo no conteúdo das sentenças.

Procurar determinar o que PONTES DE MIRANDA entende por eficácia e por efeitos, e, em particular, o preciso significado com que usa tais palavras não se constitui em fácil tarefa.

03. Começaremos por tecer algumas considerações a respeito da teoria quinária desenvolvida por PONTES DE MIRANDA, sob o viés particular ao tema deste ensaio.

Para tanto, e a fim de não nos desviarmos da linha de raciocínio do eminente jurista e, ao mesmo tempo, alcançarmos o objetivo de responder às indagações objeto deste estudo, é que nos manteremos o mais próximo possível da terminologia por ele adotada em sua exposição doutrinária, em especial o Tomo I, Ação, Classificação e Eficácia, do “Tratado das Ações”.

No início do Capítulo II, da Parte II, da classificação das ações, ao abordar a pre-

ponderância da eficácia, já emite opinião que permeará todo seu Tratado: (sic) “uma coisa é a força da sentença – eficácia preponderante – e outra a eficácia imediata ou mediata, sem se falar nas duas menores com que se completa a constante da eficácia das ações e das sentenças”.

Já aqui se é apresentado a quatro idéias distintas, cujo significado é de máximo mister ser ressaltado e plenamente entendido, como chave para a compreensão maior do conceito de eficácia *lato sensu*. Primeiro, a idéia de uma força que se constitui em eficácia preponderante. Segundo, a idéia de eficácias adicionais àquela preponderante, imediata e mediata. Terceiro, a de existirem, além destas duas últimas eficácias, outras de menor monta, ou melhor dizendo, de menor peso. Finalmente, a idéia da existência de uma constante.

Como se vê, há um *prius* a se impor para o bom entendimento da exposição e que pode ser resumido em uma curta frase: para o nosso autor não existe ação ou sentença em estado puro, isto é, com uma só eficácia.

Isso assim colocado, passo seguinte é o de se entender que toda ação ou sentença carrega em si mesma, no bojo do projeto de provimento jurisdicional esperado, por quem pede ao Estado a satisfação de seu interesse ofendido, existe uma carga maior, uma eficácia maior, preponderante, sobre as demais provisões satisfativas de direito material contidas na sentença. Desta forma, em toda ação declaratória a eficácia maior é a de declarar. Na constitutiva, é a de constituir; na condenatória, a de condenar; na mandamental a de mandar e, na

executiva, a de executar. Eis, os cinco verbos que emprestam à cada ação ou sentença sua força ou eficácia preponderante.

A partir desse ponto, porém, a compreensão do modo como surgem as eficácias imediata e mediata, complica-se sobremaneira porque PONTES DE MIRANDA, para explicar como isto acontece, em seguida à força da sentença, introduz no discurso uma nova noção impregnada de subjetivismo, inclusa na idéia de peso.

E isso porque, segundo ele, v.g., na ação declaratória (sic) “mais se quer que se declare do que se mande, do que se constitua, do que se condene, do que se execute”. E a seguir completa, “No seu peso de eficácia aparece 4 na coluna da mandamentalidade; é a chamada eficácia imediata, a eficácia que vem logo após, como peso, à força mesma da sentença (grifos nossos)”. E assim, respeitante o tipo de ação, a eficácia preponderante, inclusive a imediata e a mediata, apareceria, em bloco, embora com pesos distintos, sempre de 1 a 5. A execução de mão própria, apenas para dar outro exemplo, seria do tipo: 3, 2, 4, 1, 5 (!).

Evidentemente há nisso um enorme grau de arbítrio. Quer parecer que PONTES DE MIRANDA, neste ponto, deixou de se interessar pelo que é, para concentrar-se no modelo matemático, ou seja, naquilo que pretende ser.

Contudo, a rigor, não há matemática no modelo, mas arbítrio, e, neste prisma, uma ação declaratória, para ser eficazmente declaratória, deve ser declaratória em

primeiro lugar, com peso 5, depois mandamental com peso 4; depois constitutiva (3); depois condenatória (2); depois executiva (1). Uma ação constitutiva deve ser constitutiva primeiro (5), depois declaratória (4), depois mandamental (3) e assim sucessivamente.

A idéia de peso, por conseguinte, explica-se unicamente pela forma como a ação é descrita na ordem natural ou preponderante desses qualificativos, declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo. Tudo soma 15, porque a ordem é sempre: 5, 4, 3, 2, 1, *tout court*.

Como a se dar conta do excesso de arbítrio por ele cometido em formular seu modelo, passo seguinte, já ao tratar no § 27, sob a rubrica – Medida da Eficácia Imediata e de Eficácia Mediata – PONTES DE MIRANDA ameniza o tom e diz (sic) “se a sentença favorável preponderantemente declara, provavelmente, contém mandamento com eficácia imediata, ou mediata” (grifou-se). E, da mesma forma (sic) “se a sentença preponderantemente constitui, provavelmente, ou declara em peso imediato ou com peso mediato manda” (grifou-se). O mesmo apontando nas três demais categorias de ações.

Ora, provável, é a demonstração imperfeita da verdade procurada. Como não existe um critério geral de verdade unanimemente reconhecido, fica-se, pois, com a verossimilhança, ou seja, com uma situação que provavelmente mais se aproxima da verdade, do que de outra, menos verossímil.

Não obstante, ter aparentemente arrefecido o grau de arbítrio, PONTES DE MIRANDA retoma linhas a seguir o diapasão anterior e afirma que todas as ações, tanto quanto todas as sentenças, teriam, além de uma força ou de uma eficácia preponderante, uma eficácia imediata e uma mediata, como também outros elementos mínimos, “inelimináveis”, para perfazer a soma constante 15.

A tese da existência de pesos com soma 15, constante em toda a sentença, nada acrescenta à inteligibilidade do tema. Não se pode deixar de prestar homenagem a um mestre do porte de PONTES DE MIRANDA pela originalidade, mas, nesse ponto, que nos perdoe o jurista, errou com o mesmo brilhantismo como somente aos gênios é desculpado errar.

04. É à altura da exposição da teoria quinária das ações, que PONTES DE MIRANDA passa a examinar em particular “sentenças e eficácia”.

Após conceituar a sentença como a prestação jurisdicional, objeto da relação jurídica processual, para a realização de seu conteúdo, dela sentença, acrescenta que, para falar-se de eficácia, “tem-se de cogitar de força e efeitos, porque eficácia é a propriedade de ter força e efeitos”.

O autor, portanto, introduz duas novas noções: conteúdo e efeito, das quais também passaremos a tratar, em conjunto com os conceitos de força e de eficácia das sentenças: imediata, mediata e mínima.

Mas a partir daqui nota-se que a teoria quinária da classificação das ações e, corolariamente, das sentenças, até então

linearmente tratada, entra em zona obscura e a visão clara de horizonte resta obnubilada por nuvens um pouco pesadas, senão negras. Duas páginas adiante, em nova guinada na linha mestra de sua exposição, afirma o jurista que a eficácia “é a energia automática da resolução judicial... (omissis)... (compreendendo), portanto, a força (e.g., a eficácia consistente na força de coisa julgada material da sentença declarativa) e o efeito (e.g., a eficácia consistente no efeito da execução da sentença condenatória, efeito que as sentenças declarativas não têm)” (grifos do autor).

Portanto, ao que antes se pressupunha cristalino, em conviverem no conteúdo da sentença várias eficácias, embora com pesos distintos, agora, pelo visto, existe uma força, isto é, uma eficácia preponderante, e, no lugar da eficácia imediata e mediata, surge também a idéia de efeito, que, tanto quanto a força, são, segundo ele, “duas classes de eficácia” (!).

E, assim como as ações são classificadas quanto à qualidade de serem declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais ou executivas, também as sentenças o são, pois que “nenhuma, que se conheça, é sempre pura, isto é, com um só elemento” (grifou-se).

Dessarte, diz o autor, “não há outro meio científico, de classificar as sentenças, que por sua força, pesando-se-lhes, por bem dizer, a eficácia (força e efeitos)” (grifou-se), e logo adiante, no parágrafo seguinte, torna a afirmar que “A classificação em cinco categorias atende à preponderância dos elementos (à força), porque, se tivéssemos de atender a todos os efeitos, desceríamos a casuística”.

Quanto mais se refere o eminente jurista às forças e aos efeitos que servem para classificar as ações e as sentenças, ou, ao que aí importa, no problema da eficácia, ou seja, o de saber qual a força preponderante à cada classe, “admitido, como observa, que renunciamos a classificação das ações das sentenças pela força única de cada uma” e, sobremaneira, quando na p. 179 da obra comentada, apresenta-nos a tabela dos elementos das ações, a fim de concluir que, para cada classe de sentença, seja ela declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva, com uma força declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva, acrescidas de elementos (efeitos), em ordem variável (subtraindo-se o da força qualificativa), em declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva, a imprecisão formal do pensamento e as oscilações da linguagem, provocam confusão no leitor diante do turbilhão das idéias lançadas no texto.

A esta altura da exposição não se tem mais como perfeitamente entendido se, na força da sentença, que antes correspondia à noção de eficácia preponderante, inclusive do mesmo modo a eficácia imediata e a mediata, e as mínimas; ou, se, ficaram estas englobadas entre os efeitos, uma vez que, pelo visto, efeito é uma classe de eficácia, que vinha em seguida à força, a fim de constituírem ambas a eficácia propriamente dita. Ademais, o elemento que anteriormente servia para qualificar e classificar as ações e as sentenças em cinco categorias, como força preponderante, agora, todavia, passa a ser apresentado também como efeito.

Nem por isso faz-se menos obscura a exposição daí por diante, para que afinal aponte o escritor critério objetivo elucidativo da distinção entre eficácia e efeito, e, por conseguinte, para que se saiba se convivem no conteúdo da mesma sentença várias eficácias, ou apenas uma eficácia preponderante (força) e vários efeitos – que corresponderiam às eficácias imediata, mediata e mínimas –, os quais efeitos, ao fim e ao cabo, como deixou dito, são classes de eficácia.

Contudo, permanece implícito que a classificação quinária das ações continuará a nortear-se pela preponderância de um dos cinco elementos, ou dos cinco qualificativos já mencionados, sem porém deixar de ser apontado (*sic*) “pelo menos, o segundo elemento preponderante, para que se ressaltem os diferentes efeitos da sentença” (grifou-se).

Ora, até esse ponto, o elemento preponderante era tido como a força, a qual classificaria a ação e a respectiva sentença, que, além dela, força, haveria de também possuir uma eficácia imediata e outra mediata. Agora, porém, passa a existir um segundo elemento preponderante, que “ressalta” um outro efeito da sentença, mas que pode, aparentemente, não mais ser, este efeito, a outrora eficácia imediata.

Não obstante a perplexidade que tal afirmação possa causar ao leitor, retorna nosso autor ao tema e considera proveitoso “denominar-se cada sentença pela sua força e por seu efeito imediato,” algo, todavia, que somente poderá ser alcançado *a posteriori* em função do peso do elemento declarativo constante em cada sentença.

E, por fim arremata, dizendo que “a)...o peso de eficácia das ações e das sentenças é constante, b) que há cinco elementos que compõe o peso, em ordem decrescente, chamando-se força ao primeiro, c) que é preponderante e dá a classe à ação ou à sentença, e d) que o segundo (eficácia imediata) e o terceiro elemento (eficácia mediata) são de importância considerável” (grifos nossos).

Diante da fluidez dos conceitos, da complexidade e importância do tema, impõe-se um parêntese neste ensaio, para melhor reflexão sobre o sentido de certas palavras-chave, usadas por PONTES DE MIRANDA, no transcurso de seu Tratado.

05. É por demais sabido que linguagem é um sistema de símbolos ou de signos, voluntariamente produzidos e convencionalmente aceitos, mediante o qual o homem se comunica com seus semelhantes, expressando suas idéias, sentimentos e desejos.

A linguagem ideal seria aquela em que cada palavra (significante) designasse ou apontasse apenas uma coisa, correspondesse a uma só idéia ou conceito, tivesse um só sentido (significado). Como tal não ocorre em nenhuma língua conhecida, segundo dizem os estudiosos, as palavras são, por natureza, enganosas porque polissêmicas. Muitas constituem mesmo uma espécie de constelação semântica, como é o caso, quanto aos exatos conceitos de eficácia e de efeito.

Por essas razões, as palavras são elos numa cadeia de idéias e intenções, interligadas umas às outras por íntimas relações de sentido; dissociá-las da frase é desprovê-

las de seu significado contextual. A imprecisão do sentido das palavras, que torna difícil ou às vezes impossível a compreensão entre os homens, decorre principalmente da falta de um referente objetivo, pois é somente o mundo real, concreto, que dá à linguagem significação específica, clara e precisa.

Essa precisão, clareza e objetividade é que dará rigor à linguagem a fim de que o conhecimento humano sobre o qual versa assumira *status* de cientificidade. Dessa forma, conceito científico seria aquele advindo de conjunto de regras que estabelecesse o uso normal de uma palavra de maneira tal que pudesse ser seu entendimento perfeitamente comunicável intersubjetivamente sem graves perigos de mal-entendidos. A objetividade estaria, destarte, na intersubjetividade do significado compreendido das palavras usadas no discurso.

Basta consultar qualquer dicionário da língua portuguesa para dar-nos conta de que eficácia, em sentido corrente, popular ou erudito, é a qualidade ou a propriedade do que é eficaz. Eficaz é aquilo que produz o efeito desejado, sendo efeito, finalmente, entre as quase duas dezenas de acepções semânticas do vocábulo, sinônimo de eficácia.

Todavia, esse entendimento não conta com as exigências teóricas da comunidade jurídica nacional, por não contemplar toda a gama das sutilezas e nuances com que ela pode e deve ser empregada no discurso dogmático.

Sendo assim, procuraremos reler o mestre e, em o fazendo, encontrar a linha

mestra de seu pensamento, o preciso significado intencional das palavras por ele usadas. Todavia, antes de concluirmos este trabalho a respeito do convívio de várias eficácias no conteúdo da sentença, vejamos, à *vol d'oiseau*, qual o uso corrente, que a comunidade jurídica brasileira, já conforme com uma mentalidade comum firmada no transcurso do tempo, não só pelo uso continuado desse novo paradigma definido na teoria quinária das ações, como também pela extensão dos poderes de que se encontra investido o juiz em nosso mundo jurídico – em função daquele ecletismo que aludimos nas primeiras linhas desta exposição –, faz dos vocábulos: eficácia e efeito.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, por exemplo, define eficácia como sendo a palavra usada, na linguagem jurídica, para “designar a qualidade do ato, enquanto gerador de efeitos” (grifou-se). E acrescenta que “menos freqüente é o uso de eficácia como sinônimo de efeito”.

Em obra anterior, afirmara que (*sic*) “a sentença é dotada de certa eficácia, designando-se neste termo a aptidão, *in abstracto*, para surtir os efeitos próprios...A questão muda de aspecto...quando nos interessamos pelo efeitos que esta ou aquela sentença é capaz de produzir *in concreto*” (grifou-se).

Releva salientar, por ser por todas as razões pertinente ao tema estudado, o uso de que fez o anteprojeto do Código de Processo Civil, elaborado pelo então Ministro da Justiça, ALFREDO BUZAI, quando definia, no artigo 471, a coisa julgada material, como (*sic*) “...a eficácia, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença...” (grifo nosso).

OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, por sua vez, seguidor confesso da doutrina de PONTES DE MIRANDA, faz uso sinônimo de ambas as palavras, algo que facilmente se depreende por simples leitura de sua obra, em particular daquela em que trata de “Sentença e Coisa Julgada”, pinçando-se exemplos ao acaso, diz ele (*sic*): “A tal eficácia (em ação de despejo), chama-se de efeito executivo da demanda...De igual modo o efeito executivo da demanda do artigo 641 do Código de Processo Civil é eficácia interna...” (grifou-se).

Ao mesmo tempo, porém, resta incontroverso, pelo exemplo infra colhido na mesma obra, que este autor, em especial no tocante à classificação das sentenças, à qual adota e se reporta, admite a existência de várias eficácias em uma mesma sentença, *in verbis*, “Os problemas atinentes a este vastíssimo tema ligado à classificação das sentenças, pelas suas respectivas eficácias, não poderá, como é natural, ser enfrentado agora...” (grifo nosso).

Ponto de vista esse corroborado pela afirmação que faz logo em seguida, onde acusa de grave erro a pressuposição de corrente doutrinária que acolhe a idéia (*sic*) “...de que em cada sentença tenha uma só eficácia, quando eles próprios (processualistas) não negam que muitas sentenças, pelo menos apresentam múltiplos efeitos” (grifou-se).

Já ARAKEN DE ASSIS, na obra aqui citada, após realçar o mérito de PONTES DE MIRANDA em fazer presente a existência de uma eficácia declaratória, em uma mesma sentença, a par de outras eficácias (ou forças), com “cargas mitigadas

mas ainda assim comprovadamente presentes em cada caso”, dá exemplo de sentença em ação de separação, onde alinha todas as eficácias possíveis: preponderante, imediata, mediata e mínimas, sem mencionar distinções nem fazer menção a feitos.

Escreve ele *in verbis*: “...na ação de separação judicial (eficácia principal: constitutiva), o órgão jurisdicional desfaz a relação jurídica nos efeitos que a lei autoriza e manda seja procedida a averbação no assento de casamento (eficácia secundária: mandamental); esta sentença, ainda, examina previamente a própria relação de casamento (eficácia secundária: declaratória) e dispõe sobre a partilha de bens (eficácia secundária: executiva).

Dos processualistas compulsados, muito embora não tenhamos efetuado pesquisa exaustiva, saliente-se o que pensa a respeito o professor CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, que faz nítida distinção entre os dois termos, na procura de fixar o exato significado de cada um deles, ao tratar de tutela de urgência.

Para ele, *in verbis*, “A eficácia diz respeito ao conteúdo do ato jurídico, aos elementos que o compõem; os efeitos à produção de alterações no mundo sensível, como consequência de eficácia. A condenação, por exemplo, constitui eficácia da sentença condenatória, elemento de seu conteúdo; a possibilidade de execução ou a própria execução, efeito executivo dela decorrente. Verifica-se, portanto, íntima relação condicionante entre essas duas categorias, pois não pode haver por hipótese efeito sem eficácia, determinando o conteúdo desta a consequência verificada com aquele”. (grifos do Autor)

06. Armado dessas elucidações e esclarecimentos, podemos retomar, para concluir, o tema principal do estudo, qual seja o de verificar se, no conteúdo da sentença, convive uma só eficácia, ou convivem várias; se em suma assiste razão a PONTES DE MIRANDA no atribuir diversas eficácias a uma só sentença.

Cremos, a esta altura, poder dizer sem receios de errar que a antinomia a qual nos conduziu a exposição de PONTES DE MIRANDA é aparente, ao não precisar os conceitos com que trabalha com o devido rigor indispensável a sua inteligibilidade, acarretando com essa fluidez conceitual uma conseqüente imprecisão no entendimento sobre se a sentença contém uma só ou várias eficácias.

Do ponto de vista de PONTES DE MIRANDA, que fez escola entre nós com esse novo paradigma, a resposta há de ser afirmativa. A sentença comporta várias eficácias.

Quanto a assistir a ele razão, a análise do tema ultrapassaria os limites deste trabalho, contudo, ressalte-se, corrente doutrinária respeitabilíssima acredita que não. E, ao que tudo indica, conta ela com interpretação de verossimilhança mais provável. A resposta nesse sentido, pois, haveria de ser negativa. A sentença comportaria uma eficácia.

Eficácia é termo genérico, *lato*, que engloba o conceito de efeito, contido na sentença. Neste ponto talvez fosse conveniente retroceder alguns passos em nossa exposição, àquela parte onde falamos sobre o sentido das palavras.

Por mais variados que os sentidos sejam, situam-se sempre em dois planos: o da denotação e o da conotação. O primeiro é o elemento estável da significação de uma palavra, aquele não subjetivo e analisável fora do contexto. A conotação traz em si elementos subjetivos, que variam conforme o contexto do discurso, isto é, quando a significação da palavra não é a mesma para todos os membros da comunidade (jurídica), e não o é em virtude de a interpretação que cada um dos membros a ela dá, não é necessariamente igual aos dos demais membros deste mesmo grupo, e, sobretudo, porque a palavra não remete a um objeto concreto do mundo extralingüístico, mas apenas, pragmaticamente, sugere ou evoca, por associação, uma outra idéia de ordem abstrata.

Cremos, pois, ser legítima a assertiva de que o *nomen iuris* próprio e adequado, para determinar a conseqüência jurídico-processual advinda do conteúdo da sentença, é o de eficácia, donde provirão os correspondentes efeitos.

Grosso modo, parece ser essa a forma mais consoante com a lógica do razoável de que nos fala RÉCASENS SICHES, para se entender e, sobretudo, para se sair e escapar deste intrigante jogo de palavras, apreendendo assim o real sentido de eficácia e efeito, existentes no conteúdo de cada sentença.

O que leva a primeira corrente, liderada por PONTES DE MIRANDA, a supor que qualquer sentença possui várias eficácias, é o fato de que, tanto quanto as ações constitutivas e as condenatórias, as respectivas sentenças contêm também o

elemento declaratório, olvidando, talvez, que a eficácia provinda do conteúdo de cada uma delas e, conseqüentemente, efeitos, não advém daí, mas da conseqüência necessária e suficiente (pois que quanto a isto não há discordância) de serem elas, sentenças, atos jurídicos que lhes define a natureza jurígena. Os efeitos daí advindos, os efeitos provenientes da eficácia de cada sentença, são condicionados pelos elementos do conteúdo da sentença, para produzirem conseqüências na realidade fáctica da vida, efeitos, aliás, que, como disse o autor, são também eficácia.

Após essas considerações e comentários, e, sobretudo, após ter-se laborado nas devidas distinções das diferentes idéias empregadas pelo gênio que foi o saudoso mestre e jurista, ao fim e ao cabo, cremos poder afirmar, em consonância com a corrente contrária à de PONTES DE MIRANDA, sem reboços, que, no conteúdo da sentença, exsurge apenas uma eficácia, aquela preponderante, a força, a que qualifica o tipo de tutela jurisdicional prometida pelo Estado à parte ofendida em seus interesses, e dela, os decorrentes efeitos.

Contudo, ainda há algumas últimas observações a serem feitas, pois as palavras, pelo visto, são frágeis instrumentos, mas os únicos com que contamos para transmitir nossos sentimentos, desejos e idéias. Não poucas vezes, apresentam-se ilusórias e enganosas, levando-nos, sem querer, a interpretações ou conclusões indesejadas.

Não desdizemos o anteriormente dito, a respeito de emergir do conteúdo da sentença, nos estritos termos jurídico-processuais, em que colocamos o âmbito deste

estudo, uma eficácia que a classifica, dirimemente da lide, e satisfativa dos interesses em conflito, através da tutela jurisdicional prestada pelo Estado.

Todavia, poder-se-ia ainda indagar, se, por acaso, seria lícito afastar o que está posto no artigo 467 do Código de Processo Civil, quando denomina a coisa julgada material de eficácia que a torna a sentença imutável e indiscutível. Constituir-se-ia, desta maneira, a coisa julgada material mais uma eficácia, a ser acrescida àquela que classifica a sentença, ou deveria ser ela interpretada tão-só e simplesmente como um efeito?

Esse questionamento não apresenta nenhum mérito inovador, pois o artigo 467 do Código de Processo Civil tem sido motivo de inúmeras e acerbas críticas de processualistas de tomo. Fica, contudo, colocada a ressalva, uma vez que abordagem mais alongada a respeito, aqui e agora, transbordaria aos limites impostos no início do trabalho.

Na seqüência do exposto vêm a ponto nossas derradeiras considerações e comentários a propósito da teoria quinária da ação e da eficácia da sentença, da lavra do conceituadíssimo jurista que foi PONTES DE MIRANDA.

Concluimos na certeza de que, para ele, convivem, no conteúdo da sentença, várias eficácias. Para outros, não menos ilustres e distinguidos, uma só, que a classifica e da qual decorrem vários efeitos.

Finalmente, observamos que, na “comunidade comunicativa”, jurídica – fora dos estritos limites da teoria do processo –, es-

tes dois termos, eficácia e efeitos – mesmo que impropriamente a nosso juízo – são usados *lato sensu*, como correlatos, sem que, todavia, o contexto do discurso deixe de ser compreendido pelo endosso intersubjetivo dado pelos membros do auditório a que se destinam, com a óbvia ressalva de que sejam empregadas com rigor científico.

Porto Alegre, 19 de julho de 1999.

Bibliografia

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Perfil Dogmático da Tutela de Urgência, Separata*. Vol. 342, Forense, 1999.

_____. *Do Formalismo no Processo*. Editora Saraiva, 1997. Araújo dos Santos, Francisco. *Crítica Epistemológica, trabalho inédito*, 1999.

_____. *Episteme e Paradigma: crítica a Thomas Kuhn à luz do caso Galileu*. Série de documentos para estudo da Escola de Administração da UFRGS, Outubro de 1997.

_____. *A Decisão Empresarial: Aspectos Subjetivos e Coletivos da 'Razoabilidade Criativa'*. Mais uma lição de Feitas para Durar. Série Documentos para Estudo. Programa de Pós-Graduação em Administração da UFRGS, Escola de Administração, 1998.

ASSIS, Araken de. *Sobre o Método em Processo Civil*. Instituto dos Advogados do Brasil, 60 Anos de Existência. Porto Alegre, 1986, pp. 229/246.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Sentença e Coisa Julgada*. Ensaios, Sergio Antonio Fabris Editor, 1979.

_____. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação*. Ajuris, vol. 29, pp. 99/126.

BAPTISTA, J. Machado. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Almedina: Coimbra, 1997 (10ª reimpressão).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Coisa Julgada e Declaração*. Temas, 1ª série, pp. 81 e ss.

_____. *Conteúdo e Efeitos da Sentença*. Variações sobre o Tema. Ajuris, nº 35, 1985, pp. 204/212.

_____. *Eficácia da Sentença e Autoridade de Coisa Julgada*. Ajuris, nº 28, 1983, pp. 15/31.

BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Madrid: Ed. Alfonso Luiz Miguel, 1990.

BUZAID, Alfredo. *Mandado de Segurança*. Vol. I, Editora Araiva, 1989.

CAPELLETTI, Mauro. *Repudiating Montesquieu. The Expansion and Legitimacy of Constitutional Justice*. In *Revista de la Facultad de Derecho de Mexico*. Tomo XXXVI, Julio/Diciembre 1986.

CIRNE-LIMA, R. V. Carlos. *Dialética e Evolução*. In *Finitude e Transcendência, Festschrift em Homenagem a Emildo Stein*. EDIPUCRS, 1996, pp. 47/80.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Doutrina Nacional – Processo Civil – O Conceito de Mérito em Processo Civil*.

FALZEA, Ângelo. *Enciclopedia del Diritto, verbe: Efficacia Giuridica*. Sez. V, itens 47, 48, 49 e 50.

GARCIA, Othon M. *Comunicação em Prosa Moderna*. 17. ed., FGV Editora, (2ª reimpressão), 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Notas ao § 1º Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3. ed., Forense, 1984.

KIRCHMANN, J. H. VON. *La Jurisprudencia no es Ciencia*. tradução espanhola de

Antônio Truyol y Serra, 2ª edição com uma nota adicional. Colección Civitas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid: 1961.

LACERDA, Galeno. *Eficácia da Prestação Jurisdicional no Atendimento às Demandas Sociais*. Ajuris, nº 59, pp. 49 a 61.

LIEBMAN, Eurico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3. ed., Forense, 1984.

MANGABEIRA, João Rui. *O Estadista da República*. Vol. nº 240, 1. ed., tiragem de 300 exemplares, assinada pelo Autor, 1943.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*. Vol. I, II e III. Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1971.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. Editora Revista dos Tribunais, 1987.

Fringe Benefits – Reflexos de sua Concessão nas Áreas Tributária e Trabalhista

George Lippert Neto

Advogado e Mestre em Direito Tributário pela USP.

Inicialmente cabe ressaltar que por *fringe benefits*, também chamado remuneração indireta, entende-se, genericamente, benefícios concedidos aos empregados de pessoas jurídicas e outra forma que não dinheiro.

Para fins do presente artigo o conceito a ser utilizado quando do tratamento do ponto atinente ao Imposto de Renda e Contribuição Social Sobre o Lucro da empresa é o corrente para esses tributos, qual seja: remuneração indireta se constitui nos pagamentos feitos a diretores e gerentes a título de despesas com aluguéis de imóveis

para fins residenciais, contraprestação de arrendamento mercantil e/ou encargos de depreciação de automóveis de uso particular, pagamentos relativos a colégio para os filhos, despesas de conservação dos bens citados anteriormente, dentre outros.

I – Encargos previdenciários

1. Legislação

A previsão legal da matéria no âmbito previdenciário decorre de disposição do § 9º, do art. 28 da Lei nº 8.212/91, que conceitua o salário-de-contribuição para fins de incidência da contribuição ao INSS.¹

1. * art. 28. *Entende-se por salário-de-contribuição:*

I – para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;

(...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade;

b) as ajudas de custo e o adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei nº 5.929, de 30.10.1973.

c) a parcela in natura recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14.04.1976.

d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;

2. Programa de alimentação ao trabalhador (PAT) e vale-transporte (VT)

Conforme depreende-se do dispositivo legal *supra* mencionado, os valores pagos a estes títulos, VT e PAT, não integram o salário-de-contribuição para o INSS, des-

de que concedidos conforme legislação própria de cada benefício.

3. Ticket – combustível

Os valores pagos a este título a gerentes integram o salário-de-contribuição a título de tributação pelo INSS.

e) as importâncias:

1. previstas no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;
2. relativas à indenização por tempo de serviço, anterior a 05 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS;
3. recebidas a título da indenização de que trata o art. 479 da CLT;
4. recebidas a título da indenização de que trata o art. 14 da Lei nº 5.889, de 08 junho de 1973;
5. recebidas a título de incentivo à demissão;
6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT;
7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário;
8. recebidas a título de licença-prêmio indenizada;
9. recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984;
- f) a parcela recebida a título de vale-transporte, na forma da legislação própria;
- g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT;
- h) as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal;
- i) a importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando paga nos termos da Lei nº 6.494, de 07 de dezembro de 1977;
- j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica;
- l) o abono do Programa de Integração Social – PIS e do Programa de Assistência ao Servidor Público – PASEP;
- m) os valores correspondentes a transporte, alimentação e habitação fornecidos pela empresa ao empregado contratado para trabalhar em localidade distante da de sua residência, em canteiro de obras ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada, observadas as normas de proteção estabelecidas pelo Ministério do Trabalho;
- n) a importância paga ao empregado a título de complementação ao valor do auxílio-doença, desde que este direito seja extensivo à totalidade dos empregados da empresa;
- o) as parcelas destinadas à assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira, de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965;
- p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT;
- q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa;
- r) o valor correspondente a vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local do trabalho para prestação dos respectivos serviços;
- s) o ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas;
- t) o valor relativo a plano educacional que vise à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que não seja utilizado em substituição de parcela salarial e que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo;
- u) a importância recebida a título de bolsa de aprendizagem garantida ao adolescente até quatorze anos de idade, de acordo com o disposto no artigo 64 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;
- v) os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais;
- x) o valor da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT.* (grifo nosso)

Outrossim, deve ser ressalvado que, sendo comprovado que o referido benefício é utilizado única e exclusivamente para o exercício de sua atividade na empresa, tal montante não é tributado pelo INSS, com fulcro na Lei nº 8.212/91, art. 28, § 9º, s.

4. Jurisprudência

A jurisprudência assim tem se manifestado sobre o assunto:

“SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO – 1. O salário-de-contribuição é equivalente à remuneração efetivamente recebida a qualquer título, durante o mês, em uma ou mais empresas, para o segurado empregado. 2. Apelação improvida.” (TRF 1ª R. – AC 93.01.22395-3 – GO – 4ª T. – Rel. Juiz Mário César Ribeiro – DJU 17.12.1998)

“AJUDA-ALIMENTAÇÃO – DEPÓSITO EM CONTA-CORRENTE DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL – NATUREZA JURÍDICA – ACORDO COLETIVO DO TRABALHO – TÍQUETES – INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – PRELIMINARES – 1. Preliminares que se rejeitam, uma vez que o Banco do Brasil não se desincumbiu do ônus da prova dos fatos constitutivos do direito alegado (art. 333, I, do Código de Processo Civil – CPC). 2. Assertiva de nulidade do título executivo. Do Apelante o ônus de demonstrar que o Apelado não teria satisfeito os requisitos insculpidos no inciso II, artigo 5º, da Lei nº 6.830, de 22.09.1980, ou seja, que o INSS não teria feito constar, no Termo de Inscrição da Dívida, o valor originário daquela, o termo inicial e a

forma de calcular os juros de mora. 3. Arguição de excesso de execução. Não logrou o Banco comprovar que o INSS não teria afastado do título executivo as parcelas referentes às glosas de salário-maternidade. Ademais, na fase de liquidação, terá o Apelante, se o caso for, o ensejo de ver descontados os valores relativos a essa rubrica, eis que obteve o reconhecimento desse direito, na via administrativa – 24/25. 4. ‘A ajuda-alimentação creditada na conta corrente dos empregados do Banco não configura salário *in natura*, e sim, salário; sobre ela incidirá a contribuição previdenciária, nos termos do Regulamento do Custeio da Previdência Social. 5. Não-atendimento às normas do Programa de Alimentação do Trabalhador. Paga em dinheiro, mesmo sob o título de ajuda-alimentação, é complemento de salário. Incidência da contribuição previdenciária’. Apelação improvida.” (TRF 5ª R. – AC 137.999 – (98.05.21178-9) – CE – 3ª T. – Rel. Juiz Geraldo Apoliano – DJU 05.03.1999) (grifo nosso)

Assim, vislumbra-se que a jurisprudência também entende que os valores pagos a qualquer título aos empregados, salvo o expressamente previsto na legislação (vide item I, 1), integram o salário-de-contribuição destes, a título de incidência de INSS.

5. Infrações Fiscais

Em não oferecendo à tributação os valores pagos a título de *fringe benefits*, a empresa deveria regularizar a situação, mediante o recolhimento do imposto devido, com os encargos moratórios pertinentes, qual seja, multa² e juros SELIC.

2. Entendemos que a multa pode ser afastada caso a empresa opte pelo pagamento antes do início de fiscalização, por força do art. 138 do CTN. Entretanto, ressaltamos que este não é o entendimento na esfera administrativa.

II – Encargos trabalhistas

A tendência da Justiça do Trabalho, no que tange aos benefícios, é entender que tudo o que se concede “para o trabalho” não é salário indireto, mas o que se dá “pelo trabalho” seria sim salário indireto, ou salário-utilidade como também é chamado.

Por óbvio que a diferenciação é muito tênue e decorre na maior parte de qual lado conseguir provar melhor os fatos.

Alguns benefícios, por sua alta prática nas relações trabalhistas, já tem entendimentos mais claros, os quais resumidamente se transcreve abaixo:

a) Alimentação

a.1 Se a alimentação é dada de graça por força de lei, como na hipótese dos petroleiros e petroquímicos (Lei nº 5.811/72), é instrumento de trabalho e, como tal, não tem reflexo trabalhista nem tributário (art. 458, § 2º da CLT). Ainda, quando o empregado trabalha fora da sua residência habitual, inclusive em frentes de trabalho, não há efeito salarial na concessão gratuita de alimentação, porque o trabalho seria impossível se não fosse concedida (Portaria SPS 2/79, item 39.2e). RCPS, art. 37, § 9º, m.

a.2 Se a alimentação é concedida de graça apenas para que o empregado possa fazer economia de salário, do que teria de gastar por conta própria, então a alimentação é salário para a Justiça do Trabalho.

a.3 Se a alimentação é cobrada, ela faz parte de um contrato paralelo ao de trabalho, de fornecimento de alimentação, e não tem efeito salarial, mesmo que a empresa cobre menos do que lhe custa. Já a

entrega de vale-refeição tem caráter salarial, na forma do Enunciado TST nº 241, pela diferença entre o que a empresa paga e o que cobra.

a.4 O Decreto nº 5, de 14.01.1991, diz no art. 6º que o valor da alimentação concedida dentro do programa de alimentação do trabalhador (PAT) não constitui remuneração, o que, de outra forma, já vinha declarado no art. 3º da Lei nº 6.321/76, tal programa também dá suporte fático de defesa na Justiça do Trabalho.

b) Habitação

b.1 Quando o fornecimento de habitação é indispensável ao trabalho, sem o que este não seria viável, constitui instrumento de trabalho, deve ser de graça, e, na regra do § 2º do art. 458 da CLT, não é salário.

b.2 Se a habitação é fornecida gratuitamente apenas para economizar dinheiro do aluguel, é salário-utilidade para a justiça do trabalho.

b.3 Se a habitação é cobrada, passa a ser objeto de contrato de locação e perde efeitos trabalhistas.

c) Transporte individual

c.1 Se o fornecimento de condução pelo empregador é indispensável para que o serviço possa ser prestado, porque a empresa se encontra em local não servido regularmente pelo transporte público, inclusive frentes de trabalho, constitui um autêntico instrumento de trabalho, de modo que não há repercussão salarial.

c.2 Se, entretanto, a condução gratuita objetiva dar economia a empregados

que trabalham em região bem servida de transporte público, evitando que tenham de gastar com passagem, configura-se salário-utilidade para a Justiça do Trabalho.

c.3 Cobrada, a condução passa a fazer parte de um contrato paralelo ao de trabalho, como fornecimento de condução, e não tem efeitos salariais, mesmo que a empresa cobre menos do que lhe custa, com exceção se puder encontrar fraude nessa prática, ou seja, que a diferença de custo do transporte tenha sido expressamente acertada para reduzir o valor do salário em dinheiro.

Em resumo:

Procura-se ao cobrar a utilidade, um ponto de equilíbrio, ou seja, fazer com que o preço seja baixo, para que represente um benefício ao trabalhador, mas não tanto que seja considerado simulatório, e, pois, nulo.

O nível adequado consiste no custo direto, isto é, a empresa transfere ao empregado a despesa exata do consumido ou usado, sem cobrar os gastos antecedentes, preparatórios, condicionantes nem consequentes. Assim por exemplo:

a) na habitação, se em imóvel da empresa, é cobrado o aluguel, mas não as despesas de condomínio, impostos, luz, água, manutenção, telefone;

b) na condução, se em veículo da empresa, é cobrado o combustível, mas não o salário do motorista, nem despesas de manutenção; se é alugado, o repasse é feito do custo do trajeto de ida e volta, e a empresa paga, em outra conta, a viagem da garagem até a empresa, as horas paradas, a comissão da empresa transportadora; não

há reflexo salarial se a empresa fornece automóvel por empréstimo com todas as despesas pelo empregado, que assim arca com o custo do seu transporte, exceto nas hipóteses do art. 74 da Lei nº 8.383/91;

c) na alimentação (se a empresa não preferir inserir-se no Programa de Alimentação do Trabalhador, caso em que a alimentação não é considerada salário *in natura* por força do art. 3º da Lei nº 6.321/76), é cobrado o custo do alimento, mas não o salário dos que preparam e servem as refeições, nem a energia elétrica, as instalações e limpezas particulares. Nesta linha de raciocínio, se a empresa concordava como uso pessoal, este uso configura salário indireto.

Para melhor ilustrar o entendimento da Justiça do Trabalho abaixo transcrevemos algumas jurisprudências, que seguem:

“SALÁRIO-HABITAÇÃO – SALÁRIO *IN NATURA* – INTEGRA A REMUNERAÇÃO PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS – Tendo em vista o disposto no art. 458, da CLT, a habitação fornecida pelo empregador constitui salário *in natura* e integra a remuneração para todos os efeitos legais, pois, constitui-se em salário indireto.” (TST – RR 103.504/94.7 – (Ac. 2.467/94) – 5ª T. – Rel. Min. Nestor Hein – DJU 12.08.1994)

“SALÁRIO-UTILIDADE – COMODATO – Salário *in natura* – Fornecimento de veículo – Comprovados nos autos que o veículo era cedido pela empresa recorrente a título de comodato, isto é, aquilo que é dado para a comodidade de alguém. A resposta ao quesito nº 13 da perícia (fls. 152) e ao quesito nº

06 da ré (fls. 160), esclarecem a utilização que era feita do carro, tanto para o trabalho quanto para situações particulares. Nesta linha de raciocínio, se a empresa concordava como uso pessoal, este uso configura salário indireto.” (TRT 1ª R. – RO 34452/94 – 9ª T. – Rel. Juiz Ideraldo Cosme de Barros Gonçalves – DORJ 18.06.1996)

“AJUDA DE CUSTO COMBUSTÍVEL – NATUREZA SALARIAL – A ajuda de custo combustível, concedida para a locomoção do empregado não possui natureza salarial, antes os termos do art. 457, § 2º da CLT.” (TST – RR 158.006/95.9 – (Ac. 5.376/95) – 3ª T. – Rel. Min. Roberto Della Manna – DJU 15.12.1995)

“AJUDA-QUILOMETRAGEM – NATUREZA – A ajuda-quilometragem, que se traduz em reembolso de despesas com combustível, em serviço, tem natureza indenizatória, não integrando o salário, ante os termos do art. 457, § 2º, da CLT.” (TST – RR 67.676/93.3 – (Ac. 342/94) – 2ª T. – Rel. Min. Vantuil Abdala – DJU 08.04.1994)

Quanto aos cargos de confiança, o posicionamento da Justiça do Trabalho se inclina no sentido de que tais cargos não fazem jus à incorporação de seus benefícios aos seus salários, como se salário-utilidade fossem.

Importante esclarecer que para configurar o cargo de confiança a justiça exige, além do não-cumprimento de horário (registrar ponto) que o empregado tenha amplos poderes de mando, representação e substituição do empregador, que em suas funções repouse extrema confiança, que na prática dos seus atos se detecte claramente

a responsabilização, orientação e supervisão que o coloquem em situação de superioridade diante de seu colegas de trabalho, e que haja diferenciação econômica nos salários daqueles cargos de confiança em relação aos demais.

As jurisprudências abaixo exemplificam bem as minúcias a que os juízes se prendem:

“CARGO DE CONFIANÇA –

Uma das características do cargo de confiança é o recebimento de ordem diretamente do próprio empregador e não através de intermediários.” (TRT 1ª R. – RO 03863/81 – 3ª T. – Rel. Juiz Luiz Augusto Pimenta de Mello – DORJ 29.07.1982)

CARGO DE CONFIANÇA – UTILIDADE FORNECIDA PELO EMPREGADOR – Sendo o reclamante detentor de função de confiança, tem-se que a concessão de cota mensal de combustível cedida pelo reclamado nada mais é que meio para integral desempenho do cargo que lhe fora delegado, não representando nenhum *plus* que justifique a remuneração a título de salário, pois a sua natureza é meramente indenizatória. Recurso provido por unanimidade.” (TRT 24ª R. – RO 0001459/96 – (0000176/97) – Rel. Juiz João de Deus Gomes de Souza – DJMS 31.01.1997, p. 00018)

III – Imposto de Renda e Contribuição Social Sobre o Lucro

1. Considerações gerais

Conforme mencionado no início deste artigo, a legislação do Imposto de Renda

considera como remuneração indireta (*fringe benefits*), os pagamentos feitos a diretores e gerentes a título de despesas com aluguéis de imóveis para fins residenciais, contraprestação de arrendamento mercantil e/ou encargos de depreciação de automóveis de uso particular, pagamentos relativos a colégio para os filhos, despesas de conservação dos bens citados anteriormente, dentre outros, tendo tratamento tributário específico na legislação do Imposto de Renda e da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido.

2. Base legal

2.1 IRPJ

O Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), Decreto nº 3.000/99, dispõe que:

“art. 358. Integrarão a remuneração dos beneficiários:

I – a contraprestação de arrendamento mercantil ou o aluguel ou, quando for o caso, os respectivos encargos de depreciação:

a) de veículo utilizado no transporte de administradores, diretores, gerentes e seus assessores ou de terceiros em relação à pessoa jurídica;³

b) de imóvel cedido para uso de qualquer pessoa dentre as referidas na alínea precedente;

II – as despesas com benefícios e vantagens concedidos pela empresa a administradores, diretores, gerentes e

seus assessores, pagas diretamente ou através da contratação de terceiros, tais como:

a) a aquisição de alimentos ou quaisquer outros bens para utilização pelo beneficiário fora do estabelecimento da empresa;

b) os pagamentos relativos a clubes e assemelhados;

c) o salário e respectivos encargos sociais de empregados postos à disposição ou cedidos, pela empresa, a administradores, diretores, gerentes e seus assessores ou de terceiros;

d) a conservação, o custeio e a manutenção dos bens referidos no inciso I.(...)”

Outrossim, tais despesas são mencionadas a título meramente exemplificativo (A legislação utiliza a expressão “tais como”). Assim, toda e qualquer remuneração, direta ou indireta, salvo se expressamente excetuada em legislação própria, como vale-transporte e PAT, comporá o salário dos dirigentes e gerentes.

2.2 CSSL

A Lei nº 9.249/95, art. 13, dispõe:

“art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções:

(...)

II – das contraprestações de arrendamento mercantil e do aluguel de

3. Nos casos de veículos, deve a empresa considerar como benefício indireto apenas o período em que o veículo fica em poder dos administradores, gerentes e assessores fora do horário de trabalho, como no período noturno e fins de semana, calculando, desta feita, as despesas *pro rata*, conforme PN 11/92, tratado adiante.

bens móveis e imóveis, exceto quando relacionados intrinsecamente com a produção ou comercialização dos bens ou serviços;

III – das despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis e imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens ou serviços;

IV – das despesas com alimentação de sócios, acionistas e administradores; (...)"

Assim, as despesas pagas a título de alimentação, bem como as com bens móveis e imóveis disponibilizados a sócios, diretores, acionistas e administradores, além de tributadas pelo Imposto de Renda, o deverão ser pela Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido.

3. Tratamento tributário dos *fringe benefits*

As despesas referentes à remunerações indiretas para a pessoa jurídica terão o seguinte tratamento tributário, conforme dispõe o § 3º do art. 358 do RIR/99:

"art. 358. Integrarão a remuneração dos beneficiários:

(...)

§ 3º Os dispêndios de que trata este artigo terão o seguinte tratamento tributário na pessoa jurídica:

I – quando pagos a beneficiários identificados e individualizados, poderão ser dedutíveis na apuração do lucro real;

II – quando pagos a beneficiários não identificados ou beneficiários identificados e não individualizados (art. 304),⁴ são indedutíveis na apuração do lucro real, inclusive o imposto incidente na fonte de que trata o parágrafo anterior."

Assim, sendo identificado o beneficiário de tais valores, o que significa dizer que tal montante integra seu salário, tais despesas serão dedutíveis para fins de Imposto de Renda e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido, havendo, ainda, retenção na fonte em nome do beneficiário, com base na tabela progressiva.

Caso não seja identificado o beneficiário, o RIR/99 preceitua:

"art. 358: (...)

§ 1º A empresa identificará os beneficiários das despesas e adicionará aos respectivos salários os valores a elas correspondentes, observado o disposto no art. 622.⁵

§ 2º A inobservância do disposto neste artigo implicará a tributação dos respectivos valores, exclusivamente na fonte, observado o disposto no art. 675.⁶

Assim, sendo o beneficiário identificado, a tributação do Imposto de Renda ocorrerá na fonte, com base na tabela pro-

4. "art. 304. Não são dedutíveis as importâncias declaradas como pagas ou creditadas a título de comissões, bonificações, gratificações ou semelhantes, quando não for indicada a operação ou a causa que deu origem ao rendimento e quando o comprovante do pagamento não individualizar o beneficiário do rendimento."

5. Nestes casos haverá a incidência de INSS (20%) e FGTS (8%), bem como todos os outros reflexos trabalhistas.

6. "art. 675. A falta de identificação do beneficiário das despesas e vantagens a que se refere o art. 622 e a sua não incorporação ao salário dos beneficiários, implicará a tributação exclusiva na fonte dos respectivos valores, à alíquota de trinta e cinco por cento.

gressiva; caso contrário, o montante das despesas será tributado à alíquota de 35%.

4. Conceito de beneficiário

Segundo o Parecer Normativo nº 11/92 do Coordenador-Geral do Departamento da Receita Federal, a definição dos beneficiários dos *fringe benefits* (administradores, diretores, gerentes e seus assessores) é a seguinte:

"8.1 Administradores – Pessoas que praticam, com habitualidade, atos privativos de gerência ou administração de negócios da empresa, e o fazem por delegação ou designação de assembleia, de diretoria ou de diretor.

São excluídos desta conceituação os empregados que trabalham com exclusividade, em caráter permanente, para uma empresa, subordinada hierárquica e juridicamente e, como meros prepostos ou procuradores, mediante outorga de instrumento de mandato, exercem essa função cumulativamente com a de seus cargos efetivos e percebem remuneração ou salário constante do respectivo contrato de trabalho, provado em carteira profissional.

8.2 Diretores – Denominação dada a toda pessoa que dirige ou administra um negócio ou soma determinada de serviços. Exercem a direção mais elevada de uma instituição ou associação civil, de uma companhia ou sociedade comercial, podendo ou não ser acionistas ou associados. Os diretores são, em

princípio, escolhidos por eleição em assembleias, nos períodos assinalados nos estatutos ou nos contratos sociais.

8.3 Sócio, Diretor ou Administrador – Empregado

Nos casos de sócio, diretor ou administrador que sejam, concomitantemente, empregados da empresa, os rendimentos auferidos, seja a título de remuneração como dirigente, seja como retribuição do trabalho assalariado, estão sujeitos, no seu total, aos limites e condições estabelecidos em lei.

9. Contudo, o art. 74 destina-se a um universo de pessoas mais abrangente do que os dirigentes definidos nos atos retromencionados, alcançando, também, as pessoas que prestam serviços de assessoria aos administradores, diretores e gerentes.

(...)

Assim, deve-se entender que assessor é a pessoa que tenha subordinação direta e imediata ao administrador, gerente ou diretor, e atividade funcional ligada à própria atividade da pessoa assessorada."

Desta feita, conclui-se que a definição dos beneficiários dos *fringe benefits* abrange tanto os gerentes e diretores estatutários, seus assessores, bem como os empregados que estejam com seus contratos de trabalho suspensos em decorrência de terem assumido função estatutária de diretor.⁷

§ 1º O rendimento será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.

§ 2º Considera-se vencido o imposto no dia do pagamento da referida importância."

7. Para os outros empregados a lei prevê que tais valores devam ser parte integrante do salário.

5. Dedutibilidade das despesas na pessoa jurídica

A dedutibilidade das despesas das pessoas jurídicas está relacionada, *a priori*, que estas estejam intrinsecamente relacionadas com a produção ou comercialização dos bens e serviços.

O RIR/99 explicita tal conceito desta forma:

“art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.”

Em suma, as despesas ditas normais da empresa são aquelas intimamente ligadas à atividade-fim da empresa e, desta forma, consideradas dedutíveis na apuração do Imposto de Renda (IRPJ) e da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSSL), o que diferencia-se dos *fringe benefits*, os quais não guardam ligação com a atividade da empresa, como pagamento de despesas de colégio de diretores, aluguel de imóveis residenciais, etc.

Entretanto, estes últimos – *fringe benefits* –, quando atendidos certos requisitos legais, conforme anteriormente exposto, passam também a ser dedutíveis na pessoa jurídica.

Harmonisation of the Tax Systems in Europe Judgements of the European Court of Justice

Gerhard Laule

Rechtsanwalt und Steuerberater,
Frankfurt/Main

Robert Weber

Rechtsanwalt, Frankfurt/Main

I. Introduction

The founding treaty of the European Economic Community (EC Treaty) has as its objective the creation of an economic unit within which the free movement of goods, persons, services and capital is facilitated¹. The establishment of this economic unit requires agreement on certain principles governing the inter-action of the tax systems of the member states and thereby a certain degree of harmonisation².

Such harmonisation of European tax law as has been successfully achieved so far by the legislature by means of directives, which require to be incorporated into domestic law by each member state, relates only to indirect taxation³. Harmonisation

of direct taxation by means of directives incorporated into national law is in its initial stages only. This may be due to the pre-conditions required for harmonisation, in particular, the European Council requirement of unanimity⁴, and the principle of subsidiarity which is particularly relevant to matters of direct taxation⁵. In addition, taxation is understood by each member state to be a characteristic of its sovereignty and protected as such. Taxation has an over-riding significance as the means of financing national budgets, and of determining economic policy. Taxation policy can also be an instrument of competition⁶. Recent studies show an increasing trend towards the use of taxation in competition

1. cf. Schmitt, IWB, Fach 11a, 363 ff.; Huschens, RIW 1999, 326 ff.

2. cf. Förster, in: Bleckmann, Europarecht, 6. Aufl., 717, 719; Voß, in: Dausen, Handbook of EU-WirtschaftsR, J Rn. 4.

3. This applies especially to Value Added Tax (VAT). Achievement of a common system of VAT (principle of transition from state of destination to state of origin) has, however, faded into the distant future (cf.: Dziadkowski, FS-Rädler, 1999, 137 ff.)

4. Cf. Art. 93, 94 EC

5. Cf. in detail: Lang, FS-Flick, 1997, 873, 876; Klein, DSJG 19, 7, 23.

6. Voß, in: Dausen, Handbook of EU-WirtschaftsR, J Rn. 3; Förster, in: Bleckmann, Europarecht, 6. Ed. 717, 719.

between member states in Europe⁷. This will become problematical when member states attract investors solely by lower rates of business and corporation taxation. Examples of the employment of such tax inducements are the „Coordination Centres“ in Belgium, the „Group Financing Companies“ in the Netherlands, the „Dublin International Financial Service Centre“ in Ireland, the „Centre for Financial and Insurance Services“ in Trieste, Italy, and the „Offshore Business Centre“ in Madeira, Portugal⁸. The member states rely on an agreed code of conduct which is politically - not legally - binding, to prevent „harmful“ competition through taxation regimes⁹. Harmonisation of direct taxation by means of directives is not to be anticipated in the foreseeable future.

The efforts of the European Court of Justice stand out in contrast to the lack of political will on the part of the member states to provide a European tax code and thereby a wide-ranging harmonisation of taxation by legislation. The judgements of the Court relevant to direct taxation in recent years make clear that it will provide the decisive impetus towards tax harmonisation. On the basis of the basic principle of non-discrimination contained

in the EC Treaty, namely in Art. 39 ff. (free movement of workers), Art. 43 ff. (freedom of establishment), in Art. 49 ff. (free movement of services) and in Art. 56 ff. (free movement of capital and payments)¹⁰, the Court has elaborated clear principles to which national taxation must adhere. In addition, the Court has, in its relevant judgements, advanced the existing degree of harmonisation in indirect taxation. The Court, therefore, drives forward the process of European tax harmonisation and has become a powerful force, perhaps the most important force, for its achievement.

This article will review the judgements of the European Court of Justice on taxation and the relevant principles developed therein. The judgements of the Court must, because of the differing degrees of harmonisation, be distinguished between those pertaining to direct and indirect taxation.

II. Indirect Taxation (Value Added Tax)

The EC Treaty, in Art. 93 EC, provides an independent legal basis for the harmonisation of indirect taxation¹¹. Value Added Tax (VAT) is the most significant

7. Voß, ZEuS 1999, 335 ff.; Runge, FS-Rädler, 1999, 559 ff.; Blumenberg/Lausterer, FS-Rädler, 1 ff.
8. Cf. in detail: Voß, ZEuS 1999, 335, 346 ff.; Blumenberg/Lausterer, FS-Rädler, 1, 4 ff.
9. Decision of the Council and the representatives of the member states of 1. Dezember 1997 on a Code of Conduct for Corporation Taxation (OJ 1998 Nr. C 2/2). Cf. Saß, FR 1999, 77 ff.; Runge, FS-Rädler, 1999, 559, 564 ff.
10. Other taxation provisions in the EC Treaty are: Art. 2 (The Object of the Community), Art. 3 (Activity of the Community), Art. 4 (Activity of the Community in the Economic and Monetary Union), Art. 5 (Principle of Subsidiarity), Art. 12 (Prohibition of Discrimination), Art. 23 ff. (Free Movement of Goods), Art. 25 ff. (Customs Union), Art. 28 ff. (Prohibition of Mass Limitation on the Movement of Goods between Member States), Art. 87 (Restriction on Aids; Exceptions), Art. 90 ff. (Taxation Provisions), Art. 293 (Negotiations on Equalisation of Citizenship), Art. 295 (Property), Art. 308 (Provisions for Unforeseen Cases).
11. Bleckmann, in: *ibid.*, *Europarecht*, 6. Ed., 87, 260; Klein/Wolffgang, in: *Lenz, EGV-Kommentar*, 2. Ed., Art. 93 Rn. 4; Voß, in: *Grabitz/Hilf, KommEU*, Art. 99 Rn. 9.

of such taxes as it generates most income¹². It is also the tax which is most harmonised among the member states. The most important legal provision in this respect is the 6th Value Added Tax (VAT) Directive¹³ which obliged the member states to harmonise their legal and administrative structures relating to this tax. The Court judgements are then of particular significance due to the importance of the 6th Directive in the national law of each member state¹⁴. The judgements extend to such areas as the essentials of „economic activity“, taxable turnover, place where the services are provided, basis of assessment, tax exemptions, input tax, issuing of invoices and travel services¹⁵. Out of the many judgements of the Court on the interpretation of the 6th Directive, only some of the most recent affecting „economic activity“ and basis of assessment will be presented here exemplifying the position of the Court.

1. ECJ 29.2.1997 (INZO)

In this case, *Intercommunale voor Zeewaterontzilting* - abbreviated to INZO¹⁶ the Court gave its view on the deduction of input tax made by the failing company. According to Art. 4 of the 6th Directive,

any person carrying on an economic activity is subject to tax. Such a person is then also entitled to deduct tax paid on inputs. The point at which income is generated is not necessarily the point at which the economic activity commences. The commencement may go back to preparatory work and tax pre-paid during that phase may be deductible. The question was whether preparatory work can be regarded as having the characteristics of an economic activity when the business turns out to be unsuccessful and does not later produce taxable turnover.

A good example for the point of view on the deduction of input tax in these cases is the jurisprudence of the Federal Fiscal Court of Germany (BFH). The BFH had, for the most part, disallowed the deduction of pre-paid input tax by the unsuccessful business. According to its decision, a business in the course of its foundation may, provisionally, claim refund of its input tax payments. If, however, no taxable turnover is later produced, the characteristics of an economic activity were absent from inception and the provisional tax assessment can be revised or corrected. The same applied if an existing business founded another busi-

12. Cf. Financial Report 2000 of the Federal Ministry of Finance, Table 12: Of 904.357 Mio. DM taxation income in 2000, 277.000 Mio. DM comes from Value Added Tax (VAT) including VAT on imports.
13. Sixth Directive 77/388/EEC of 17.05.1977 on the Harmonisation of the Laws of the Member States relating to Turnover Taxes (Value Added Taxes) - Common system of Value Added Tax: uniform basis of assessment (OJ 1977 Nr. L 145/1). In Germany this Directive was adopted into domestic law by the Amendment of the Value Added Tax and other Laws of 26.11.1979 (Federal Law Gazette I 1979, 1953).
14. Huschens, *EuZW* 1996, 261; Nowack, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 5. Ed., Art. 99 Rn. 105.
15. Cf. Huschens, *EuZW* 1999, 357, 361 ff.; *ibid.*, *EuZW* 1998, 357, 363 ff.; *ibid.*, *EuZW* 1997, 261, 263 ff.; Dziadkowski, FS-Rädler, 1999, 137, 149.
16. ECJ, Judgement of 29.2.1996, C-110/94, *EuZW* 1996, 241 ff.

ness with objects not materially related to the existing business. Deduction of pre-paid tax on inputs by the unsuccessful business would only be allowable, according to the decision of the BFH, if the business had taxable turnover from a similar business. In all other cases, the unsuccessful business was, because of the absence of taxable turnover, to be treated as an end user who must bear the tax¹⁷.

The ECJ in its decision in the INZO case in 1996 reached a different conclusion. INZO was a Belgian company having, according to its Articles of Association, the object of developing and exploiting processes for the treatment of sea water and brackish water and turning them into drinking water. For this purpose, INZO commissioned a profitability study, among other things. As, according to this study, the process would not be profitable, the company was dissolved. The ECJ accepted that INZO was engaged in an economic activity and, therefore, entitled to the refund of its pre-paid input tax. The decision of the Court was based, firstly, on the fact that Value Added Tax is neutral from the point of view of the tax burden on a business. Otherwise, unjustifiable tax discrimination could arise as between businesses which already have taxable turnover and those which incur expenditure (investment) in an endeavour to commence a business which will later produce taxable turnover. Secondly, the

Court based its decision on the need for legal certainty, so that a provisional acknowledgement of pre-paid input tax as deductible would not later be reversed. The Court allowed for such a correction only if the taxpayer acted with intent to defraud¹⁸. The ECJ, therefore, in the INZO case, placed the principles of the neutrality of Value Added Tax and legal certainty above the principle on which the decision of the BFH was based, namely, that Value Added Tax is paid ultimately by the end user¹⁹.

2. ECJ 5.5.1994 (Glawe)

A further good example of the influence of the decisions of the ECJ on national Value Added Tax law is the case of Glawe²⁰ in which the judgement of the ECJ is significant as to the base for tax assessment.

H. J. Glawe Spiel- und Unterhaltungsg er te Aufstellungsgesellschaft mbH & Co. KG. installs and operates gaming machines in bars. The operation of these machines is legally regulated. They must be adjusted so that at least 60% of the stakes are returned to the players as winnings. For this purpose the machines are equipped with reserve compartments and cash boxes. The reserve compartments are for the purpose of pay-outs. When a player puts in a coin it falls firstly into the reserve compartment if the latter is, due to a recent payout, not completely full. Only when the reserve compartment is completely full does

the coin fall into the cash box from where it can be taken by the operator of the machine²¹.

The tax authorities took all stakes inserted in the gaming machines during the year, net of Value Added Tax, as the basis for assessment of Value Added Tax, within the meaning of the German statute implementing Art. 11 of the 6th Directive²². The ECJ in its judgement in 1994 reached a different conclusion. It distinguished between the amounts which remained in the reserve compartments and the amounts which passed into the cash boxes, and thereby as profit into the hands of the operator. According to this decision of the ECJ, only the amounts passing into the cash boxes, net of Value Added Tax, make up the base on which Value Added Tax is due. The net profit from the gaming machines is, therefore, according to the ECJ, the basis for assessment of Value Added Tax²³.

3. ECJ 14.7.1998 (First National Bank of Chicago)

The Court, in the First National Bank of Chicago case, confirmed its judgement in the Glawe case²⁴. The question in the First National Bank of Chicago case concerned, inter alia, the assessment basis

for foreign exchange transactions in respect of which the bank charged no fees or commission. The profit for the bank depended rather on the difference between the rate at which it bought and that at which it sold foreign currency. Each trader conducted his own dealings book, and was expected, over a certain time span, to show a profit. This profit represented the overall result of his dealings in the given period²⁵.

The ECJ in 1998 decided that the basis of assessment would be, not the entire amount of the bank's foreign currency dealings, net of Value Added Tax, but the disposable profit made out of foreign exchange dealings, over a specific period, consisting of the spread between buying and selling rates, net of Value Added Tax. The sum of this spread forms the profit. The assessment basis is, therefore, as in the Glawe case, the net profit achieved²⁶.

4. Conclusion

The above selected cases illustrate the extent to which the ECJ has penetrated, even into minute detail, the national Value Added Tax provisions. This is also confirmed by current decisions and procedures of the ECJ²⁷. As far as German Value Added Tax law is concerned, some questions which

17. Cf. BFH, Judgement of 6.5.1993, BStBl. II 1993, 564; BFH, Judgement of 16.12.1993, BStBl. II 1994, 278; BFH, Judgement of 15.9.1994, BStBl. II 1995, 88.

18. ECJ, Judgement of 29.2.1996, C-110/94, EuZW 1996, 241, 242 f.

19. Cf.: Pfl ger, UR 1996, 180 ff.; Huschens, EuZW 1997, 261, 263 f.

20. ECJ, Judgement of 5.5.1994, C-38/93, EuGHE 1994, I-1692

21. ECJ Judgement of 5.5.1996, C-38/93, EuGHE 1994, I-1692, 1694

22. ECJ Judgement of 5.5.1996, C-38/93, EuGHE 1994, I-1692, 1695

23. ECJ Judgement of 5.5.1996, C-38/93, EuGHE 1994, I-1692, 1695 ff. Cf. also Felix, EWS 1994, 204; *ibid.*, BB 1994, 1198 f.; Dziadkowski, UVR, 1994, 226 ff.; *ibid.*, ISiR 1994, 324 ff.; Lausterer, UR 1994, 183 f.; Huschens, EuZW 1999, 357, 361.

24. ECJ, Judgement of 14.7.1998, C-172/96, ISiR 1998, 471 ff.

25. ECJ, Judgement of 14.7.1998, C-172/96, ISiR 1998, 471, 472.

26. Cf. ECJ, Judgement of 14.7.1998, C-172/96, ISiR 1998, 471, 472 ff.; Geurts, ISiR 1998, 474 f.; Huschens, EuZW 1999, 357, 361 f.

27. Cf. Schmitt, IWB, Fach 11a, 363 ff.; Huschens, RIW 1999, 326 ff.

arise are, for example, whether EU law requires - in contrast to the terms of § 14 ss. 3 of the German Value Added Tax Code (UStG) - that an amended invoice be taken into account already in the tax assessment procedure rather than in a separate tax remission procedure, or whether amendment of an invoice is conditional on evidence of good faith²⁸. The ECJ has decided, regarding Austrian Value Added Tax law, that the 6th Directive does not prohibit various contributions to tourism organisations and to a tourism development fund²⁹. Other questions concerning Value Added Tax dealt with by the Court in recent cases include the import of a ship from the Dutch Antilles to a member state³⁰, the exclusion, by national legislation which predates the 6th Directive, of the entitlement to claim refund of pre-paid input tax on the acquisition of a motor vehicle³¹, tax exemption on the acquisition of building land³², tax exemption of certain socially beneficial activities³³ or tax exemption in respect of the import and the acquisition within the community of certain weapons³⁴.

In general, interpretation of national Value Added Tax law has, since the coming into force of the 6th Directive, in practice passed to the ECJ³⁵. The advanced state of harmonisation in Value Added Tax, brought about by the 6th Directive, has positioned the ECJ more and more as the court of final appeal in European taxation matters³⁶.

III. Direct Taxation

In contrast to its provisions on indirect taxation, the EC Treaty provides no special legal basis for the harmonisation of direct taxes. Harmonisation of direct taxes, in particular, income and corporation tax, is, under the EC Treaty, as amended, based on the general legal harmonisation provisions of Arts. 94 and 95 ss. 2 EC, and has not progressed significantly³⁷. So far, this process is limited to the adoption into national laws of a number of directives and multi-lateral treaties having the aim of facilitating cross border trade. Examples are the Cross-border Parent and Subsidiary Directive³⁸, the Directive on Transactions

28. BFH Decision of 15.10.1998, V R 38/97, V R 61/97, UVR 1999, 67, 70 f.

29. ECJ, Judgement of 8.6.1999, C-338/97, C-344/97 und C-390/97, UR 1999, 328.

30. ECJ, Judgement of 28.1.1999, C-181/97, UR 1999, 452.

31. ECJ, Judgement of 5.10.1999, C-305/97, ISiR 1999, 630.

32. ECJ, Judgement of 29.4.1999, C-136/97, UR 1999, 326.

33. ECJ, Judgement of 7.9.1999, C-216/97, ISiR 1999, 599.

34. ECJ, Judgement of 16.9.1999, C-414/97.

35. Nowack, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Ed., Art. 99 Rn. 105.

36. Nowack, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Ed., Art. 99 Rn. 105. Cf. Birkenfeld, *StuW* 1998, 55, 73.

37. Voß, in: Dausen, *Handbook of EU-WirtschaftsR*, J Rn. 48; Tipke/Lang; *Steuerrecht*, 16. Ed., 38 f.

38. Council Directive 90/435/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries in different Member States (OJ 1990 Nr. L 225/6).

associated with Cross-border Mergers³⁹, and the Transfer Pricing Arbitration Convention⁴⁰ of 1990. Many attempts have been made to advance this process further, but without concrete results. The most recent example of the absence of political will in this regard is the failure of the attempted common taxation of interest⁴¹.

The importance of the efforts of the ECJ towards harmonisation of direct taxation grows as the likelihood of achieving such harmonisation through directives adopted into national law diminishes. The Court, in a number of cases, has taken positions on the conformity or non-conformity of national income and corporation tax laws with the basic freedoms contained in the EC Treaty.

1. ECJ 28.1.1986 (Avoir Fiscal)

In its first judgement on direct taxation, in the so-called Avoir Fiscal case of 28.1.1986⁴², the ECJ set down basic principles on freedom of establishment and free movement. Insurance companies, having their registered offices in France, received a tax credit on dividends paid to them from French shares - the so-called „avoir fiscal“. French subsidiaries of foreign companies

were also treated as resident in France, and likewise benefited from this tax credit. In contrast, permanent establishments (branches, or agencies) of companies whose registered offices were not in France, were not treated in this way. Due to the fact that such establishments did not qualify as „resident in France“ they received no tax credits of the kind mentioned. In all other respects the permanent establishments in France were taxed in the same manner as companies resident there⁴³.

The ECJ found a breach of the right of freedom of establishment. Firstly, freedom of establishment includes the freedom to choose the commercial form of the establishment in another member state whether as a branch or subsidiary company. The Court further found that freedom of establishment prohibits not only overt discrimination on the basis of the nationality of a natural person or the location of the registered office of a legal person, but also such discrimination which would typically affect foreign natural or legal persons. Distinctions made in tax law on the basis of „residence“ or „non-residence“ were found by the Court to possibly conceal a form of covert discrimination⁴⁴. Such a distinction

39. Council Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different member states (OJ 1990 Nr. L 225/1).

40. Convention 90/436/EWG on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of transfer of profits between associated undertakings (OJ 1990 Nr. L 225/10).

41. Cf.: unattributed, *EU-Zinsbesteuerung kommt nicht voran*, *Handelsblatt* 12.09.1999; unattributed, *Neuer Rettungsversuch für europäische Zinssteuer*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)* 9.12.1999, 17; unattributed, *EU-Zinsbesteuerung vorerst gescheitert*, *FAZ* 11.12.1999, 13 f. For background cf.: Saß, *StuW* 1999, 164 f.

42. ECJ, Judgement of 28.1.1986, 270/83, *EuGHE* 1986, 273

43. ECJ, Judgement of 28.1.1986, 270/83, *EuGHE* 1986, 273, 299 f.

44. ECJ, Judgement of 28.1.1986, 270/83, *EuGHE* 1986, 273, 302 ff.; cf. also Advocate General Mancini in: *EuGHE* 1986, 275, 276 and Thömmes, *DStJG* 19 (1996), 79, 83.

constitutes discrimination if the non-resident taxpayer is subject to more tax than a resident taxpayer when their circumstances are otherwise comparable. In the present case, the Court found that such discrimination existed, and developed the principle of acknowledgement in response. The fact that branches and agencies in France of companies whose registered offices were abroad were treated for tax purposes in the same manner as resident companies in all respects - other than in relation to the tax credit - implied that France had acknowledged that no objective distinction existed between them and that their circumstances were comparable⁴⁵.

Discrimination in this manner was not regarded by the Court as justified. The Court rejected the arguments of the French government that, inter alia, the non-resident had possible advantages over the resident, the absence of harmonisation of tax laws, the absence of corresponding provision for foreign companies in other member states, the absence of Tax Treaty provisions and double liability⁴⁶.

2. ECJ 27.9.1988 (Daily Mail)

The Daily Mail case produced a further important decision of the Court on 27.9.1988⁴⁷. The facts in the case were: A

British company - Daily Mail and General Trust plc. - proposed to transfer its central management and control to the Netherlands, solely for tax reasons. Immediately after this transfer the company wished to sell some of its holding of share investments without incurring British tax on these hidden reserves. The transfer of its central management required the consent of the British Treasury, which was refused⁴⁸.

The ECJ stated that while freedom of establishment presupposes, in the first place, the absence of discrimination by the new host state, it may also be invoked against restrictions by the home state. Nevertheless, the ECJ did not find the refusal of consent by the British Treasury to be in breach of the right to freedom of establishment. Because of the, so far, incomplete harmonisation of national corporation tax laws within the EC, the Court regarded the problem of the transfer of registered office as one which is unresolved. So long as this is the case, national restrictions on the right of transfer do not breach the right to freedom of establishment⁴⁹.

3. ECJ 8.5.1990 (Biehl)

The Court in its judgement of 8.5.1990⁵⁰ in the Biehl case discussed free movement of workers. The German na-

tional Biehl had lived and worked for some years in Luxembourg. In the year involved in the dispute, he moved to Germany to reside and work. His claim for a refund of income tax overdeducted in Luxembourg was refused in accordance with Luxembourg's tax laws, according to which residence in Luxembourg for the entire year in respect of which a refund is claimed is required, and not merely for part of the year⁵¹.

The Court found that this was in breach of the right to free movement of workers, and stated that, according to its previous decisions, free movement of workers implied not merely the absence of overt discrimination on the basis of nationality, but also of all covert forms of discrimination which would have similar consequences. The Court found that the requirement of residence in Luxembourg as a pre-condition for the refund of tax excessively deducted there, may constitute such covert discrimination. Often nationals of another member state do not fulfil this residence requirement and, therefore, do not receive refunds of overdeducted tax. The Court found that short-term residents are at a disadvantage compared to long-term residents in otherwise comparable circumstances - at least in some situations - and that this constituted covert discrimination⁵².

4. ECJ 28.1.1992 (Bachmann)

The Bachmann judgement of 28.1.1992 is also important⁵³. This case concerned the right to deduct insurance premiums from taxable income. Bachmann was a German national working in Belgium who, during his period in Belgium, paid insurance premiums to a German insurer. The Belgian tax authorities refused to accept these payments as legitimate deductions from his taxable income. Under Belgian law only such payments made in Belgium were deductible⁵⁴.

The ECJ examined this matter under the aspect of freedom of movement. It firstly confirmed its previous decisions on covert discrimination, and concluded that covert discrimination also existed in this case. The provisions of Belgian tax law according to which only insurance premiums paid in Belgium were tax deductible placed mainly nationals of other member states at a disadvantage. Nationals of other member states would usually have arranged their insurances in their home state with the consequence that their premiums would not be tax deductible under Belgian tax law⁵⁵.

The Court, however, considered this discrimination to be justified. Although it rejected the argument that the absence of harmonisation of tax law justified this discrimination, it accepted its justification under the so-called coherence of the rel-

45. ECJ, Judgement of 28.1.1986, 270/83, EuGHE 1986, 273, 303 ff. cf. also Jacobs, *Internationale Unternehmensbesteuerung*, 4. Ed., 180.

46. ECJ, Judgement of 28.1.1986, 270/83, EuGHE 1986, 273, 303 ff.

47. ECJ, Judgement of 27.9.1988, 81/87, EuGHE 1988, 5483.

48. ECJ, Judgement of 27.9.1988, 81/87, EuGHE 1988, 5483, 5484 ff., 5506 ff.

49. ECJ, Judgement of 27.9.1988, 81/87, EuGHE 1988, 5483, 5510 ff.; cf. also Eilers, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, *Kommentar zum EU-/EC-Vertrag*, 5. Ed., Vorbem. Art. 95 - 99 Rn. 132; Jacobs, *Internationale Unternehmensbesteuerung*, 4. Ed., 180 f.

50. ECJ, Judgement of 8.5.1990, C-175/88, EuGHE 1990, I-1779.

51. ECJ, Judgement of 8.5.1990, C-175/88, EuGHE 1990, I-1779, 1790 f.

52. ECJ, Judgement of 8.5.1990, C-175/88, EuGHE 1990, I-1779, 1792 ff.

53. ECJ, Judgement of 28.1.1992, C-204/90, EuGHE 1992, I-249.

54. ECJ, Judgement of 28.1.1992, C-204/90, EuGHE 1992, I-249, 277 f.

55. ECJ, Judgement of 28.1.1992, C-204/90, EuGHE 1992, I-249, 279.

evant Belgian provision. The deduction of insurance premiums from taxable income is permitted in the context of the later taxation of the insurance benefits in Belgium. If the insurance premiums are tax deductible, the future benefits of the insurance are taxable. If the premiums are not tax deductible, the future benefits are tax free. According to the Court, in the present state of tax laws within the EC, Belgium, if it granted the deduction of insurance premiums paid to a foreign insurer from taxable income is not guaranteed tax on the future benefits of the insurance. It is in the very case of foreign insurers and nationals of another member state that the future insurance benefits could not be taxed because such nationals normally return to their home state when their working life ends⁵⁶. In its later judgements the Court did not return to this coherence principle as a justification for discrimination.

5. ECJ 26.1.1993 (Werner)

The Bachmann judgement was followed in approximately one year by the judgement in the Werner case⁵⁷. The essential question in this case was whether a member state can discriminate against its own nationals. As a German national resident in the Netherlands but working as a

self-employed dentist in Germany, Werner was subject to limited domestic taxation on his German income. A person who has neither his residence or usual place of abode in Germany, i.e. is non-resident, is subject to this limited taxation regime. Under German tax law, Werner, as a non-resident subject to limited taxation, was denied the benefit of the „splitting tariff“ (applicable to spouses) and thereby incurred a considerably higher tax liability⁵⁸.

The ECJ rejected the complaint. The right to freedom of establishment facilitates the establishment and exercise of self-employed professional activity in another member state. The unequal tax treatment in this case was not, however, due to the establishment or exercise of such an activity in another member state. Werner continued to work in Germany. It was only his residence in another state which resulted in the unequal tax treatment. The right to freedom of establishment was not thereby infringed⁵⁹. This decision of the ECJ was widely regarded as a retrograde step in its jurisprudence and has been criticised as such⁶⁰. Today the decision would probably be otherwise as in the meantime change of residence for purely private reasons is protected by Art. 18 EC⁶¹.

56. ECJ, Judgement of 28.1.1992, C-204/90, EuGHE 1992, I-249, 279 ff.

57. ECJ, Judgement of 26.1.1993, C-112/91, EuGHE 1993, I 429.

58. ECJ, Judgement of 26.1.1993, C-112/91, EuGHE 1993, I 429, 465 ff.; cf. also Advocate General Darmon in: EuGHE 1993, I-454 ff.

59. ECJ, Judgement of 26.1.1993, C-112/91, EuGHE 1993, I 429, 469 f.

60. For evidence, cf: Eilers, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EC-Vertrag, 5. Ed., Vorbem. Art. 95-109 Rn. 140.

61. Cf. Herzig/Dautzenberger, DB 1997, 8, 10 f. The relatively higher taxation of German nationals under e.g. the German trade tax and/or the discussed reintroduction of asset tax is not, therefore, contestable before the ECJ because the EC Treaty contains no prohibition on such national taxes.

6. ECJ 13.7.1993 (Commerzbank)

In this judgement of 13.7.1993⁶² the Court once again confirmed its previous decisions. The facts of the case were: The Commerzbank had established a branch office in London which received a tax refund. The tax authorities refused, however, to pay the usual „repayment supplement“ applicable to this refund and invoked Section 825 of the Income and Corporation Taxes Act 1988 according to which only companies resident in the United Kingdom could receive such „repayment supplement“⁶³.

The ECJ found that this provision was in breach of the right to freedom of establishment. Consistent with its prior judgements, the Court stated, firstly, that freedom of establishment included the freedom to choose the form of establishment, including as a branch. The Court, secondly, invoked its principle of covert discrimination, and found that such discrimination was present. The provision in the United Kingdom's tax legislation under which a „repayment supplement“ on tax refunds would be due only to companies which were resident for tax purposes prejudiced, in particular, companies resident in other member states⁶⁴.

62. ECJ, Judgement of 13.7.1993, C-330/91, EuGHE 1993, I-4017.

63. ECJ, Judgement of 13.7.1993, C-330/91, EuGHE 1993, I-4017, 4018 ff., 4040 f.

64. ECJ, Judgement of 13.7.1993, C-330/91, EuGHE 1993, I-4017, 4043.

65. ECJ, Judgement of 13.7.1993, C-330/91, EuGHE 1993, I-4017, 4044.

66. ECJ, Judgement of 14.2.1995, C-279/93, EuGHE 1995, I-225.

67. ECJ, Judgement of 14.2.1995, C-279/93, EuGHE 1995, I-225, 252 ff.

The ECJ saw no justification for this discrimination. Following its line in previous judgements, the Court rejected the argument of the United Kingdom government that other tax advantages were available only to non-resident companies. In particular, the Court did not accept as significant the fact that the Commerzbank received the tax refund only because of the very fact that it was non-resident⁶⁵.

7. EuGH 14.2.1995 (Schumacker)

The Schumacker judgement of the Court on 14.2.1995 is also an important one⁶⁶. The Belgian national Schumacker was employed in Germany. He had, however, no permanent residence or usual place of abode in Germany i.e. he was a non-resident. His place of residence and usual abode was in his home state, Belgium. According to German income tax law, Schumacker was subject to limited taxation, and as such was denied the opportunity of availing of the „splitting tariff“ (applicable to spouses). On the other hand, neither Schumacker or his wife had income in Belgium in the period concerned in the case, and so, while subject to unlimited taxation in Belgium they were also denied the benefit of the „splitting tariff“ and other personal tax allowances⁶⁷ there.

The ECJ found this situation to be in breach of the right of freedom of movement. Following the line of its previous judgements, the Court held that a distinction in tax law on the basis of residence and non-residence could constitute covert discrimination. National legal provisions which differentiated between residents and non-residents by denying non-residents some tax concession which was available to residents could affect, in particular, nationals of another member state. The ECJ found that covert discrimination was present in that it viewed, exceptionally in this case, the circumstances of a resident and a non-resident in this case as comparable. The Court, however, stated that, in principle, residents and non-residents are not in comparable circumstances, and that, therefore, distinction made in tax law between them resulting in some tax advantage being denied to a non-resident, is not generally discriminatory. In principle, it is for the state in which a taxpayer resides to take the taxpayer's personal circumstances into account. An exception to this principle is to be made, according to the Court, when a non-resident taxpayer derives most of his income within the state of employment and is responsible for practically all of the family income. In such a case, the state in which the taxpayer works is the only one which can confer tax advantages and, therefore,

similarity exists between the situation of resident and non-resident. In addition to the material discrimination of the denial of the „splitting tariff“ and of other personal and family tax allowances, the ECJ found that the denial of the facility of the annual income tax balancing adjustment to be a formal discrimination⁶⁸.

The latter was adjudged by the Court not to be justified. The Court rejected, by reference to the Mutual Assistance Directive⁶⁹, the argument of the German tax authorities that it was hindered by administrative considerations from assessing the income of a non-resident in his state of residence and thereby from ascertaining whether the non-resident derived most of his income in Germany⁷⁰.

8. ECJ 11.8.1995 (Wielockx)

The Wielockx case produced a landmark judgement of the Court on 11.8.1995⁷¹. The Belgian national Wielockx worked in the Netherlands in a self-employed capacity and derived all his income there. According to the law in the Netherlands, self-employed persons may build up pension reserves for their retirement, and the contributions to this pension reserve fund may be deducted from their taxable income. The law, however, provides this facility only to residents. Wielockx resided

68. ECJ, Judgement of 14.2.1995, C-279/93, EuGHE 1995, I-225, 257 ff.

69. Directive of the Council 77/799/EEC Concerning Mutual Assistance by the Competent Authorities of the member states in the field of direct taxation (OJ 1977 Nr. L 336/15).

70. ECJ, Judgement of 14.2.1995, C-279/93, EuGHE 1995, I-225, 262 f.; cf. also Futura-Singer, ECJ, Judgement of 15.5.1997, C-250/95, EuGHE 1997, I-2471.

71. ECJ, Judgement of 11.8.1995, C-80/94, EuGHE 1995, I-2491.

in Belgium and was, therefore, unable to avail of this facility⁷².

The ECJ found a breach of the right to freedom of establishment. The Court repeated that a distinction in tax law on the basis of residence and non-residence could conceal discrimination and found that such covert discrimination existed in this case. Consistent with its previous judgements, the Court stated that while the circumstances of resident and non-resident are not, in principle, comparable, an exception occurred when the non-resident derived all or almost all of his income in the state in which he works, as in the present case⁷³.

In contrast to previous judgements, the Court in this case did not accept that this discrimination was justified by the principle of coherence. To that extent it rejected the argument of the government of the Netherlands that the tax exemption of contributions to the pension reserve fund should be seen in the context of their future liability to tax. The tax law assumed that the pension reserve would be liquidated when the taxpayer reached the age of 65 and then subject to tax. Under the Tax Treaty between Belgium and the Netherlands, no tax would accrue to the Netherlands on periodic pension payments drawn out of the pension reserves in this case. According to the Tax Treaty, tax on retirement pensions accrued to the state of residence, in this case, Belgium, and not to the

Netherlands. The ECJ stated that a state could base the coherence of its tax system on the principle of the correlation between the tax exemption of the contributions and the taxation of the future benefits. The state could also ignore this principle. This is what the Netherlands had done by agreeing in the Tax Treaty that pensions would be liable to tax in the state of residence. The Netherlands thereby had waived tax on the contributions made in the Netherlands to pension reserves by non-residents. In return, the Netherlands collected tax on pensions received by residents within its jurisdiction irrespective of the state in which the contributions to such pensions were paid. The coherence of the tax system is thereby, in the opinion of the Court, maintained at the level of the Tax Treaty. While the Court did not, in this judgement, expressly reject the principle of coherence as a justification, it is likely that the significance of this principle will thereby be greatly reduced for the future⁷⁴.

9. ECJ 27.6.1996 (Asscher)

The Asscher judgement of 1996⁷⁵ shows continuous development of the Court's position. Asscher was a director of both a Belgian and a Netherlands company. He was a Netherlands national, resident in Belgium, non-resident in the Netherlands. According to Netherlands law, a taxpayer who was non-resident and who derived less than 90% of his world-wide income from

72. ECJ, Judgement of 11.8.1995, C-80/94, EuGHE 1995, I-2491, 2510 ff.; cf. also Advocate General Léger in: EuGHE 1995, I-2495

73. ECJ, Judgement of 11.8.1995, C-80/94, EuGHE 1995, I-2491, 2514 ff.

74. ECJ, Judgement of 11.8.1995, C-80/94, EuGHE 1995, I-2491, 2516 f.; cf. also Advocate General Léger in: EuGHE 1995, I-2495, 2504 f.

75. ECJ, Judgement of 27.6.1996, C-107/94, EuGHE 1996, I-3089.

within the Netherlands was subject to a higher initial rate of tax⁷⁶.

The ECJ found a breach of the right to freedom of establishment. Once again, the Court stated that distinctions made between residents and non-residents can be a form of covert discrimination if, though their circumstances are comparable, one incurs increased tax liability. The Court also repeated that, in principle, residents and non-residents are not in a comparable situation with regard to direct taxation. The Court stated that an exception to this principle arose, however, in the case of tax benefits which followed from a taxpayer's personal circumstances and when the taxpayer derived almost his entire world-wide income from the state of employment. The Court decided that in the case of different tax rates and other differences in taxation treatment, the circumstances of resident and non-resident were, however, comparable, and, therefore, covert discrimination was involved, even though Asscher, as a non-resident, did not derive his entire or almost his entire income in the Netherlands⁷⁷.

This discrimination was deemed by the Court not to be justified. The Court did not accept as justification the argument that non-residents were not subject to Netherlands social insurance contributions⁷⁸.

10. ECJ 15.5.1997 (Futura-Singer)

Direct taxation was also the subject of the judgement of the ECJ in the Futura-Singer case⁷⁹. The French company Futura SA was operating in Luxembourg through its branch Singer, i.e. it had a permanent establishment there. The income derived by this permanent establishment in Luxembourg was taxable there. Losses from previous years could be set off against total income subject to two conditions. Firstly, that the losses related economically to income derived in Luxembourg, and secondly, that books of account be maintained according to Luxembourg legal requirements and that such account books be retained in Luxembourg⁸⁰.

The ECJ found that the first condition was not a breach of the right to freedom of establishment. No overt or covert discrimination could be implied in the requirement that losses which could be set-off should be economically related to income derived in Luxembourg. The Court, however, found that the second condition was such a breach. The requirement to maintain books of account according to Luxembourg law was, according to the Court, a restriction of the freedom of establishment because, in the case of cross border businesses, separate books of ac-

76. ECJ, Judgement of 27.6.1996, C-107/94, EuGHE 1996, I-3089, 3115 ff.

77. ECJ, Judgement of 27.6.1996, C-107/94, EuGHE 1996, I-3089, 3122 ff.; cf. also Jacobs, *Internationale Unternehmensbesteuerung*, 4. Ed., 186 ff.

78. ECJ, Judgement of 27.6.1996, C-107/94, EuGHE 1996, I-3089, 3127 ff.

79. ECJ, Judgement of 15.5.1997, C-250/95, EuGHE 1997, I-2471.

80. ECJ, Judgement of 15.5.1997, C-250/95, EuGHE 1997, I-2471, 2494 ff.

count would have to be maintained and the books of account retained in Luxembourg⁸¹.

The Court dealt extensively with the question of whether this discrimination could be justified on compelling grounds of the public interest, and decided that in the present state of the harmonisation of community law, in particular, the lack of harmonisation of the law relating to the ascertainment of profits, the investigation and levying of tax due, including the investigation of the losses to be set off, could only take place under Luxembourg tax law and in the context of the proper maintenance of account books. The Court, however, did not accept that it was necessary that the books of account be retained in Luxembourg. In this regard the Court referred to the Mutual Assistance Directive⁸² and did not accept that the requirements were justified⁸³.

11. ECJ 12.5.1998 (Gilly)

The jurisprudence of the ECJ achieved a new dimension in the judgement of 12.5.1998 in the Gilly case⁸⁴. In this case, for the first time Tax Treaties between states were contested before the ECJ. The facts of the case were: Mr. and Mrs. Gilly resided in France near the German border. Mr. Gilly was a French national and a teacher in the public school system in France. Mrs. Gilly

was a German national and had also acquired French citizenship by marriage. She was a teacher in a state school in Germany. Under the provisions of the Tax Treaty between France and Germany, Mrs. Gilly's income from public service employment was subject to German income tax. Likewise, under the Tax Treaty, the same income was subject to French income tax. This liability to double taxation was intended to be rectified by a set-off system. The amount, however, which could be set-off against French tax under this system was not the full amount of the tax actually paid in Germany, but the amount which would have been due on the same income under French law. The result was that Mr. and Mrs. Gilly together bore a higher tax liability than would have been the case if both were exclusively employed and taxed in France⁸⁵.

The ECJ stated, firstly, that Art. 220 EC Treaty (now Art 293 EC), second indent, according to which the member states, as far as necessary, should conduct negotiations with a view to the removal of double taxation within the community, did not have direct effect and could not be invoked by individuals⁸⁶. The Court then stated that cases such as the instant case fell under the freedom of movement provisions of the EC Treaty and expressed its readiness to adjudicate on the validity of

81. ECJ, Judgement of 15.5.1997, C-250/95, EuGHE 1997, I-2471, 2498 ff.

82. Directive of the Council 77/799/EWG concerning Mutual Assistance by the competent authorities of the member states in the field of direct taxation (OJ 1977 Nr. L 336/15).

83. ECJ, Judgement of 15.5.1997, C-250/95, EuGHE 1997, I-2471, 2500 ff.

84. ECJ, Judgement of 12.5.1998, C-336/96, EuGHE 1998, I-2793. also: Rainer, *ISIR* 1998, 340 f.; Lehner, *ISIR* 1998, 341 f.; Lang, *Festschrift-Rädler*, 1999, 429, 435 f.

85. ECJ, Judgement of 12.5.1998, C-336/96, EuGHE 1998, I-2793, 2825 ff.

86. ECJ, Judgement of 12.5.1998, C-336/96, EuGHE 1998, I-2793, 2831.

Tax Treaties from that point of view. However, in the present case the Court found that the Tax Treaty did not offend against freedom of movement. Under the Tax Treaty, the tax situation of Mrs. Gilly was the result of a complicated distinction: the Tax Treaty distinguishes firstly, between employees in the private sector and those in the public service, like Mrs. Gilly. Public service employees were then further distinguished between those who had either German or French citizenship, and those who, like Mrs. Gilly, had both nationalities. A further distinction was made on the basis of the length of the employment. The view of the Court was that such distinctions are not to be considered as inadmissible discrimination. Such distinctions arose because due to the inadequate harmonisation of laws within the community, the contracting states are entitled to settle between them the criteria for the exercise of their tax sovereignty⁸⁷. This result is surprising because tax inequality is based on the distinction made in the Tax Treaty on the basis of nationality.

12. ECJ 16.7.1998 (ICI)

A further important decision of the ECJ is given in the judgement of 16.7.1998 in the ICI case⁸⁸. Imperial Chemical Industries - abbreviated to ICI - had its registered office in the United Kingdom. Together with another company, ICI formed

a consortium which owned 23 subsidiaries. ICI wished to set off losses in a United Kingdom company which was one of these subsidiaries against its taxable profits. The United Kingdom Inland Revenue disallowed this because the majority of the subsidiaries were resident not in the United Kingdom but some in other community member states and most in third countries⁸⁹.

The ECJ found a breach of the right to freedom of establishment. Referring to its previous decision in the Daily Mail case, the Court stated that freedom of establishment implied not only equal treatment by the host member state but prohibits also the member state of origin from hindering the use of the right to establish subsidiaries in another member state, as in the present case. The fact that set off of losses is permitted only to companies which have their subsidiaries or the majority of them in the United Kingdom was found by the Court to be inadmissible discrimination⁹⁰.

The Court also found that this discrimination was not justified. It rejected the argument of the British government that as well as the likelihood of tax avoidance, the coherence of its tax system was endangered. The British government claimed that the tax reductions achieved by the set off of the losses in the resident subsidiaries was in a context which included the tax revenues from profitable resident subsidiaries.

If the set off of losses in non-resident subsidiaries were allowed, the tax loss could not be made up from the taxation of profitable non-resident subsidiaries. The ECJ stated that the principle of coherence could be applied only when a direct connection existed between tax reduction and tax revenue⁹¹ and, in this case, found that no such direct connection existed. This decision of the Court is consistent with its previous judgements in which the application of the principle of coherence has been progressively restricted.

13. ECJ 9.3.1999 (Centros)

The facts of the Centros case, the judgement in which was given on 9.3.1999⁹², are: two Danish nationals and residents of Denmark formed the company Centros Ltd. in the United Kingdom. In fact, this was a „post-box“, „name plate“, company, which did not trade in the United Kingdom, and it was never intended that it should do so. The purpose of the forming of Centros Ltd. was to circumvent onerous Danish laws on company formation, in particular, the requirement of having a minimum paid-up capital. Centros Ltd. was intended to conduct its entire trading as a branch in Denmark, where registration of the branch was refused on the basis of the alleged abuse of the right to freedom of establishment⁹³.

The ECJ found the refusal of the Danish authorities to be a breach of the right to freedom of establishment. Referring to its previous judgements, the Court stated that freedom of establishment included the choice of form of business entity and, therefore, included the establishment of a branch. A national of a member state who forms a company in another member state where company law is less onerous, and then establishes a branch in another member state, is not guilty of abuse of the right to freedom of establishment. The Court rejected the argument of the Danish authorities that the refusal to register the branch was a precaution against the danger of fraudulent insolvency. The Court expressed the opinion that the refusal of registration exceeded the measures which would be justified to prevent this danger⁹⁴.

The Centros judgement caused much discussion in the legal literature⁹⁵, in particular, in Germany. Hitherto, according to German legal theory, the place of central management determined the legal form of a company. German legal theory of establishment did not accept that companies formed under a foreign law and which then transferred their place of central management to Germany became capable of legal acts - acquired legal capacity - in Germany. Such companies could not, therefore,

87. ECJ, Judgement of 12.5.1998, C-336/96, EuGHE 1998, I-2793, 2826 ff., 2832 ff.

88. ECJ, Judgement of 16.7.1998, C-264/96, EuZW 1999, 20. Cf. also Saß, BB 1999, 447; *ibid.*, StuW 1999, 164, 168; *ibid.*, EWS 1998, 347; Montag, NJW 2000, 32, 35 f.; Hahn, IStR 1999, 609 ff.; Hahn, Die Vereinbarkeit von Normen des deutschen internationalen Steuerrechts mit EC-Recht, 1999, 147 ff.; Weiß, EuZW 1999, 493, 495 f.

89. ECJ, Judgement of 16.7.1998, C-264/96, EuZW 1999, 20, 21 f.

90. ECJ, Judgement of 16.7.1998, C-264/96, EuZW 1999, 20, 22.

91. ECJ, Judgement of 16.7.1998, C-264/96, EuZW 1999, 20, 23.

92. ECJ, Judgement of 9.3.1999, C-212/97, IStR 1999, 253

93. ECJ, Judgement of 9.3.1999, C-212/97, IStR 1999, 253 f.

94. ECJ, Judgement of 9.3.1999, C-212/97, IStR 1999, 253, 254 ff.

95. Cf. e.g. Steindorff, JZ 1999, 1140 ff.; Leible, NZG 1999, 300 ff.; Roth, ZIP 1999, 861 ff.; Dautzenberg, StUB 1999, 541 ff., Meilicke, DB 1999, 627 f.; Sedemund/Hausmann, BB 1999, 810 f.; Werlauff, ZIP 1999, 867, 874 ff. Neye, EWIR 1999, 259 f.; Breuninger/Krüger, Festschrift-Rädler, 1999, 79, 93 ff.; Schmidt/Sedemund, DSiR 1999, 2057 ff.; Bungert, DB 1999, 1841 ff.; Risse, MDR 1999, 752 ff.; Görk, GmbHR 1999, 793 ff.; Behrens, IPRax 1999, 323 ff.; Freitag, EuZW 1999, 267 ff.

be registered in a Commercial Register as holders of a branch in Germany⁹⁶. According to some opinions, this situation is not affected. This opinion holds that the Centros decision is not applicable to Germany because in Denmark and the United Kingdom, unlike in Germany, the place of incorporation determines the legal form of a company. Therefore, the transfer of such a place of central management is possible⁹⁷. Others, however, express the opinion that the judgement is applicable to Germany and that considerable implications follow. According to this view, it is now expressly made possible to circumvent the onerous German formation requirements by the formation of a „post-box“ company in the United Kingdom and then a branch of that company in Germany and transfer the place of central management there. Foreign „post-box“ companies would then have not only the right to be recognised as legally competent - having legal capacity - in Germany and therefore registrable in the Commercial Register, but would, more importantly, be protected against discrimination in the tax system⁹⁸.

This could have implications for taxation of groups within which the income of one company can be attributed for tax purposes to another group company. A precondition for the use of such tax regime is, according to § 14, 3 of the German Corporation Tax Act (KStG), that the place of

central management as well as the registered office according to the Articles of Association, be situated in Germany. This requirement, which applies also to trade tax under § 2 ss.2 sentence 2 of the German Trade Tax Act (GewStG), could, by the Centros judgement, be rendered ineffective. The result may be that taxation of a group could take place through a company formed under the law of another member state and having its registered office there. Furthermore, § 1 ss. 1 no. 1 KStG could now be the applicable basis for the tax liability of foreign companies having administrative centres and their managements in Germany. From this would follow that such companies could claim the tax exemption provided under § 8 b KStG. On the other hand, the onerous provisions of § 8 a KStG could be applied to a company from another member state⁹⁹.

14. ECJ 29.4.1999 (Royal Bank of Scotland)

The jurisprudence of the ECJ on direct taxation was further developed in the Royal Bank of Scotland judgement of 29.4.1999¹⁰⁰. The Royal Bank of Scotland had its registered office in the United Kingdom, and was represented in Greece by a branch. Greek tax legislation imposed a tax rate of 40% on profits of a foreign company trading in Greece, irrespective of its legal

form, while a rate of 35% was applicable to domestic companies¹⁰¹.

The ECJ found this to be in breach of the right to freedom of establishment. Consistently with its previous judgements, the Court stated that freedom of establishment implies that no form of establishment is excluded, whether an agency, branch or subsidiary. Further, the Court repeated its earlier findings that residents and non-residents are not, in principle, in comparable positions from the point of view of tax law. In the present case, however, the Court found the circumstances of resident and non-resident companies to be comparable, because their profits were ascertained in the same manner. The application of different tax rates was seen, therefore, by the Court as discriminatory¹⁰².

15. ECJ 14.9.1999 (Gschwind)

The judgement of 14.9.1999 in the Gschwind case is an important one for German tax law¹⁰³. Gschwind was a Netherlands national, working in Germany. His wife worked in the Netherlands where they both lived. Gschwind had, therefore, neither permanent residence or usual place of abode in Germany. Under German tax law he was, therefore, subject to limited taxation. The result was that he was denied the advantage of the „splitting tariff“ (applicable to spouses). An unusual feature of Mr. Gschwind's situation was that, under German tax law, as a national of another mem-

ber state of the EC he could not take advantage of the „splitting tariff“ as subject to unlimited taxation, because under §§1 ss. 3 and 1a ss. 1 no. 2. of the German Income Tax Act, this required that at least 90% of the spouses joint income was subject to German income tax, or that the portion thereof not subject to German income tax was not more than 24,000 DM in a calendar year. These requirements were not fulfilled in this case. Mr. Gschwind had taxable income of approx. 74,000 DM in the calendar year and this meant that only 58% of the spouses joint income was subject to German taxation¹⁰⁴.

The ECJ found no breach of the right to freedom of movement. Following its previous judgements, the Court stated that residents and non-residents are not, in principle, in comparable situations and consequently denial of certain tax advantages, for example, the „splitting tariff“, to non-residents, is not discriminatory. In principle, according to the ECJ, it is for the state of residence to take account of the personal circumstances of the taxpayer. An exception to this rule arising from previous judgements, exists when the non-resident derived most of his income and practically all of the family income in the state of non-residence. The present case did not qualify under this exception, because Mr. Gschwind derived only 58% of the family income in Germany¹⁰⁵. This judgement implies that the 90% limit imposed by § 1 ss.

96. Meilicke, DB 1999, 625, 627.

97. So e.g. Görk, GmbHR 1999, 793, 796.

98. So e.g. B. Meilicke, DB 1999, 627, 628.

99. Breuning/Krüger, FS-Rädler, 1999, 79, 97 f.; Meilicke, DB 1999, 627, 628; Götsche, DSiR 1999, 1403, 1407.

100. ECJ, Judgement of 29.4.1999, C-311/97, ISiR 1999, 341.

101. ECJ, Judgement of 29.4.1999, C-311/97, ISiR 1999, 341 f.

102. ECJ, Judgement of 29.4.1999, C-311/97, ISiR 1999, 341, 342 f.

103. ECJ, Judgement of 14.9.1999, C-391/97, ISiR 1999, 597.

104. ECJ, Judgement of 14.9.1999, C-391/97, ISiR 1999, 597, f.

105. ECJ, Judgement of 14.9.1999, C-391/97, ISiR 1999, 597, 598 f.; cf. also Kischel, IWB Fach 11a, S. 389 f.

3 of the German Income Tax Act (KStG) is recognised by EC law as admissible.

16. ECJ 21.9.1999 (Compagnie de Saint-Gobain)

The judgement of the ECJ on 21.9.1999 in the Saint-Gobain case is a further relevant decision¹⁰⁶ affecting German tax law. The French company Saint-Gobain SA was represented in Germany by a permanent establishment, the branch Saint-Gobain ZN, and, therefore, subject to limited taxation in Germany. Through the German branch, the company held participations in subsidiaries in Germany and abroad. The German subsidiaries were bound to the branch by a group contract, and in turn, held participations in foreign companies - sub-subsidiaries. Under the German income tax laws applicable in 1994, the branch was denied various tax allowances, which would have been available to a company resident in Germany. In particular, the following allowances were disallowed: firstly, because of the international intercompany privilege in Tax Treaties, exemption from corporation tax on dividends distributed by a company resident in a third country; secondly, credit against German corporation tax of the corporation tax paid in another member state by a subsidiary resident in that other member state. By the Standortgesetz of 1993¹⁰⁷, §§ 8 b ss. 4 and 26 ss. 7 were introduced into the Corpora-

tion Tax Act with the result that from the tax year 1994 onwards the said allowances are granted to the German branches of foreign companies which are subject to limited taxation¹⁰⁸.

As the German legislature stated in the explanatory memorandum to this amendment that a breach of the right to freedom of establishment would be excluded by the amendment, the ECJ had no difficulty finding that up to 1994 the law breached the right to freedom of establishment. The ECJ stated that it was prepared to adjudicate not only on national tax laws, but also on whether interstate Tax Treaties complied with EC law. The Court found that to disallow tax reliefs on the basis of non-residence in Germany, disadvantaged foreign companies and constituted, therefore, covert discrimination. The Court found also that this discrimination was not justified. The German government's arguments that branches of non-resident companies enjoyed other advantages and, in particular, that the loss of tax revenue would not be made up by the tax on the dividends paid out by the parent company abroad, were rejected¹⁰⁹.

17. ECJ 26.10.1999 (Eurowings)

One of the most recent judgements of the ECJ on direct taxation is that in the Eurowings case¹¹⁰. Eurowings Luftverkehrs

AG operates schedule and charter flights in Germany and Europe. In 1993 Eurowings leased an aircraft from an Irish resident company for 467,914.— DM. The current capital value of the aircraft was 1,320,000.— DM. The tax authorities in their assessment for 1993 added half of the actual leasing charge, i.e. 233,957.— DM, to the profit determined in accordance with § 8 No. 7 of the Trade Tax Act (GewStG). At the same time, according to § 12 ss. 2 GewStG¹¹¹, the tax authorities added the capital value of the aircraft, i.e. 1,320,000.— DM, to the capital account of the business¹¹².

The ECJ found a breach of the right to free movement of services. The Court stated, by reference to its previous decisions on covert discrimination, that the free movement of services required the removal of all obstacles which are based on the fact that the party providing a service is resident in a member state other than that in which the services are provided. The Court found covert discrimination to exist. According to § 8 No. 7 GewStG and formerly according to § 12 ss. 2 No. 2 sentence 2 GewStG, the addition of the above figures is excluded when the leased goods are already taxed as the lessor's assets. This excludes most cases in which the lessee and lessor are German residents, as the lessor is usually subject to German tax. On the other hand, this provision places German com-

panies which lease goods from another member state at a disadvantage, as the lessor is not subject to German tax. German companies which lease goods from a resident of another member state, therefore, do so less economically, and the ECJ found that this could inhibit them from doing so¹¹³.

The ECJ did not find a justification for this discrimination. The argument based on the principle of coherence was rejected, as was that based on possible tax advantages available to residents of another member state who are not subject to a similar trade tax¹¹⁴.

18. Conclusion

The following principles can be deduced from the decisions of the ECJ in direct taxation cases.

The Court first examines whether a basic right applies. To such basic rights belong the right of free movement of workers, the right to freedom of establishment, and in more recent cases the right to the free movement of capital and services. The right to freedom of establishment includes the freedom to choose the business form, whether subsidiary or branch, to be established in another member state, and is directed in the first place against discrimination in the host member state but equally can be invoked against impediments placed by the state of origin. Not only na-

106. ECJ, Judgement of 21.9.1999, C-307/97, IStR 1999, 592.

107. Federal Law Gazette I S. 1569.

108. ECJ, Judgement of 21.9.1999, C-307/97, IStR 1999, 593 f. cf. also: Rainer, IStR 1999, 114.

109. ECJ, Judgement of 21.9.1999, C-307/97, IStR 1999, 594 ff.

110. ECJ, Judgement of 26.10.1999, C-249/97, IStR 1999, 691. cf. also: Ehrke, ELR 1999, 510 ff.; Knebel/Born, NWB 2000, Fach 5, 1491.

111. Repealed with effect from the 1998 financial year by the law on the continuation of the reform of company taxation (Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform) of 29.10.1997 (Federal Law Gazette I, 2590).

112. ECJ, Judgement of 26.10.1999, C-249/97, IStR 1999, 692.

113. ECJ, Judgement of 26.10.1999, C-249/97, IStR 1999, 693.

114. ECJ, Judgement of 26.10.1999, C-249/97, IStR 1999, 693.

tional laws, but also interstate Tax Treaties are subject to the rights to freedom of establishment and freedom of movement.

In its second step the Court will examine whether the right to freedom of establishment or freedom of movement has been infringed. Discrimination which is openly based on the nationality of the natural person or the residence of the legal person is not the only form of discrimination which is prohibited, but also covert discrimination which typically is directed against foreign resident individuals or companies. Such covert discrimination is usually found in tax laws which differentiate on the basis of resident and non-resident, - in German tax law in the distinction between limited taxation and unlimited taxation. Discrimination is found to exist if the non-resident is more heavily taxed than the resident while their circumstances are otherwise comparable. With regard to direct taxation, the circumstances of resident and non-resident are not, in principle, comparable, although their circumstances can be found to be comparable when the criteria which have been set down by the Court are met, e.g. when a state treats residents and non-residents equally in other tax matters and thereby acknowledges that their circumstances as comparable. In the case of tax allowances which are connected to the personal and family circumstances of a taxpayer, the Court regards the circumstances of residents and non-residents as comparable if the non-resident derives all or almost all of his income in the state of non-residence. In case of possible disadvan-

tage arising from other tax provisions, e.g. assessment principles or rates, or procedural disadvantages, such as the annual balancing refund of tax, the Court tends to find discrimination irrespective of the amount of income.

If discrimination is found, the Court examines whether it has any justification. In most cases, the Court rejects the arguments for justification. The most important arguments which have been rejected are:

- The lack of opportunity to compensate for the tax advantages available to non-residents e.g. by limited taxation,
- lack of reciprocity among the member states,
- the absence of harmonisation of tax laws among member states,
- The absence of Tax Treaty provisions,
- precautionary measures, over and above those necessary, against fraudulent insolvencies,
- additional financial burdens resulting from the removal of double taxation,
- the principle of coherence,
- administrative difficulties in checking information from abroad¹¹⁵.

The above principles from the jurisprudence of the Court make it clear how far the Court has advanced in its efforts towards the harmonisation of direct tax-

115. Cf. Jacobs, *Internationale Unternehmensbesteuerung*, 4. Ed., 191.

tion. On the basis of the principles developed by the Court, many provisions of the German taxation system, particularly relating to limited and unlimited taxation, are, at least, questionable¹¹⁶. The most recent decisions of the Court, such as that of 28.10.1999 in the *Vestergaard* case¹¹⁷, show

that further impetus from the Court can be expected. In the light of the lack of political will within the member states to advance the course of tax harmonisation, it is to be anticipated that the ECJ will continue to be the driving force towards harmonisation of direct taxation.

116. Cf. e.g. Jacobs, *Internationale Unternehmensbesteuerung*, 4. Ed., 200 ff.; Saß, *FR* 1998, 1, 3 ff.; Ebke/Deutschmann, *JZ* 1999, 1131, 1138 ff.

117. ECJ, Judgement of 28.10.1999, C-55/98, *ISiR*, 1999, 694; cf. also Schmitt, *IWB, Fach* 11a, 353 ff.

O Direito de Retenção por Benfeitorias no Código Civil Brasileiro

Gustavo Burgos de Oliveira
Advogado/RS

Introdução

Os jurisperitos romanos conceituavam as benfeitorias como despesas (*impensae*), dividindo-as em três espécies, que até hoje consagramos: necessárias,¹ úteis² e voluptuárias.³ As benfeitorias, previstas no Código Civil brasileiro,⁴ são obras e despesas que se fazem em bem móvel ou imóvel para conservá-lo, melhorá-lo ou embelezá-lo.

O direito de retenção surgiu no segundo período da história do direito romano, com o sistema do processo *per formulas*. Com o Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, o instituto da retenção tomou en-

tre nós, embora limitadamente no processo de falência, o aspecto de um direito de aplicação geral, perfeitamente disciplinado e protegido, de acordo com as mais modernas tendências, e inspirado nos preceitos do Código Federal Suíço das Obrigações, de 1881.

Promulgado o Código Civil de 1916, continuou o direito de retenção com seu aspecto tradicional e passivo de direito de defesa, assegurado de modo expresso em alguns dispositivos esparsos (arts. 516, 772, 873, entre outros). O direito de retenção por benfeitorias, previsto no art. 516 do Código Civil, é, portanto, a faculdade le-

1. A doutrina exemplifica alguns casos de benfeitorias necessárias: a medicação de um animal doente, a desinfecção de um pomar atacado de praga, a pintura para conservação das paredes de uma casa, o telhado, o erguimento de cercas ou muros, a defesa judicial de imóvel, serviços realizados num alicerce da casa que cedeu, reconstrução de um assoalho que apodreceu, colocação de cerca de arame farpado para proteger a agricultura, o conserto de pilares de uma casa, e as despesas como colocar óleo no motor de um automóvel (Tupinambá Miguel Castro do Nascimento. "Posse e propriedade" – doutrina, p. 92; Arnaldo Rizzardo. *Direito das Coisas*. V.1, p. 178; Maria Helena Diniz, *Código Civil Anotado*, p. 73).
2. A jurisprudência traz como exemplo de benfeitoria útil o aterro de um terreno (Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, 4ª Câmara Cível, AC 190035014, Rel. Talai Djalma Selistre, 03.05.1990).
3. Também chamadas de voluntárias (Eulámpio Rodrigues Filho. *Código Civil Anotado*, p. 330) ou voluptuosas (De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*, v. I A-C, p. 236).
4. O art. 63, §§ 1º a 3º do Código Civil, define as três espécies de benfeitorias.

gítima do possuidor⁵ de boa-fé de, independente de qualquer convenção, conservar em seu poder coisa certa, além do momento em que deveria restituí-la, a título de garantia de um crédito decorrente da realização de benfeitorias necessárias ou úteis nessa mesma coisa.

Características do direito de retenção

O direito de retenção é um direito acessório, indivisível e transmissível. OLAVO DE ANDRADE, citando CARVALHO DE MENDONÇA, afirma que o direito de retenção é uma muralha que protege a obrigação. O direito de retenção, para OLAVO DE ANDRADE:

“(...) sendo uma garantia que supõe sempre um crédito principal, e surgindo com este para o garantir segue sempre as vicissitudes deste; sempre acompanha-o em seu destino; e se o crédito se extingue com ele também se extingue o direito de retenção.”⁶

Portanto, a acessoriedade do direito de retenção se deve ao fato de que ele nasce, vive e morre com a obrigação principal, que é um crédito, cuja satisfação visa assegurar.

O direito de retenção é também indivisível, pois a satisfação completa do crédito é condição indispensável para a restituição da coisa.⁷ Isto significa que o retentor tanto poderá reter o objeto inteiramente para uma parte do crédito, como para o pagamento integral do que lhe é devido pode reter uma parte do objeto.

Por último, o direito de retenção é, como direito real,⁸ transmissível tanto a título universal como singular. Para ANTONIO FARIA CARNEIRO PACHECO, a transmissão do direito de retenção tem que ocorrer conjuntamente com o crédito (por isso que se trata de um direito acessório), pois a relação de conexidade entre a coisa e o crédito é um dos requisitos indispensáveis para a existência do direito de reten-

5. Arnoldo Medeiros da Fonseca entende que o exercício do direito de retenção não requer a posse. Para ele, basta a detenção legítima da coisa alheia (Arnoldo Medeiros da Fonseca. *Direito de Retenção*, p. 116). Porém, o entendimento atual é no sentido de que a configuração da posse é necessária, tanto é que o art. 516 do Código Civil fala em “possuidor”, e não mero detentor.

6. ANDRADE, Olavo de. *Notas sobre o direito de retenção*, pp. 35-36.

7. Olavo de Andrade cita as conseqüências práticas que resultam da indivisibilidade do direito de retenção: “a) pelo simples fato de haver recebido um pagamento parcial, não se presume ter o credor renunciado o seu direito de retenção relativamente a uma parte proporcional do objeto ainda mesmo quando este seja divisível; assim também, pelo simples fato de haver abandonado uma parte da coisa ou objetos retidos não perde o direito de retenção para uma parte correspondente do seu crédito, gozando, pelo contrário desse direito sobre a parte conservada até inteiro pagamento; b) por morte do retentor, tendo o crédito garantido sido dividido entre seus herdeiros, nenhum destes, ainda que haja recebido a sua parte, pode restituir ao devedor a coisa retida com prejuízo de seus co-herdeiros que não tenham sido pagos, pois que cada herdeiro pode, só pela sua parte no crédito, exercer esse direito sobre a totalidade da coisa ou das coisas que ele onera; c) morto o devedor, e partilhada a dívida entre seus herdeiros, nenhum destes, ainda que haja pago a sua parte, poderá exigir a restituição no todo ou em parte da coisa retida para pagamento da dívida primitiva; o credor exerce a retenção enquanto não houver recebido pagamento integral do que por todos os herdeiros do devedor lhe seja devido”. (Olavo de Andrade. *Notas sobre o direito de retenção*, pp. 34-35)

8. Há grande divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do direito de retenção. Uns entendem que se trata de um direito pessoal, outros um direito real, outros um direito pessoal oponível a terceiros, outros um direito real *sui generis*, e outros ainda o consideram um direito de natureza variável (real ou pessoal, conforme o caso). Entretanto, a corrente majoritária entende ser o direito de retenção um direito real.

ção.⁹ Por último, lembre-se que a cessão do crédito deve revestir as formalidades legais (arts. 1.065 a 1.078 do Código Civil).¹⁰

Direito de retenção e acessões industriais

Em primeiro lugar, é mister que se estabeleça claramente a distinção entre benfeitorias e acessões industriais (plantações e construções). Benfeitorias são obras e despesas feitas pelo homem na coisa, com o intuito de conservá-la, melhorá-la ou embelezá-la; as acessões são obras que vieram coisas novas, diferentes, e que vêm aderir à coisa anteriormente existente. Ou seja, as benfeitorias têm cunho complementar, ao passo que as acessões industriais são coisas novas.

Os tribunais pátrios com muita frequência divergem quanto ao tratamento a ser dado às benfeitorias e às acessões industriais. Alguns doutrinadores entendem que o instituto do direito de retenção só deva ser aplicado às benfeitorias. Outros, porém, afirmam que a retenção também pode ser estendida às acessões industriais. Esta di-

vergência doutrinária e jurisprudencial existente nos conduz, então, a analisarmos quais são os argumentos de uma e de outra corrente.

Há uma tendência jurisprudencial no sentido de negar o direito de retenção por acessões.¹¹ Este é o entendimento de SILVIO RODRIGUES, sustentando que não cabe retenção por acessões, pois a lei só autoriza a retenção quando se trata de benfeitorias.¹² Esta doutrina baseia-se na distinção técnica entre benfeitorias e acessões industriais formulada nas obras de ORLANDO GOMES¹³ e Washington de BARROS MONTEIRO,¹⁴ principalmente (é a corrente minoritária).

Outra doutrina, entendendo ser cabível o direito de retenção pelas acessões, é a majoritária, onde vale citar JOSÉ GUI-LHERME BRAGA TEIXEIRA:

“Entretentes, se o legislador conferiu ao possuidor de boa-fé o direito de retenção da coisa principal, até ser indenizado das benfeitorias necessárias e úteis, foi omisso em relação à hipótese de retenção pelas construções e plantações. Dir-se-á, pugnando em

9. As condições gerais de existência do direito de retenção são: posse de coisa alheia, crédito certo e exigível do retentor, relação de conexidade entre a coisa e o crédito, e inexistência de exclusão convencional ou legal do direito de retenção.

10. Conforme o art. 1.071 do Código Civil, se o devedor não for notificado da cessão de crédito e pagar ao credor primitivo, extingue-se o direito de retenção.

11. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, 1ª Câmara Cível, AC 190019554, Rel. Luiz Felipe Azevedo Gomes, 17.04.1990; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 6ª Câmara Cível, AC 597055334, Rel. Osvaldo Stefanello, 04.03.1998; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 15ª Câmara Cível, AC 599346384, Rel. Ricardo Raupp Ruschel, 22.09.1999; 1ª Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, 4ª Câmara Cível, AI 393.871-4, Rel. Barbosa Pereira, 14.06.1989; Tribunal de Justiça do Paraná, 8ª Câmara Cível, AC 38227200, Rel. Lauro Laertes de Oliveira, 17.03.1999; Tribunal de Justiça do Paraná, 4ª Câmara Cível, AC 12306800, Rel. Ronald Accioly, 06.03.1991; Tribunal de Justiça do Paraná, 2ª Câmara Cível, AC 12481600, Rel. Sydney Zappa, 17.04.1991; Tribunal de Justiça do Paraná, 1ª Câmara Cível, AC 05734100, Rel. Oto Sponholz, 20.02.1990; Tribunal de Alçada do Paraná, 6ª Câmara Cível, AC 0115773-3, Rel. Mendes da Silva, 29.03.1999; RT 616/144.

12. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, p. 102, v. 5.

13. GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, p. 69.

14. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. 1, pp. 151-152.

sentido negativo, que o fato de haver referido tal direito àquelas benfeitorias de maneira expressa é significativo de que só a elas desejou conferir o direito de retenção, pois se quisesse contemplar igual direito às acessões industriais tê-lo-ia feito igualmente de modo expresso, no art. 547. De nossa parte, entendemos que ao possuidor de boa-fé deverá ser conferido o direito de retenção pelas construções e plantações, até ser indenizado dos respectivos valores, como medida de equidade. (...) Estas acessões industriais, ainda que se possam, no rigor técnico da expressão, distinguir das benfeitorias, obedecem a normas semelhantes. Equiparam-se a benfeitorias úteis, e o Código, no art. 548, lhes dá esse nome.¹⁵

Esta corrente que entende ser cabível o direito de retenção pelas acessões industriais é reforçada, entre outros, por ARRUDA ALVIM e AMÍLCAR DE CASTRO. O entendimento jurisprudencial majoritário é neste sentido.¹⁶

Embora, de acordo com a corrente majoritária,¹⁷ haja distinções entre benfeitorias e as denominadas acessões industriais, há, igualmente, semelhanças, entre as quais podemos destacar: 1) constituem, ambas, coisas acessórias, 2)

produzem, via de regra, como coisas novas que são, fator preponderante de maior utilidade da coisa principal e elemento de conservação, 3) são produtos de participação direta do possuidor ou detentor e 4) a perfeição de seu processo de integração com a *res principalis* fá-las perder a identidade, tornando-as, regra geral, irremovíveis.

Direito de retenção e *exceptio non adimpleti contractus*

O instituto da *exceptio non adimpleti contractus* não era conhecido no direito romano. Foi criado pelos canonistas e aperfeiçoado pelos post-glosadores, tendo caído em desuso a partir do século XVI. Quando renasceu, a *exceptio* começou a desenvolver-se sob a capa de outras figuras jurídicas (particularmente a capa do direito de retenção). ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, citando CLÓVIS BEVILÁQUA, afirma que a *exceptio* é uma modalidade do direito de retenção. Porém, JOÃO CALVÃO DA SILVA argumenta que, embora sejam figuras próximas, usadas pelo credor como meio defensivo e temporário de conservar o que deve para garantir e constranger o devedor a cumprir

a sua prestação, os institutos não se confundem.¹⁸

Existem quatro diferenças básicas entre o direito de retenção e a *exceptio*. Em primeiro lugar, a relação sinalagmática que caracteriza a *exceptio*, pela qual as obrigações recíprocas devem ser cumpridas simultaneamente, não se aplica ao direito de retenção.¹⁹ Em segundo lugar, a *exceptio* não se aplica aos contratos bilaterais imperfeitos, domínio em que o direito de retenção surge com frequência.²⁰

Verificamos ainda uma terceira diferença entre os institutos em exame: a *exceptio* não pode ser afastada mediante a prestação de garantias, ao passo que o direito de retenção não pode ter lugar quando a outra parte preste caução suficiente.

A quarta e última distinção é que, em princípio, a *exceptio* pode ser invocada em qualquer que seja a natureza das prestações recíprocas das partes;²¹ já o direito de retenção recai apenas sobre coisas.²²

Direitos e obrigações do retentor

O retentor é o titular do direito de retenção, ou seja, “é a pessoa que pode reter ou conservar coisa de outrem, em seu poder ou sua posse, até que seja resgatado o crédito que lhe é assegurado; é chamado também de retencionário”.²³ O retentor, no exercício do direito de retenção, é sujeito de direitos e obrigações.

O direito fundamental do retentor consiste na faculdade de reter a coisa en-

18. SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 348.

19. Citaremos um exemplo bem elucidativo: “Ao reter a coisa (por exemplo, o automóvel), o garagista visa obter da contraparte o cumprimento da obrigação principal, o preço da reparação do automóvel, suspendendo, para o efeito, a sua obrigação secundária de (restituição e) entrega do automóvel detido, a qual não é motivo determinante da obrigação de pagar o custo da reparação. A causa da obrigação principal de pagamento do preço por parte do dono do automóvel é a atividade de reparação que o garagista teve de desenvolver, sua obrigação principal recíproca e correspondente daquela. Daí que, cumprida a obrigação principal de reparação do automóvel, o garagista não possa já invocar a *exceptio non adimpleti contractus*, que, por definição, se traduz na suspensão do cumprimento da obrigação correspondente de outra obrigação não cumprida e enquanto não cumprida. Tudo o que resta ao garagista, cumpridor da obrigação principal de reparação, é não cumprir a obrigação secundária de entregar o automóvel por si detido, que não é a causa da obrigação do preço. E pode legalmente não cumpri-la, enquanto o dono do automóvel não pagar o preço da reparação, porque isso é forma de garantir e constranger o proprietário a solver o seu débito. Para isso retém o automóvel, usando o direito de retenção que a lei lhe confere, *ultimum subsidium* coercitivo privado que lhe resta, visto que não pode usar já a *exceptio non adimpleti contractus* por ter cumprido a sua obrigação principal de reparação, causa determinante da correlativa obrigação de pagamento do preço. Neste sentido, pode-se dizer que o direito de retenção é sucedâneo ou substituto da *exceptio non adimpleti contractus*”. (João Calvão da Silva. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, pp. 348-349).

20. “(...) a bilateralidade era perfeita quando o contrato produzia obrigações principais para todos os contratantes, como na compra e venda, e imperfeita, quando, no momento da formação do contrato, só existiam obrigações principais para um dos contratantes, mas, no decorrer de sua execução, nasciam obrigações para o outro, como no caso de depósito, em que o depositante ficava obrigado a pagar o despendido pelo depositário com a guarda da coisa depositada (...), e do comodato, em que poderá surgir para o comodatário o direito de reclamar do comodante indenização de certas despesas”. (Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, v.5, p.24)

21. Assim, a *exceptio* pode ser invocada perante o devedor de obrigação de *facere*, fungível ou infungível, e de obrigação de prestação de coisa.

22. SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 350.

23. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, v. IV, p. 1374.

15. José Guilherme Braga Teixeira. “A indenização das benfeitorias e acessões industriais ao possuidor de boa-fé e o direito de retenção”, in *Revista dos Tribunais*, v. 60, pp. 168-169.

16. Tribunal de Justiça de São Paulo, 11ª Câmara Cível, AC 211.637-2, Rel. Laerte Nordi, 24.06.1993; Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 59.669-6/RS, Rel. Nilson Naves, 28.08.1995; Tribunal de Justiça do Paraná, 2ª Câmara Cível, AC 30562400, Rel. Munir Karam, 08.05.1996; Tribunal de Justiça do Paraná, 1ª Câmara Cível, AC 22831900, Rel. Oto Sponholz, 25.04.1995; Tribunal de Alçada do Paraná, 8ª Câmara Cível, AC 0100128-5, Relª Dulce Maria Cecconi, 09.02.1998; Supremo Tribunal Federal, RE 66.755, in RTJ 60/719; Superior Tribunal de Justiça, REsp 31.708; Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 28.489, Rel. Eduardo Ribeiro, 19.10.1993; Tribunal de Justiça de São Paulo, 6ª Câmara Cível, AC 228.154, Rel. Lothário Octaviano, 24.05.1974, in RT 469/69; Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, 2ª Câmara Cível, AC 5.536, Rel. Hermann Homem de Carvalho Roenick, 29.05.1973, in RT 458/231; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, AC 597223007, Rel. Araken de Assis, 04.12.1997; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2ª Câmara Cível, AC 185003662, Rel. Caclido de Andrade Xavier, 12.03.1985; RT 589/221, 451/228, 472/192, 479/261, 361/126, 321/233, 437/229, e 404/150.

17. Caio Mário da Silva Pereira, Carlos Alberto da Costa Dias, Eulámpio Rodrigues Filho, Orlando Gomes, Washington de Barros Monteiro e Maria Helena Diniz.

quanto subsistir seu crédito. Decorrentes deste direito principal, o retentor possui outros direitos, quais sejam:

"1º) repelir pela força, nos limites da necessidade, a violência alheia, tendente a privá-lo da detenção da coisa, e mesmo por tal meio recuperá-la, no caso de esbulho, desde que o desforço seja praticado incontinenti; 2º) Usar das ações possessórias para proteger a sua posse; 3º) Repetir a coisa que já detinha e haja restituído por erro, uma vez que o prove; 4º) Reter os frutos da coisa, por aplicação da regra de que o acessório segue a condição jurídica do principal; 5º) Exigir reembolso das despesas que houver feito para conservação da coisa retida e o ressarcimento do prejuízo decorrente de vício dela, do qual não haja sido avisado, uma vez que tivesse razão de o ignorar."²⁴

Como conseqüências desses direitos, ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA elenca duas: 1ª) Não pode o retentor usar da coisa retida, salvo se houver qualquer convenção acessória que lhe permita servir-se dela;²⁵ e 2ª) Não tem, em regra, o retentor direito de apropriar-se dos frutos da coisa para vendê-los e levar o preço obtido a conta do seu crédito.²⁶

Sujeito destes direitos, o retentor, igualmente, é sujeito de quatro obrigações básicas:

"1) Empregar na guarda e conservação da coisa retida a diligência exigida pela sua natureza (...); 2) Restituir a aludida coisa, com os seus frutos e acessões, uma vez pago do que lhe for devido (...); 3) Entregar o que sobeje do preço, quando o crédito for satisfeito em virtude da venda da coisa retida, nos casos excepcionais em que o retentor tem a faculdade de realizá-la, ou quando o devedor lhe autorizar, mediante procuração especial; e 4) Indenizar o prejuízo resultante das perdas e deteriorações da coisa, ocorridas por culpa sua (...)."²⁷

A obrigação de restituir a coisa cessa, porém, total ou parcialmente, se a coisa perecer, ou deteriorar-se, sem culpa do retentor.²⁸ Este é o entendimento de ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA e de ANTONIO FARIA CARNEIRO PACHECO.

Ressalte-se que aos direitos e obrigações do retentor correspondem os do devedor, o que também se aplica a seus herdeiros, como sucessores a título universal. ANTONIO FARIA CARNEIRO PACHECO, por derradeiro, afirma que a principal obrigação do retentor é restituir a coisa com todos os seus acessórios,²⁹ logo que seja inteiramente pago de seu crédito, inclusive as despesas que haja feito com a conservação da coisa.³⁰

24. FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, pp. 280-281.

25. A lei silencia a respeito, mas é esta a conclusão que chegam os autores por aplicação analógica das disposições relativas ao penhor e ao depósito.

26. Com relação a esta segunda conseqüência há uma exceção, quando se tratar de frutos que não possam ser conservados, pois seria um absurdo deixá-los perecer sem proveito para ninguém.

27. FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*, pp. 287-288.

28. Vide arts. 869 e 871 do Código Civil.

29. Tanto os acessórios existentes ao tempo em que surgiu o direito de retenção, como também os que posteriormente acresceram à coisa.

30. PACHECO, Antonio Faria Carneiro. *Do direito de retenção*, p. 90.

Conclusão

O direito de retenção por benfeitorias, como vimos, também é aplicado às acessões industriais, entendendo os tribunais que, embora tecnicamente sejam institutos jurídicos diversos, a ambos se aplicam as regras do direito de retenção. A jurisprudência é majoritária neste sentido.

Na nossa opinião, não se deve aplicar o direito de retenção nas acessões industriais, pois se o legislador assim o quisesse teria disposto expressamente no Código Civil, e assim não o fez. Tendo o legislador conferido o direito de retenção somente pelas benfeitorias, não há que se interpretar extensivamente o art. 516 do Código Civil para aplicar o direito de retenção também no instituto das acessões. Mas esta divergência jurisprudencial não vai cessar por ora, com certeza ainda irá pairar por muito tempo nos tribunais pátrios.

Bibliografia

ANDRADE, Olavo de. *Notas sobre o Direito de Retenção*. São Paulo: Saraiva, 1992.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DIAS, Carlos Alberto da Costa. "Retenção por benfeitorias". In *Revista de Processo*. V. 74, São Paulo, 1994, pp. 179-184.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de Retenção*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1957.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. V. I, III e V, 20. ed., São Paulo: Saraiva, 1985.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. "Posse e Propriedade" (doutrina). Rio de Janeiro: Aide, 1986.

PACHECO, Antonio Faria Carneiro. *Do direito de retenção*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1912.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. IV, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. V.1, Rio de Janeiro: Aide, 1991.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. V. 4 e 5, 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

RODRIGUES FILHO, Eulámpio. *Código Civil Anotado*. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 1998.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. Coimbra: Almedina, 1987.

SILVA, De Plácido E. *Vocabulário Jurídico*. V. I, II e III, 4. ed., São Paulo: Forense, 1975.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. "A indenização das benfeitorias e acessões industriais ao possuidor de boa-fé e o direito de retenção". In *Revista dos Tribunais*. V. 60, São Paulo, abr./1992, pp.165-170.

Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito¹

Judith Martins-Costa

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, Professora Adjunta na Faculdade de Direito da Universidade Federal do RS e Membro do Comitê de Bioética do Hospital de Clínicas de Porto Alegre.

"Combien durera ce manque de l'homme mourant au centre de la création parce que la création l'a congédié?" (René Char, A La Santé du Serpent, VIII, Commune Presence)

SUMÁRIO

I – O Direito como construção de "modelos de respostas"; a) O modelo da incomunicabilidade; b) O modelo da interconexão;

II – A dignidade da pessoa humana como princípio comum ao Direito e à Bioética; a) A reconstrução do conceito de pessoa; b) Os limites do conceito; Conclusão.

O anúncio pela comunidade científica internacional, do "mais importante mapa feito pela humanidade", como disse o Presidente Clinton ao aludir ao seqüenciamento do código genético, faz sair a reflexão bioética das salas das universidades para situá-la como um tema de interesse do homem comum, do leitor dos grandes jornais – este mesmo leitor que, em 1997, restou perplexo, quando noticiados os resultados das experiências realizadas pelo Doutor IAN WILLMULF que resultaram na criação da célebre ovelha Dolly.

A estupefação do leitor de jornais reflete, em larga medida, a perplexidade do

1. Este texto é, com adições, o apresentado em 2.07.2000 ao III Congresso Brasileiro de Bioética e I Congresso de Bioética do Conesul, PUCRS, Porto Alegre no painel "Interrelações entre a Bioética e o Direito", constituindo estudo preliminar acerca do tema, tal como vem sendo desenvolvido em Grupo de Estudos coordenado pela autora no âmbito da Faculdade de Direito (Graduação e Pós-Graduação) da UFRGS como líder do Grupo de Pesquisa "A construção do biodireito: a normatividade jurídica da bioética", do CNPq.

jurista: ela não é devida, contudo, como a do leigo, apenas aos inacreditáveis fatos científicos, mas é acrescida por uma dúvida crucial: como compatibilizar a reflexão ética propiciada pelos novos paradigmas científicos com a racionalidade “utilitarista” comumente atribuída ao regramento jurídico? A razão prática está na preocupação do jurista na medida em que o Direito não apenas “é” a produção de normas, ele também “serve” à produção de normas destinadas a resolver casos mediante decisões, para alcançar escolhas e ações de relevância social,² no seu fulcro residindo, portanto, uma aporia fundamental – saber o que é justo, aqui e agora, pois a cada problema social concreto uma resposta, também concreta e imediata, deve ser dada pelos Tribunais.

À questão de saber como compatibilizar a reflexão ética propiciada pelos novos paradigmas científicos com a racionalidade prática do regramento jurídico – que traduz, afinal, a complexidade das interfaces entre a Bioética e o Direito – subjazem outros problemas igualmente complexos. Respondê-la implica questionar: Para que serve o Direito? Como ele é feito? Como ele é aplicado? Implica desmentir certas concepções que vêem o Direito como o produto de um legislador demiúrgico e autoritário; implica fundamentalmente falar do Direito como “regulamentação coordenada dos comportamentos sociais”, regulamentação, contudo, que não se

desvincula da experiência social concreta, e que constitui a síntese de uma tríade – segundo a concepção de MIGUEL REALE – entre fato, valor e norma, isto é, o fato social, o valor ético que lhe é atribuído por cada sociedade, em cada momento da sua história, e, finalmente, a escolha deste fato, valorado eticamente, por uma norma dotada de poder de coerção, como o é a norma jurídica.³

Responder àquela questão implica, por igual, situar o escopo da Bioética e o seu estatuto epistemológico, matéria ainda não consensual entre os estudiosos e aventar a possibilidade da construção de um Biodireito, tema ainda menos consensual na doutrina.

Na arriscada tentativa de alinhar algumas respostas a estas questões, proponho o exame do tema a partir da compreensão dos modelos de construção das respostas jurídicas (I). Posteriormente, examino se há princípios comuns que possam atuar como ponte entre a reflexão bioética e a construção de soluções jurídicas (II).

I – O Direito como construção de modelos de respostas

Foi o racionalismo iluminista que pensou o fenômeno jurídico como um sistema de regras, dividindo a experiência social em dois distintos planetas – o planeta do Direito e o planeta do não-Direito. Foi a assunção pelo Estado, na Revolução Fran-

cesa, da tarefa de criar as regras jurídicas e arrumá-las em conjuntos de leis – os códigos – que fez o ordenamento jurídico aparecer como um sistema fechado de regras, postas por ato de autoridade estatal, regras que traduziriam a totalidade dos comportamentos sociais merecedores de tutela jurídica, sendo, por isto, excludentes de outras fontes de normatividade. E foi, enfim, o cientificismo oitocentista – prolongado, em larga escala, no século XX – que tentou perspectivar o Direito numa ciência “pura”, isto é, livre da “contaminação” de outros setores vitais da experiência humana, como a Ética, a História, a Economia.⁴

A concepção derivada dessas idéias vigorantes nos últimos 200 anos, foi conhecida como legalismo, termo que indica a pretensão de reduzir o fenômeno jurídico a uma de suas manifestações – a lei de origem parlamentar – fazendo crer à sociedade que, a cada novo problema, seria necessária a intervenção autoritária do legislador para fazer com que a nova realidade, saindo do obscuro campo do “não-Direito” fosse, assim, jurisdicizada.

Esta concepção foi, contudo, posta em crise no século XX, principalmente na sua segunda metade.⁵ Diferentemente do que ocorria no passado, hoje o Direito não é visto tão só como ciência, mas, fundamentalmente, como prudência, como arte prudencial que está interrelacionada, fun-

damentalmente, com as demais instâncias componentes do todo social, notadamente a Ética. A sociologia aponta ao fenômeno das leis que “não pegam”, isto é, que não têm verdadeira eficácia social, porque divorciadas da realidade do seu tempo, dos suportes éticos que as tornariam consensualmente aceitáveis.

Por isto, o acerto da concepção pela qual as normas jurídicas que resultam das fontes constituem, por certo, expressão de modelos prescritivos, sendo porém dotados de um essencial sentido prospectivo,⁶ consistindo a positividade das normas um verdadeiro processo de positividade. Superado o dogma da estaticidade da produção normativa – como se o positivar de regra jurídica consistisse num único e isolado ato, o de “pôr” o Estado a regra, por um ato de autoridade chamado “promulgação” – foi possível perceber o caráter dinâmico da positividade, a qual é como composta por dois complexos momentos: um, estático, fixo e atomístico, qual seja, a promulgação, por ato de autoridade, em regra, a autoridade legislativa; e outro dinâmico, processual e “total”.

Diz-se que este segundo momento é dinâmico e processual porquanto é progressivamente estabelecido pelos destinatários do ato político estatal, a comunidade, sejam os que têm por função interpretar e aplicar as regras legais (juízes e funcioná-

2. F. VIOLA e G. ZACCARIA. *Diritto e Interpretazione – Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma: Laterza, 1999, p. 402.

3. Sobre o tridimensionalismo veja-se em especial, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5. ed. Saraiva, 1994, *Verdade e Conjetura*, Ed. Nova Fronteira, 1983, *Fundamentos do Direito*, 3. ed. Revista dos Tribunais, 1998, e *Fontes e Modelos do Direito – para um novo paradigma hermenêutico*, Saraiva, 1994.

4. Sobre o tema o meu *A Boa-Fé no Direito Privado*, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, em especial Parte I.

5. Para este exame, veja-se, entre tantos, K. LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamego, 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, Parte Histórico-Crítica.

6. REALE, Miguel. *Fontes e Modelos*, cit., p. 30.

rios administrativos),⁷ sejam os cidadãos, membros da comunidade juridicamente organizada. Por esta razão, compreende-se que o “dever-ser” insito à norma jurídica não é um mero enunciado lógico mas, como afirmou MIGUEL REALE, “um dever-ser que se concretiza na experiência social, correlacionando-se com conjunturas factuais e exigências axiológicas”.⁸

Da alteração da concepção de fonte chegou-se, por igual, à alteração do modelo pelo qual se expressa a normatividade mesmo na fonte legal: ao lado dos modelos cerrados, nos quais o fato da vida, ou comportamento social devido, vem perfeitamente caracterizado e conectado a uma determinada consequência – isto é, o chamado modelo da tipicidade, na qual há uma espécie de pré-figuração, pelo legislador, do comportamento típico – passa-se a utilizar em certas disciplinas, como o Direito Civil e o Constitucional, também modelos abertos. Nestes o legislador não desenha o comportamento típico, ao contrário, utiliza uma linguagem intencionalmente vaga, aberta, fluída, caracterizada pela ampla extensão do seu campo semântico.⁹

Estes modelos abertos, vazados em linguagem “vaga”, são apropriados para canalizar, juridicamente, as exigências axiológicas fundamentais da comunidade, tanto na Bioética quanto no Direito. Por isto, afirma-se que estas vêm expressas preferencialmente em princípios. Compreendem hoje os juristas que o ordenamento é composto por princípios e por regras, ambos espécies integrantes de um mesmo gênero, o das normas jurídicas.¹⁰

O ordenamento jurídico apresenta-se, assim, não como um sistema fechado de regras que têm a pretensão da plenitude legislativa e da completude lógica, mas como um sistema aberto de princípios e regras, constituindo a sua positividade um processo no qual intervém o legislador, o juiz e a comunidade.

O que são princípios jurídicos? Inúmeras respostas têm sido dadas a esta questão, e entre elas a resposta de ALEXY, segundo o qual princípios são o mesmo que valores. Porém, como o Direito trata do que deve ser, do que é devido, há entre ambos

7. Ver G. ZACCARIA. Sul Concetto di Positività del Diritto”, in “Diritto Positivo e Positività del Diritto, org. G. Zaccaria, Ed. Giappichelli, Milão, 1989, p. 329, e ainda: “La positività giuridica non costituisce e non può essere concepita come l’espressione pressoché esclusiva di un autorità che pone, quanto piuttosto come l’esito di un procedimento e di una prassi articolata di soggetti, che continuamente si fanno”.

8. REALE, Miguel. Op. cit., p. 31.

9. Ao invés de descrever a factualidade, emprestando-lhe determinada consequência jurídica, o legislador reconhece que é importante para apreender, previamente, a totalidade das situações de vida merecedoras de tutela jurídica. Por isto, em determinadas situações, notadamente aquelas em que os padrões sociais não estão firmemente assentados, ou não podem ser assentados senão de forma provisória, como ocorre com os padrões técnicos e científicos, limita-se o legislador a conferir, mediante o modelo aberto, uma espécie de “mandado” para que o juiz possa, progressivamente, e à vista da alteração nos paradigmas sociais, culturais, científicos, éticos, etc., regular os casos concretos, criando, complementando ou desenvolvendo aquelas normas postas como “programas”, isto é, indicações de fins a perseguir ou de valores a garantir (Acerca da linguagem das cláusulas gerais escrevi em A Boa-Fé no Direito Privado, cit., pp. 273 a 380).

10. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, trad. esp. de Ernesto Garzón Valdés, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81 e ss.

os conceitos uma diferença a ser notada. Utilizando a classificação de VON WRIGHT¹¹ entre conceitos deontológicos (v.g., mandato, dever-ser, ordem, proibição, permissão, direito a), axiológicos (v.g., bom, mau, belo, corajoso, seguro) e antropológicos (v.g., vontade, interesse, necessidade, decisão). ALEXY assenta a distinção: “Princípios e valores são o mesmo, contemplado em um caso sob um aspecto deontológico e sob um aspecto axiológico”.¹²

Como nos princípios é ainda mais nítida a processualidade e dinamicidade da positividade – pois deve haver uma espécie de adesão moral da comunidade que permita a sua concreção mediante determinados significado e alcance – observa-se a razão pela qual, por intermédio dos princípios o Direito reaproxima-se da dimensão ética, afastada que fora pelo formalismo legalista, apresentando-se como um sistema axiologicamente orientado.¹³ Ao modelo da incomunicabilidade entre o Direito e as demais instâncias do todo social, notadamente a Ética, substitui-se o modelo da conexão, comunicabilidade e complementaridade.

Ilustrativa deste novo modelo é a Constituição Federal. Diferentemente do que ocorria no passado, quando às Constituições era emprestada a missão de tão-so-

mente definir as normas de organização e competência do Estado, hoje em dia tem-se a “Constituição principiológica”, que transforma em direito positivo, direito legal, certos princípios que tradicionalmente eram tidos como pré-positivos, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, entre nós expressamente reconhecido como princípio estruturante ou fundante do Estado Democrático de Direito.¹⁴

Inscritos comumente em cláusulas gerais, caracterizando o que se convencionou chamar de “conceitos jurídicos indeterminados”, os princípios ensejam uma nova maneira de aplicar o Direito: ao juiz hoje é reconhecida a competência de não apenas subsumir certos fatos às regras que os descrevem, mas, igualmente, o poder de concretizar – isto é – tornar concretos, atuantes e operativos – os princípios que traduzem valores.

Estas transformações metodológicas possibilitam a crítica e a reconstrução de certos conceitos fundamentais do Direito, abrindo espaço, por igual, à construção do Biodireito, termo que indica a disciplina, ainda nascente, que visa determinar os limites de licitude do progresso científico, notadamente da biomedicina,¹⁵ não do ponto de vista das “exigências máximas” da

11. In *The Logic of Preference*, apud Alexy, op. cit., pp. 139 e 140.

12. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit., p. 147.

13. CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, trad. Menezes Cordeiro, Ed. Fundação Gulbenkian, 1989, p. 66 e ss.

14. CF, art. 1º, inc. III.

15. PALAZANNI, Laura. Il concetto di persona tra bioetica e diritto. Turim: Giappichelli, 1996, p. 9.

fundação e da aplicação dos valores morais na *praxis* biomédica – isto é, a busca do que se “deve” fazer para atuar o “bem” – mas do ponto de vista da exigência ética “mínima” de estabelecer normas para a convivência social.¹⁶ Assim é que, muito embora recebendo contestações – porque importaria na “jurisdiciarização” indevida da biomedicina – mesmo assim tem crescido o endosso à formação do Biodireito como disciplina jurídica da bioética.¹⁷

O Direito desenvolve-se na História, e, por isto, um de seus papéis é o de mediar a dialética que por vezes resta estabelecida entre a tradição e a ruptura, entre os processos de continuidade e os de descontinuidade social. Seu papel não é, pois, o de cercar o desenvolvimento científico mas, justamente o de traçar aquelas exigências mínimas que assegurem a compatibilização entre os avanços biomédicos que importam na ruptura de certos paradigmas e a continuidade do reconhecimento da Humanidade enquanto tal, e, como tal, portadora de um quadro de valores que devem ser assegurados e respeitados.

Para o estabelecimento destas “exigências mínimas” interessará basicamente o conceito de pessoa humana, hoje em plena reelaboração teórica.

II – A Dignidade da pessoa humana como princípio comum ao Direito e à Bioética

Sob o seu estatuto epistemológico particular, o Direito também se ocupa da vida – do nascer e do morrer, de quem é pessoa, de sua filiação, de seus valores existenciais e de suas relações patrimoniais, de seus direitos (isto é, dos direitos que concernem à pessoa) e de seus deveres e responsabilidades. Portanto, falar em Direito é falar fundamentalmente em pessoa e em relação – o modo como se estabelecem as relações entre as pessoas (individual ou coletivamente consideradas), e as relações das pessoas com as coisas, bens materiais e imateriais.

Se em nosso horizonte axiológico o mais relevante for a relação entre a pessoa e os bens, economicamente avaliáveis, cresce em importância a idéia de pessoa como sujeito titular de um patrimônio. Essa idéia foi a modulada pela Era Codificatória, assim entendida a que se seguiu às grandes codificações oitocentistas correspondentes à ascensão do individualismo burguês e do capitalismo. Aí foi desenhada a idéia de pessoa como “sujeito” e como “indivíduo”.

O discurso jurídico é sempre um discurso conotado¹⁸ e, por recorrências lexicais

diversas, seu dicionário é de certa forma, autônomo.¹⁹ Pessoa, Sujeito, Personalidade são palavras que têm diversas conotações no tempo e no espaço.²⁰ No discurso pandectista do século XIX, a palavra “sujeito” depreendeu-se das subjetividades que mais tarde a psicanálise viria revelar e conotou-se a uma idéia externa, objetivada, por assim dizer, a idéia de um “sujeito” que é visto tão-só como “termo” ou “elemento” da relação jurídica, como aquele que pode (é capaz de) ser titular de direitos, atuando na ordem jurídica. Sujeito que é privilegiadamente o “indivíduo”, porque não mais definido pela pertença a um grupo, casta, classe, família, status, porque apartado (dividido) de um todo, de uma comunidade que o ultrapassa:²¹ significações reveladoras da “lógica proprietária”²² que revestiu a própria idéia de pessoa humana.

Submergida a idéia de “pessoa” na de “indivíduo” (ao senso “egoísta” do termo) e não visualizada a de “personalidade” pela preeminência do conceito técnico de “capacidade”, traçaram-se as tramas semânticas que acabaram por fundir o “ser pessoa” com o “ser capaz de adquirir direitos e contrair obrigações”. Em outras palavras, instrumentalizou-se a personalidade humana, reproduziu-se, na sua conceituação, a lógica do mercado, o que conduziu à desvalorização existencial da idéia jurídica de pessoa, para torná-la mero instrumento da técnica do Direito,²³ ponto que foi percebido com especial nitidez pela civilista argentina AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI segundo a qual, sob a ótica codificatória oitocentista o dano (*el mal hecho*) à pessoa se justificava “*en la supuesta existencia de un verdadero derecho del sujeto*”

19. A. J. GREIMAS. *Semiótica e Ciências Sociais*, cit., 76.

20. Como sintetiza com precisão MAREN TABORDA, com base na lição de RICCARDO ORESTANO (*In “Il Problema delle persone giuridiche”* in *Diritto Romano*. Turim: Giappichelli, 1968), “no Direito Romano antigo, a palavra ‘pessoa’ tinha o significado normal de ‘homem’, sem qualquer alusão à sua capacidade. Embora largamente empregado, o termo *persona* não tinha um valor técnico, e tanto era ‘pessoa’ o homem livre quanto o escravo – *persona servī* –, ainda que este não fosse considerado sujeito de direito. Para o ser sujeito de direito, além da condição ‘ser homem’, concorriam mais três, a saber: ser livre, cidadão e senhor de si mesmo – *sui iuris*. Só nos textos pós-clássicos é que emerge um emprego diverso do termo, para exprimir uma noção que se avizinha ao que os modernos entendem por ‘capacidade jurídica’. A mesma indistinção entre o ‘ser humano’ e o ‘ser pessoa’ continuou na compilação justinianéia e – recorro ainda a Maren Taborda – “os glosadores civilistas bolonheses continuaram a não lhe atribuir, em referência ao homem, qualquer particular significação jurídica, sendo apenas na canonística, mais precisamente na obra de Sinibaldo de Fieschi (futuro papa Inocêncio IV), que se passou a aplicar correntemente o termo *persona* para designar entidades coletivas com uma configuração unitária e abstrata distinta de seus membros particulares”. (A Publicização da noção de pessoa jurídica como fator de construção da dogmática do “Estado de Direito”, inédito).

21. Da literatura, mais do que dos tratados jurídicos, vem esta compreensão. Lembro, a propósito, de “*Au plaisir de Dieu*”, o romance de Jean D’Ormesson (Paris: Gallimard, 1974).

22. A expressão é de DAVIDE MESSINETTI, *Personalità (Diritti della)*, verbete. In *Enciclopedia Giuridica*. Milão: Giuffrè, 1984, p. 356

23. Veja-se as observações de HANS HATTENHAUER, *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*, tradução espanhola de PABLO SALVADOR CODERCH, demonstrando as razões pelas quais desde Kant ter assentado na Metafísica dos Costumes que “pessoa é o sujeito cujos atos podem ser a si próprio imputados” operou-se a transmutação da idéia de “pessoa” para a de “sujeito”, abrindo caminho para a consideração da pessoa como “mero material para a construção de relações jurídicas”, reduzindo-se a idéia de personalidade à noção de “capacidade de direito”. Na doutrina brasileira veja-se ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA, “Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental do Direito Civil”, ensaio integrante de *A reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado*, org. Judith Martins-Costa, no prelo.

16. *Idem*, pp. 9 e 10.

17. Anota PATRICK FRAISSEIX: “*la question de la nécessité comme de l’opportunité d’une ‘judiciarisation’ de la biomédecine mérite d’être aujourd’hui dépassée gâce aux prodiges parfois inquiétants réalisés par la science*” (*La protection de la dignité de la personne et de l’espèce humaines dans le domaine de la biomédecine: l’exemple de la Convention d’Oviedo*, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, avril-juin 2000, p. 374).

18. A expressão é de A. J. GREIMAS, em *Semiótica e Ciências Sociais*, tradução de Alvaro Lorencini e Sandra Nitri. São Paulo: Cultrix, 1981, p. 75 ss.

sobre el próprio cuerpo, concebido a imagen y semejanza del derecho de Propiedad".²⁴ A frase "eu sou dono de meu corpo" expressa lapidarmente esta lógica. O corpo humano, reificado, é visto como objeto de um direito de propriedade, integrante de um patrimônio individual, e, como os demais bens patrimoniais, pode ser objeto de mercancia.²⁵

Mas, se, ao invés da relação entre a pessoa e os bens em primeiro plano estiver a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser "humana" – isto é, a pessoa em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular – passa o Direito a construir princípios e regras que visam tutelar essa dimensão existencial,²⁶ não-patrimonial, mas ligada fundamentalmente à proteção da pessoa e da personalidade humana e daquilo que é o seu atributo específico, a qualidade de "ser humano".

A valorização desta dimensão tem origem, paradoxalmente, na barbárie do século XX – o totalitarismo estatal,²⁷ eco-

nômico ou científico²⁸ – o qual teve como contrapartida a afirmação do valor da pessoa como titular da sua própria esfera de personalidade que, antes de ser vista como mero suposto do conceito técnico de capacidade, fundamenta-se no reconhecimento da dignidade própria à pessoa humana. Esta é a "novidade" que tem, para o Direito, o princípio da dignidade da pessoa. Como explica BERNARD EDELMAN,²⁹ embora a palavra "dignidade" fosse há muito conhecida, e a idéia de uma dignidade própria ao homem remonte à filosofia de Kant, a idéia da existência de uma proteção jurídica que é devida em razão da dignidade liga-se fundamentalmente a um duplo fenômeno, a barbárie nazista (que fez alcançar a idéia de crimes contra a humanidade, no Tribunal de Nuremberg) e à biomedicina, que coloca em xeque a própria identidade da humanidade como espécie.

Por este caminho, não isento de paradoxos e de décalages, opera-se um câmbio semântico específico, verifica-se a

passagem de um grau de significação a outro: a dignidade da pessoa, como princípio jurídico, vai designar não apenas o "ser da pessoa", mas a "humanidade da pessoa".³⁰ Esta é vista de uma perspectiva que não a confunde conceitualmente com o "sujeito capaz juridicamente", nem com o indivíduo atomisticamente considerado, significando, diversamente, "a reunião simbólica de todos os homens naquilo que eles têm em comum, a saber, a sua qualidade de seres humanos. Em outras palavras, é ela que permite o reconhecimento de uma pertença (appartenance) a um mesmo 'gênero': o gênero humano".³¹ A mudança de grau no significado está em que a dignidade é o atributo ou qualidade desta pertença: "se todos os seres humanos compõem a humanidade é porque todos eles têm esta mesma qualidade de dignidade no 'plano' da humanidade; dizemos que eles são todos humanos e dignos de o ser".³²

Por isto é que, mais do que uma "vazia expressão", como poderiam pensar os que estão ainda aferrados à concepção legalista estrita do ordenamento jurídico, a afirmação do princípio, que nos mais diferentes países tem sido visto como um princípio estruturante da ordem constitucional³³

– apontando-se-lhe inclusive um valor "refundante" da inteira disciplina privada³⁴ – significa que a personalidade humana não é redutível, nem mesmo por ficção jurídica, apenas à sua esfera patrimonial, possuindo dimensão existencial valorada juridicamente na medida em que a pessoa, considerada em si e em (por) sua humanidade, constitui o "valor-fonte" que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico.

É o que assinala o civilista argentino JORGE MOSSET ITURRASPE em termos candentes ao aludir à construção da categoria dos danos à pessoa: "Afirmamos desde ya que se trata de un cambio revolucionario. De una modificación que dice del humanismo del enfoque actual y de la deshumanización del Derecho anterior".³⁵ É, por igual, a perspectiva adotada pelo peruano CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO, pioneiro na América Latina no destacar a proteção jurídica à pessoa humana: "Referirse a la protección de la persona humana supone, como cuestión previa, determinar que tipo de ente es ella, considerada en si misma, per se. Es decir, indagar por la naturaleza misma del ser sometido a protección jurídica", pois é "la

24. *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, dirigido por BELLUSCIO y ZANNONI*. Buenos Aires: Astra, 1984, p. 34, comentário ao art. 68, apud J. Moisset Iturraspe, *El daño fundado en la dimensión del hombre*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1, 1995, p. 34.

25. Veja-se o instigante texto de MARIE-ANGÈLE HERMITE, "Le corps hors du commerce, hors du marché", *Archives de Philosophie du Droit*, T. 33, p. 323 e ss., na qual propõe a categorização das "coisas de origem humana" como escapatória à lógica do mercado para a apreciação daquilo que, no corpo, pode ser objeto de relação jurídica (sangue, órgãos, etc.).

26. Por esta razão, e, aliás, como tudo no Direito, o conceito de pessoa não é "dado", mas um "construído Expressou com rara felicidade esta idéia François Miterrand, em mensagem dirigida em 1985 aos participantes de colóquio sobre genética, procriação e direito, ao afirmar: "a história dos direitos do homem é a história da própria noção de pessoa humana, da sua dignidade, da sua inviolabilidade". ("Atas do Colóquio Genétique, Procréation et Droit", *Actes Sud*, PUF, 1985, p. 14, cit., por Mário Raposo, *Procriação Assistida – Aspectos Éticos e Jurídicos*, p. 91).

27. Acerca dos vários totalitarismos, notadamente o político, veja-se CELSO LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

28. Acerca especialmente do totalitarismo da ciência veja-se BERNARD EDELMAN, "Sujet de droit et technoscience", in *La personne en danger*. Paris: PUF, 1999, p. 397.

29. "La dignité de la personne humaine, un concept nouveau", in *La personne en danger*. PUF, 1999, p. 505.

30. *Idem*, p. 507.

31. *Idem*, p. 509, traduzi.

32. *Idem, ibidem*, traduzi.

33. Acolhem a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional, entre outros países, a Itália (art. 3º da Constituição de 1947), a Alemanha (art. 1º, alínea I da Lei Fundamental de Bonn), a Grécia (art. 7º da Constituição de 1975), Portugal 9 arts. 1º, 13, § 1º e 26, § 2º da Constituição de 1976), a Espanha (art. 10, § 1º da Constituição de 1978).

34. Na literatura italiana, PIETRO PERLINGIERE, *Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale* e na literatura brasileira, o artigo pioneiro de MARIA CELINA BODIN DE MORAES, *A caminho de um Direito Civil Constitucional* e a monografia de Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Renovar, 1998.

35. "El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad", in *Daños a la persona*. Revista de Derecho Privado y Comunitario. T. 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 11.

necesaria aproximación a la calidad ontológica del bien a tutelar (que) nos permitirá precisar tanto los criterios como la técnica jurídica susceptibles de utilizar para lograr este primordial objetivo".³⁶ Ou como entre nós afirmou recentemente JOSAPHAT MARINHO ao aludir à disciplina dos direitos da personalidade, "o homem, por suas qualidades essenciais, e não propriamente o dado econômico, torna-se o centro da ordem jurídica".³⁷

A compreensão da dimensão e da operatividade deste princípio permite o enfrentamento jurídico de alguns aspectos que têm sido apontados pela Bioética como suas questões centrais. Por exemplo, em matéria de reprodução humana assistida, principalmente aquelas relativas à fecundação *in vitro*, é a tutela jurídica da pessoa que tem provocado verdadeira revolução no domínio da responsabilidade extrapatrimonial, por forma a permitir a solução de questões ligadas a falhas na segurança do material genético doado, seja devido à transmissão de defeitos genéticos, de doenças infecciosas, seja à guarda do material doado (possibilidade de furto, de destruição não intencional, de manipulação cri-

minosa, de troca, por negligência, do material de um doador por outro, etc.).

Também as tormentosas questões relativas à relação entre médico e paciente, seja na ponderação entre o princípio (bioético e jurídico) da autonomia, de um lado, e o dever médico de beneficência, de outro, podem ser melhor equacionadas pela concreção do princípio da dignidade da pessoa.³⁸ Este desdobra-se, além do mais, em outros princípios constitucionais, como o da tutela à vida privada e à intimidade,³⁹ o que tem ensejado aos Tribunais reequacionar casos de responsabilidade médica, por exemplo, pela indevida divulgação de dados relativos ao paciente, ou pela ausência de cuidados relativos ao bom resguardo do sigilo médico.⁴⁰

Será o princípio infringido – devendo a sua violação, ou a ameaça de violação receber resguardo jurídico, seja através de tutelas preventivas, seja mediante consequências indenizatórias, seja por cominações de nulidade – nos casos de mercantilização de sêmens e embriões e do próprio ser humano ("mães-de-aluguel"), ou, ainda em matéria de RHA, diante da possibilidade de eugenia, que também in-

fringe o princípio constitucional da igualdade,⁴¹ o qual proíbe qualquer discriminação, por raça, sexo ou gênero.

A concreção do princípio da dignidade da pessoa pode solucionar, ainda, algumas questões ligadas ao direito de família, resultantes, por exemplo, da exigência de consentimento do marido ou companheiro e à irrevocabilidade deste consentimento. Assim como ninguém pode ser compelido a ser doador de sêmen, ou a aceitar a paternidade de criança que é biologicamente descendente de outra pessoa, pois a autonomia é consequência do reconhecimento da dignidade, assim também o é a auto-responsabilidade. Por isto, nos casos em que houve inseminação heteróloga, com o consentimento do companheiro, gerado o novo ser, este tem a sua dignidade reconhecida. Nesta perspectiva, o princípio da dignidade da pessoa conduz a uma interpretação conforme a Constituição das demais regras do sistema acaso não perfeitamente compatíveis e dos demais princípios, inclusive os bioéticos, tais quais os constantes do Código de Ética Médica,⁴² de modo a poder-se concluir pela preclusão do direito do homem que consentiu com a inseminação artificial heteróloga em sua mulher a impugnar posteriormente a paternidade, que é presumida.

O princípio tem fundamental importância também no que concerne ao tema da clonagem em seres humanos.

Em 1997, quando criou-se a famosa Dolly a partir da clonagem de uma célula diferenciada, um jornal inglês expressou, numa manchete um tanto alarmista, a perplexidade que ainda nos domina: "Hoje a ovelha, amanhã o pastor".⁴³ A clonagem, em si mesma considerada, pode trazer benefícios, um dos quais é o progresso da ciência, sabendo-se que a pesquisa básica é um dos horizontes axiológicos da humanidade e o conhecimento científico um dos grandes interesses humanos.⁴⁴ Contudo, sem esquecer os benefícios que a clonagem efetivamente traz, resta a questão ética que reflete-se necessariamente no Direito.

A questão ética em torno dos clones humanos, um dos temas recorrentes do imaginário humano, como lembra MARCIANO VIDAL⁴⁵ recoloca no centro do debate bioético e biojurídico, e em plena era da chamada Pós-Modernidade, um dos eixos centrais da Modernidade, qual seja, a idéia de um Direito com valor universal, centrado na ética kantiana acerca da dignidade da pessoa humana: em todas as discussões que têm sido levadas a efeito nos meios científicos e nos comitês de

36. "Protección a la persona humana". In *Revista Ajuris* nº 56. Porto Alegre, 1992, pp. 87 e 88.

37. "Os Direitos de Personalidade no Projeto do Novo Código Civil Brasileiro". In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, col. *Stvdia Iuridica*, 40, in Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra, 2000.

38. Que se apresenta como a tradução jurídica de princípios bioéticos, como demonstram ESTHER LOPES PEIXOTO (*A tutela da engenharia genética: reflexões sobre a sua concretização no âmbito do Direito Privado*) e PAULO GILBERTO COGO LEIVAS (*A genética no limiar da eugenia e a construção do princípio da dignidade da pessoa humana*), ambos integrantes de "A reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado", org. Judith Martins-Costa, citado.

39. CF, art. 5º, inc. X.

40. Veja-se o ensaio de LUCIANA MABILIA MARTINS, "O Direito Civil à Privacidade e à Intimidade", também integrante de *A reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado*, org. Judith Martins-Costa, citado.

41. CF, art. 5º, *caput*.

42. Que integram o ordenamento jurídico, na medida em que atuam como tópicos hermenêuticos no momento da aplicação do Direito.

43. VIDAL, Marciano. "Clonagem: Realidade Técnica e Avaliação Ética", in *Ética e Engenharia Genética, Concilium/275 – 1998-2*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998, pp. 125-137.

44. VIDAL, op. cit., p. 129.

45. E, por isto mesmo expressando-se seja por meio da literatura (o desejo fáustico de perpetuar-se idêntica e indefinidamente, ou o duplê de Dorian Gray para Oscar Wilde), do cinema de ficção científica ("Meninos do Brasil"), da revanche feminista da procriação sem a presença masculina, dos mitos acerca da procriação virginal ou assexuada, ou dos "duplos" Castor e Pólux de que fala a mitologia grega (ver VIDAL, op. cit., pp. 130-131).

bioética, o questionamento ético básico é o de utilizar um ser humano como meio e não como fim.

É do jusfilósofo VICENTE BARRETTO a sagaz percepção da idéia kantiana de um “direito cosmopolita” como fundamento de uma disciplina ora nascente, o Biodireito. Numa época em que Direito e Filosofia não estavam perfeitamente distinguidos, Kant investigou a possibilidade de uma ordem jurídica fundada em valores universais e, à diferença dos filósofos que o antecederam, abandona a tradição jusnaturalista fundada na existência de princípios inatos ou naturais e lança a idéia de um “direito cosmopolita”.⁴⁶

Em rapidíssima síntese, consiste o direito cosmopolita no tipo de norma que ultrapassa as comunidades nacionais e identifica-se como sendo a norma de uma comunidade planetária. Assentou Kant no “Projeto para uma Paz Perpétua”, de 1790, que “em todos os lugares da terra rege-se de uma forma idêntica à violação do direito cosmopolita”, sendo este direito “um complemento necessário do código não escrito, tanto no direito civil, como no direito das gentes, em vista do direito público dos homens em geral”.⁴⁷ Como explica BARRETTO, a idéia kantiana de direito cosmopolita refere-se, principalmente, ao entendimento de que a evolução histórica, e com ela as luzes da razão, iriam encontrar normas com fundamentação ética, que poderiam ser consideradas como uma forma

de direito, que se imporiam com a força de sua própria racionalidade.

Por isto propõe, com integral pertinência, a utilização desta categoria para determinar até que ponto os valores éticos podem constituir-se em categorias racionalizadoras e legitimadoras de uma nova ordem jurídica, a que defronta-se e enfrenta os problemas trazidos pelo progresso científico, na medida em que “essa categoria do direito cosmopolita permite que se tenha uma leitura propriamente moral dos direitos humanos, podendo-se mesmo entender essa categoria de direitos como uma manifestação dos valores éticos no sistema jurídico”.⁴⁸

Ora, se a maioria das Constituições dos países ocidentais reconhece, de forma implícita ou explícita o princípio da dignidade da pessoa humana como o valor-fonte do ordenamento, é preciso reconhecer que a proposição kantiana retomada por BARRETTO concilia-se à perfeição não só com o comum topos constitucional mas, igualmente, com a série crescente de documentos e regulações, éticos e jurídicos, que pretendem ter validade universal, e do qual é o maior exemplo a recente Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, adotada pelo consenso de mais de 80 Estados representados na reunião do Comitê de Especialistas Governamentais do Comitê de Bioética da UNESCO, e apresentada para adoção na 29ª Sessão da Conferência Geral da

46. BARRETTO, Vicente de Paulo. “Bioética, biodireito e direitos humanos”, in *Teoria dos Direitos Fundamentais* (org.) de Ricardo Lobo Torres. Renovar, 1999, p. 378.

47. *Idem*, p. 381. A citação refere-se ao texto de Kant, transcrito por BARRETTO.

48. *Idem*, p. 379.

UNESCO realizada entre 21 de outubro e 12 de novembro de 1997.⁴⁹

Também refletindo o “direito cosmopolita” e igualmente assentados sobre o mesmo fundamento estão vários textos normativos internacionais,⁵⁰ entre os quais destaca-se a Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina adotada em 1996 pelo Conselho de Ministros do Conselho da Europa (“Convenção de Oviedo”), cuja configuração é de uma “convenção-quadro” “destinada a preencher o vazio jurídico no qual a biomedicina e suas aplicações (a genética) tem podido evoluir até o presente momento”, como acentua PATRICK FRAISSEIX.⁵¹ Entre os consideranda constantes no seu Preâmbulo está a advertência de que o uso desviado da Biologia e da Medicina pode conduzir à prática de atos que ponham em risco a dignidade humana.

O seu art. 2º determina que os interesses e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse isolado da sociedade ou ciência – escalonando, assim,

os valores da dignidade e do progresso científico, com preeminência do primeiro. Em ambas, seja na Convenção europeia, seja na da UNESCO, encontra-se explícita a idéia de dignidade em sua dupla acepção, a dignidade do homem e a da humanidade, à qual se agrega a idéia da salvaguarda da identidade humana como identidade da espécie humana.

Os textos normativos da mais variada escala o afirmando, não só aos juízes, na tarefa de aplicar o Direito, e a comunidade científica, como destinatária das regras e princípios do ordenamento é que dirige-se o princípio da dignidade da pessoa humana. Este também está endereçado ao legislador infraconstitucional, que tem ao seu encargo o regramento de alguns casos problemáticos. A lei tem, muitas vezes, um valor simbólico, impondo com mais facilidade os limites que poderiam ser, em tese, deduzidos dos princípios constitucionais e daqueles afirmados nas convenções internacionais.⁵²

49. A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos de 1997, após afirmar que “o genoma humano subjaz à unidade fundamental de todos os membros da família humana e também ao reconhecimento de sua dignidade e diversidade inerentes”, constituindo, num sentido simbólico, “a herança da humanidade” (art. 1º) veda a possibilidade de o genoma humano em seu estado natural “dar lugar a ganhos financeiros” (art. 4º) e proíbe, taxativamente, “práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem reprodutiva de seres humanos” (art. 11). Toda a Declaração é fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, “direito de todos” (art. 2º, primeira parte) a qual resta especificada, neste campo, pela vedação de reduzir-se os indivíduos “a suas características genéticas”, impondo o respeito a “sua singularidade e diversidade” (*idem*, segunda parte).

50. Assim as normas que, ao longo do tempo, em especial a partir dos anos 80, vêm sendo produzidas pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, em especial as suas recomendações e resoluções como, exemplificativamente, as relativas aos direitos dos pacientes (nº 616/76); à utilização de embriões e fetos humanos para fins diagnósticos, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais (nº 1.046/86 e 1.100/89), à AIDS e aos direitos humanos (nº 1.116/89), à harmonização das regras em matéria de autópsia (nº 1.159/91), a relativa à elaboração de uma Convenção de Bioética (nº 1.160/91), que veio a resultar na Convenção de Oviedo.

51. “La protection de la dignité de la personne et de l'espèce humaine dans le domaine de la biomédecine: l'exemple de la Convention d'Oviedo”. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, avril-juin 2000, p. 372.

52. Há questões que, por sua minudência, carecem de uma punctual regulamentação legislativa. Entre nós na questão da clonagem vigora a Lei nº 8.974/95, que estabeleceu as normas para uso das técnicas de engenharia genética. O item IV do art. 8º veda a “produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível”. Da mesma forma, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, talvez

O fato de o princípio dirigir-se ao legislador significa, fundamentalmente, que este está adstrito à sua observância por ocasião da elaboração legislativa. Em outras palavras, o legislador não é livre para elaborar o conteúdo da lei, pois, na forma do sistema constitucional vigente, deve observar os valores postos na Constituição, auxiliando a sua concreção, sob pena de inconstitucionalidade da lei.

Várias questões estão a merecer regulamentação punctual, como a questão do incesto: a proibição jurídica do incesto pode ser infringida na técnica da RHA heteróloga em razão da exigência de anonimato dos doadores. Dois valores, então, entrarão em choque, de um lado, a proteção da privacidade do doador, de outro, o direito da criança assim gerada de conhecer a sua ascendência biológica.

Também está a merecer urgente regulamentação a candente questão da apropriação e mercantilização do material genético, que poderia ser objeto de registro e patenteamento, recaindo, assim, sob as regras da propriedade intelectual. O anúncio da descoberta da cartografia genética colocou este tema na ordem do dia. O governo francês assegurou, pelo seu Ministro da Pesquisa da França, ROGER-GÉRARD SCHWARTZENBERG, que os dados do projeto Genoma “foram colocados à dispo-

sição do domínio público desde sua obtenção, sem restrição de utilização”, entendendo que as seqüências brutas do genoma humano não podem ser patenteadas porque “o saber genético não pode ser confiscado.” Contudo, esta não é uma posição consensual. No mesmo dia, o Diretor Adjunto do Centro Nacional de Seqüenciamento, o Genoscope, órgão que representa o país no Projeto Genoma Humano, FRANCIS QUETIER, afirmou à imprensa não haver “harmonização entre países parceiros no projeto, principalmente entre EUA e Europa”, no que se refere ao patenteamento de genes.⁵³

No Brasil, vem de ser editada a Medida Provisória nº 2.052⁵⁴ pela qual as instituições nacionais da área biológica podem se associar a instituições estrangeiras para pesquisar amostras de componentes do patrimônio genético do país, podendo inclusive o material ser remetido para o exterior.⁵⁵ Empresas privadas, como a norte-americana Celera, realizam o seqüenciamento do código genético e, com certeza, utilizarão seus dados segundo a lógica do mercado, como objeto suscetível de apropriação e de lucro, produzindo conhecimento para ser vendido.

Para além dos danos que pode trazer à humanidade (por exemplo, ao restringir o acesso aos dados por barreiras econômicas)

a mercantilização do material genético implica também em atentado à vida privada: empresas de seguros poderão, com bases nesses dados, recusar seguro, ou aumentar o valor do prêmio, em face da potencialidade do organismo para certas doenças e empregadores poderão recusar trabalho.⁵⁶

Todas estas são angustiantes questões que animam e justificam a reflexão bioética, encontrando, porém, possível via de enfrentamento jurídico com base no princípio da dignidade e nas regras legais que para a sua concreção concorram.

Resta, contudo, a questão fundamental do Biodireito, para a qual o mencionado princípio não aponta de imediato uma solução: esta reside na própria idéia de “pessoa” que está na sua base.⁵⁷

Se já há um relativo consenso na comunidade internacional acerca da valência do princípio da dignidade da pessoa humana como cânone hermenêutico e integrativo para o juiz, como fonte de criação de deveres ao legislador e como imposição de limites aos cientistas, havendo concordância em fixar os limites da ação manipulativa não terapêutica lícita e ilícita no reconhecimento da pessoa, não se sabe, porém, quem deve ser considerado pessoa.

O conhecimento científico fez com que houvesse uma verdadeira “décalage” entre o conceito jurídico de “pessoa” e o conceito científico de “ser humano vivo”. É bem verdade que, na história, nem sempre houve a coincidência (basta pensar no estatuto do escravo e na personificação das coisas e animais, própria ao pensamento arcaico), havendo, contudo, indicações da coincidência já no Direito Romano e no Direito Medieval,⁵⁸ muito embora certos textos romanos vissem no embrião mera parte das vísceras maternas, *portio mulieros vel viscerum*.⁵⁹

A Modernidade, ao construir os conceitos gerais-abstratos, assentou duas máximas que até hoje fazem fortuna, qual seja, “todo o homem é pessoa” e “só o homem é pessoa”, qualificando, porém, como “homem” (ou como “pessoa”) o ser humano nascido com vida. A qualificação de pessoa restou assim condicionada a um determinado momento (o do nascimento), então tido como o do início da vida. Para o Direito vigente a “pessoa” à qual é reconhecida o atributo da “personalidade”, sendo portanto “sujeito” é o ser que nasce com vida,⁶⁰ findando-se a personalidade com a morte.

Esta é a qualificação que agora vem posta em xeque, pois enquanto o Direito

56. “Nos EUA, a lei regula estes casos, proibindo a discriminação com base em *handicap*” (*Rehabilitation Act* de 1973 e o *Americans with disabilities act*, de 1990).

57. Para uma análise da “aventura semântica” que recobre o termo “pessoa” em perspectiva histórico-filosófica, e da sua atual recuperação como categoria prática, veja-se L. PALAZZANI, *op. cit.*

58. Demonstrando a existência de regras que asseguravam a paridade, no plano normativo, entre os conceitos de nascituro e nascido, PIERANGELO CATALANO, “Os nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-Americano”, in *Revista de Direito Civil*, vol. 45, 1988, p.55.

59. Esta é a indicação que é difundida nos manuais. Assim, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 14. ed., vol. I, *Forense*, 1993, p. 158, sem indicação da fonte romana.

60. Código Civil, art. 4º, assegurando-se ao nascituro não o atributo da personalidade, mas certos direitos se chegar a nascer.

extrapolando a sua competência legal, baixou uma Instrução Normativa nº 08/97, de 09 de julho de 1997, proibindo a manipulação genética de células germinativas ou totipotentes humanas, assim como os experimentos de clonagem em seres humanos. Vale ressaltar que atualmente existem quatro projetos de lei tramitando no Congresso Nacional sobre a questão da clonagem de seres humanos.

53. *Folha de São Paulo*, Caderno Ciência de 27.06.2000.

54. Publicada no DOU de 30 de junho de 2000.

55. Desde que assinado Termo de Transferência ou Contrato.

situa o início da vida no nascimento, a Biociência o situa anteriormente, na fertilização (fecundação ou concepção), inclusive a Psicologia percebendo já no embrião as características de individualidade e singularidade próprias de cada ser humano.⁶¹

Por isto é que, como assinala LAURA PALAZZANI, “a originária e intuitiva coincidência entre ‘pessoa’ e ‘ser humano’ está posta em dúvida no debate bioético e biojurídico, com a conseqüente exclusão de alguns seres humanos do reconhecimento do estatuto de pessoa”.⁶² A *décalage* entre Direito e a Biociência, fundando-se na separação entre vida biológica do ser humano e vida da pessoa, decorre da “teorização da post-cipação do início da pessoa ao início da vida do ser humano e da ante-cipação do fim da pessoa ao fim da vida do ser humano”.⁶³

Esta é, por conseqüência, a questão fundamental, o horizonte problemático da Bioética e do Biodireito.

Contudo, se como procurei demonstrar, não mais sobrevive a ficção de que o Direito é uma “ciência pura”, separada da Ética – se pelo contrário, os grandes temas jurídicos são também os grandes temas éticos – será tarefa da reflexão bioética fornecer ao Direito os parâmetros que permitirão

a reconstrução da idéia de pessoa fundada na coincidência entre pessoa e ser humano. Poder-se-á pensar, assim, na extensão da idéia de “dignidade da pessoa” de um quadro de singularidade, que a caracterizou no século XX, para a apreensão daquilo que, no conceito, relaciona-se com o gênero humano, preenchendo-se o conteúdo do princípio com a noção de uma “dignidade da humanidade” que, entendida concreta, e, portanto, historicamente, atue como guia, critério e limite aos dilemas trazidos pela Revolução Biotecnológica.

Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales* (trad. de Ernesto Garzón Valdés). Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARRETTO, Vicente de Paulo Barretto. “Bioética, biodireito e direitos humanos”. In *Teoria dos Direitos Fundamentais* (org de Ricardo Lobo Torres). Renovar, 1999, p. 378.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (trad. de Antonio Menezes Cordeiro). Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1989.
- CATALANO, Pierangelo. *Os nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-Americano*. Revista *Direito Civil*, vol. 45, 1988, p. 55.

61. É de ser registrada a percepção de PONTES DE MIRANDA, nos meados do século transcurso, ao afastar as teorias ficcionistas, que construíram a proteção do nascituro com a ficção de já ter nascido, ou as que pretendiam qualificar o nascituro como se personalidade tivesse em decorrência do início da vida, identificando “homo e persona, o que vai entrar na vida social e o que já entrou” (*Tratado de Direito Privado*, T. 1, § 51). “Tal identificação”, afirma, “foge à verdadeira natureza do direito: protege-se o feto, como ser vivo, como se protege o ser humano já nascido, contra atos ilícitos absolutos e resguardam-se os seus interesses, para o caso de nascer com vida; biologicamente, o conceptus sed non natus já é homem; juridicamente, esse ser humano ainda não estreou na vida social, que é onde se enlaçam as relações jurídicas” (*idem, ibidem*).

62. *Op. cit.*, p. 3, traduzi.

63. *Idem*, p. 34, tradução minha.

- CUNHA, Alexandre dos Santos. “Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental do Direito Civil”. In *A reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado*, org. Judith Martins-Costa, no prelo.
- D’ORMESSON, Jean. *Au plaisir de Dieu*. Paris: Gallimard, 1974.
- EDELMAN, Bernard Edelman. “Sujet de droit et technoscience”. In *La personne en danger*. Paris: PUF, 1999.
- _____. “La dignité de la personne humaine, un concept nouveau”. In *La personne en danger*. Paris: PUF, 1999.
- FRAISSEIX, Patrick. “La protection de la dignité de la personne et de l’espèce humaines dans le domaine de la biomédecine: l’exemple de la Convention d’Oviedo”. In *Revue Internationale de Droit Comparé*, nº 2, avril-juin 2000.
- GREIMAS, A.J. *Semiótica e Ciências Sociais* (trad. de Alvaro Lorencini e Sandra Nitrini). São Paulo: Cultrix, 1981.
- HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil* (trad. Pablo Salvador Coderch). Barcelona: Ariel, 1987.
- HERMITTE, Marie-Angèle. “Le corps hors du commerce, hors du marché”. In *Archives de Philosophie du Droit*, nº 33, 1988.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. de José Lamego). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. “A genética no limiar da eugenia e a construção do princípio da dignidade da pessoa humana”. In *A reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos funda-*

mentais no Direito Privado, org. Judith Martins-Costa, no prelo.

- MARINHO, JOSAPHAT. “Os Direitos de Personalidade no Projeto do Novo Código Civil Brasileiro”. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, col. Studia Ivridica, 40. Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra, 2000.
- MARTINS, Luciana Mabilia. “O Direito à Privacidade e à Intimidade”. In *A reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado*, org. Judith Martins-Costa, no prelo.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MESSINETTI, Davide. “Personalità” (Diritti della), verbete. In *Enciclopedia Giuridica*. Giuffrè: Milão, 1984, p. 356.
- MOISSET ITURRASPE, J. “El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad”. In *Daños a la persona*. Revista de Derecho Privado y Comunitario. T. 1, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. “A caminho de um Direito Civil Constitucional”. In *Revista Direito, Estado e Sociedade*, PUC, nº 1. Rio de Janeiro, 1991.
- NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- PALAZANNI, Laura. *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*. Turim: Giappichelli, 1996.
- PEIXOTO, Esther Lopes. “A tutela da engenharia genética: reflexões sobre a sua concretização no âmbito do Direito Privado”. In *A reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado*, org. Judith Martins-Costa, no prelo.

- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I, 14. ed., Forense, 1993.
- PERLINGIERE, Pietro Perlingiere. *Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 1991.
- PONTES DE MIRANDA, J. *Tratado de Direito Privado*. T. I, Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- RAPOSO, Mário. "Procriação Assistida – Aspectos Éticos e Jurídicos". In *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: Lex, 1991.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Verdade e Conjetura*. São Paulo: Nova Fronteira, 1983.
- _____. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Fontes e Modelos do Direito – para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SESSARIEGO, Carlos Fernandez. "Protección a la persona humana". In *Revista Ajuris* nº 56. Porto Alegre, 1992.
- TABORDA, Maren. *A Publicização da noção de pessoa jurídica como fator de construção da dogmática do "Estado de Direito"*. Porto Alegre, 2000, datilografado, inédito.
- VIDAL, Marciano. "Clonagem: Realidade Técnica e Avaliação Ética". In *Ética e Engenharia Genética*, Concilium/275 – 1998-2. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.
- VIOLA, Francesco, e ZACCARIA, G. *Diritto e Interpretazione – Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma: Laterza, 1999.
- ZACCARIA, Giuseppe. "Sul Concetto di Positività del Diritto". In *Diritto Positivo e Positivà del Diritto* (org. G. Zaccaria). Milão: Giappichelli, 1989.

Algumas contribuições da ciência histórica à tarefa do historiador do Direito

Laura Beck Varela

Mestranda em Direito pela UFRGS.

Introdução

A herança positivista legou à teoria do direito a identificação entre este e a lei, afastando-o da consideração de quaisquer elementos que não fossem estritamente jurídicos. Paralelamente, a vertente filosófica do jusnaturalismo racionalista contribuiu para a preponderância da concepção de um direito a-histórico, eterno, imutável.²

Há algumas décadas, contudo, têm surgido escritos sobre História do Direito, revelando a preocupação de traçar a evolução do fenômeno jurídico e da forma de pensar o direito, suas continuidades e

"El historiador no ofrece modelos, sino que señala el sentido de la línea. Digamos que disuelve el absolutismo del presente relativizándolo gracias a su inserción en la línea, pero dotándole así también de una conciencia más aguda de la propia dirección, de una dirección que no se encuentra certeramente trazada por un incesante movimiento evolutivo bajo el signo de un constante progreso, sino que está circunstanciadamente trenzada con el recurso de la única riqueza disponible para la experiencia humana, la vida enteramente vivida, en exposición completa con todo su patrimonio de valores y desvalores"¹ (PAOLO GROSSI, *Professor de História do Direito da Universidade de Florença, Itália*)

SUMÁRIO:

Introdução.
I – Notas sobre a ciência histórica.
II – Algumas contribuições da ciência histórica à tarefa do historiador do Direito.
Conclusão.
Bibliografia.

1. PAOLO GROSSI, "El punto y la línea (historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista del nostro tiempo)", discurso proferido por ocasião do recebimento do título de doutor *honoris causa* na Universidade de Sevilha, 1998, p. 29.
2. A elaboração dos códigos civis, nos séculos XVIII e XIX, corresponderia ao ápice de uma evolução que se vinha delineando desde os romanos. Trata-se do equivalente jurídico da noção de progresso histórico (Conforme LE GOFF, *História e Memória*, p. 14). PAOLO GROSSI aponta os fatores que explicam o fenômeno que ousamos chamar de "deshistoricização" do direito (ob. cit., p.20).

descontinuidades. Exemplos dessa tendência que busca resgatar a importância e a indispensabilidade da “perspectiva histórica” para a compreensão do jurídico são, dentre inúmeras outras, as obras de FRANZ WIEACKER, na Alemanha; BARTOLOMÉ CLAVERO, na Espanha; PAOLO GROSSI, na Itália; CABRAL DE MONCADA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA e ANTÔNIO MANUEL HESPAÑA, em Portugal; MIGUEL REALE e NELSON SALDANHA, no Brasil.

O presente estudo visa, destarte, apontar algumas questões para uma análise do estatuto epistemológico da disciplina da História do Direito. Quais seus limites, seu objeto, sua especificidade? Qual a tarefa do historiador do direito? É possível a elaboração de um instrumental teórico para análise do fenômeno jurídico no seio da História do Direito? Qual a sua contribuição, ao lado da Filosofia do Direito, para repensar a teoria do Direito?³ E qual a especificidade da História do Direito, que legitima sua caracterização como ramo da História (se for possível).

Não temos a pretensão de solucionar as inquietações indicadas, mas apenas de apontar alguns caminhos. É na historiografia que encontraremos apoio para tais reflexões. Assim, na primeira parte do trabalho em epígrafe, tratar-se-á de algu-

mas questões concernentes ao estatuto científico da História, seu objeto e sua relação com o tempo, à luz da contribuição de duas das principais escolas da história analítica/estrutural: marxismo e escola dos *Annales*.

Evidentemente, tais notas, feitas na condição de *observateur* da ciência histórica, não pretendem esgotar a temática, antes dirigem seu olhar aos aspectos que podem ser relacionados com a disciplina da História do Direito – o que já revela a parcialidade e estreiteza da análise.

A partir desses pressupostos, intentaremos, na segunda parte, identificar algumas contribuições da História à História do Direito, tendo em vista as questões acima referidas, ou seja, a investigação sobre a natureza da História do Direito.⁴ Não são certamente as únicas “pontes” entre a História e a História do Direito; cuida-se tão somente dos primeiros passos num terreno ainda pouco explorado.

I – Notas sobre a ciência histórica

Considerando que o norte do presente estudo reside na reflexão sobre a História do Direito, e não sobre o estatuto epistemológico da História propriamente dita, iniciamos a abordagem da cientificidade na História com a seguinte passagem de HOBBSAWN:

“De fato, a insistência dos historiadores (...) em procedimentos estritamente científicos, onde cada declaração é acompanhada de provas, fontes de referências e citações, é às vezes pedante e trivial, principalmente agora que isso não participa mais de uma fé na possibilidade de uma verdade científica definitiva, positivista, que lhe conferia uma certa grandeza simplória. No entanto, os procedimentos do tribunal de justiça, que insistem na supremacia da evidência com a mesma força que os pesquisadores históricos, e muitas vezes quase da mesma maneira, demonstram que a diferença entre fato histórico e falsidade não é ideológica. (...) Quando uma pessoa inocente é julgada por assassinato, e deseja provar sua inocência, aquilo de que se necessita não são as técnicas do teórico pós-moderno, mas do antiquado historiador.”⁵

O autor, em sua crítica às vertentes da denominada pós-modernidade, aproxima a busca da verdade na história àquela tentada pelos operadores jurídicos nos

tribunais. A dupla história-ficção, que vem suscitando discussões em torno do estatuto cognitivo historiográfico, seria oposta à aproximação história-direito,⁶ como reação do paradigma racional científico às críticas pós-modernas.⁷

Assim, visualiza-se o que HOBBSAWN aponta ser o fundamento da ciência histórica: *a supremacia da evidência*, a busca da veracidade, que permanece sendo traço distintivo entre a história e as produções puramente ficcionais.

A modernização da ciência histórica, iniciada na segunda metade do séc. XVIII, tem como um de seus princípios básicos a racionalidade do método como estratégia cognitiva no trato da experiência passada.⁸ O método racional científico aplicado à História reflete-se, além da supremacia da evidência, na tentativa de elaboração de um instrumental teórico apto a investigar a realidade social. Busca-se a ruptura com o senso comum, ou saber ideológico,⁹ que elaboram explicações simples,

5. HOBBSAWN, *Não basta a história de identidade*, p. 287. Também PATRICK NERHOT identifica o método histórico, em sua busca de conhecer e atestar o verdadeiro, ao método jurídico, ou à busca judiciária da verdade nos tribunais (*In No principio era o Direito...*, p. 91).

6. Outro ponto comum seria o fato de o discurso de ambas ser, via de regra, fator de legitimação dos que estão no poder (PETERSEN, *O conhecimento histórico na atualidade*, p. 213). A relação entre *direito* e *poder* é particularmente evidenciada, não só pelo caráter exclusivamente estatal da produção da fonte jurídica (lei), mas também pelo fato de ser a composição de um dos três poderes da República inteiramente feita por egressos das faculdades de direito. Segundo RÜSEN, *orientar é tarefa da história (Narratividade...*, p. 80) – outro traço comum entre os dois discursos, em nosso entender.

7. ROUANET identifica três vertentes da crítica ao pensamento iluminista: a primeira seria encabeçada por ADORNO e HORKHEIMER, a segunda por FOUCAULT, e a terceira pelos pós-estruturalistas ou pós-modernos (“Razões do neo-iluminismo”. *In A criação histórica*. Cornelius Castoriadis e outros, p. 12). Também sobre a pós-modernidade e giro lingüístico na história: RÜSEN, J., *A História entre a Modernidade e a Pós-modernidade*; LACERDA, Sônia, *História, narrativa e imaginação histórica*; CÉZAR, TEMÍSTOCLES, *Sob o firmamento da história: o “mito” do texto como representação objetiva do passado*.

8. RÜSEN, *Narratividade e Objetividade...*, p. 81; CÉZAR, cit., p. 167.

9. BRAUNSTEIN, “*Cómo se constituye una ciencia?*”, p. 11. BACHELARD examina a formação do conhecimento científico em termos de obstáculos, que seriam causas de estagnação, de inércia do ato de conhecer (*A formação do espírito científico*, pp. 17-18). O primeiro obstáculo seria a opinião, experiência primeira, expressão do senso comum, que se forma antes da crítica (Ob. cit., pp. 18-19).

3. Tais inquietações orientam nosso estudo, ainda que não se tenha a pretensão de solucioná-las num trabalho de dimensões limitadas como o que ora se propõe.

4. É também a insatisfação com o indesejável distanciamento – historicamente explicável, diga-se de passagem – que o Direito mantém em relação às demais ciências sociais, que inspira o presente estudo.

confundindo o real com o aparente.¹⁰ Como as demais ciências sociais, a História elabora códigos de leitura do real (conceitos e relações entre conceitos) com o intuito de conhecer e interpretar a realidade social. Ao romper com o senso comum da memória coletiva,¹¹ elabora abstrações, “categorias perceptivas”.¹²

No plano historiográfico, consoante BRAUNSTEIN, o materialismo histórico constitui um referencial de elaboração teórica para compreensão da realidade, elegendo como conceito-chave o “modo de produção”, enquanto forma de organização do trabalho humano. Em torno dele articulam-se outros lugares teóricos assinalados por MARX,¹³ como infra-estrutura econômica, supraestrutura jurídico-política, ideologia, processo de sujeição, luta de classes como constante na história,¹⁴ etc.

Outra importante matriz historiográfica, ao lado do marxismo, foi a escola dos *Annales*.¹⁵

LUCIEN FEBVRE, um de seus fundadores, ensina que a história não é mero exercício de erudição, mas uma “explicação do homem e do social a partir dessa

coordenada preciosa, sutil e complexa – o tempo...”.¹⁶ MARC BLOCH acrescenta que não é o passado em si o objeto da história, mas a relação dos homens no tempo.¹⁷ A relação com o tempo consistiria na especificidade do conhecimento histórico, seu traço distintivo das demais ciências sociais.

É significativa, a respeito do tempo, a reflexão de FERNAND BRAUDEL.¹⁸ Opondo-se ao tempo curto, instantâneo, da história política tradicional, *événémentielle*, propõe três dimensões da temporalidade, a serem utilizadas pelos historiadores em suas análises do real. A primeira seria a dimensão temporal geográfica, quase imóvel, esfera das relações do homem com o meio. A segunda seria a história lenta, das civilizações, sociedades, Estados, economias. A terceira, concernente à história tradicional, seria a dimensão do indivíduo, as oscilações breves e rápidas, “agitações de superfície”.¹⁹ Insurge-se contra a imposição de um só ritmo (o ritmo ágil da conjuntura econômica), com seus imperativos e suas consequências lógicas, se há diversas con-

junturas, múltiplas realidades da vida social.²⁰

Para o historiador francês, a longa duração seria a linha mais útil para uma observação e reflexão comuns às ciências sociais, as quais não deveriam ocupar-se em tantas discussões sobre suas fronteiras, mas sim em traçar as linhas de uma pesquisa coletiva e de temas que permitam atingir uma convergência.²¹

O estudo da duração sob todas as suas formas permite que a História, dialética da duração, entre movimento e semi-imobilidade,²² penetre em todo o social, tendo em vista que tudo é História.²³ Essa idéia de *historicidade do social*, legado do historicismo do séc. XIX,²⁴ foi outra importante contribuição dos historiadores dos *Annales*, no sentido de ampliação das fronteiras do conhecimento histórico, da noção de fonte histórica e das investigações interdisciplinares.²⁵

A idéia de que tudo é História, ao estender os objetos do fazer histórico, constitui um primeiro passo para legitimar a existência de uma História do Direito enquanto disciplina autônoma, que examina uma

dentre as inúmeras dimensões do social: a dimensão jurídica. É dela que nos ocuparemos no item que segue.

II – Algumas contribuições da ciência histórica à tarefa do historiador do Direito

A identidade entre os métodos jurídico e histórico seria um rico ângulo para reflexão sobre a racionalidade ocidental, afirma NERHOT.²⁶ Como já referimos no início do item anterior, o paradigma do método jurídico e seu compromisso com a veracidade exclui, em princípio, teorizações sobre a *ficção* no direito. Há que se atentar, todavia, para a diferença entre a prática dos tribunais, e os métodos nela utilizados, e o método concernente à produção acadêmica do conhecimento jurídico, sujeito a semelhantes preocupações em torno da relação sujeito-objeto na construção do conhecimento.

No entanto, não se pretende aqui realizar um quadro comparativo, tampouco um exame das relações entre as duas disciplinas – o que remeteria à questão da interdisciplinariedade e os riscos da apro-

10. SEDAS NUNES, pp. 37-38.

11. LE GOFF antepõe memória coletiva à ciência histórica produzida na academia.

12. SEDAS NUNES, p. 39.

13. *Idem*, p. 16.

14. BRAUNSTEIN, pp. 14-15.

15. A Escola dos *Annales*, fundada por Bloch e Febvre, seria outra vertente da “história científica” iniciada com Ranke (Stone, pp. 97-98 e 100). Segundo Fontana, caracteriza-se pelo esforço de modernização formal da ciência histórica, encobrindo a ausência de um pensamento teórico propriamente dito. Outros traços seriam o ecletismo, a vontade globalizadora, com recurso a elementos de outras disciplinas – sociologia, antropologia, economia (Ob. cit., pp. 203-4, e 169-170).

16. *Apud* BRAUDEL, “Posições da história em 1950”. In *Escritos...*, p. 34.

17. *Apud* LE GOFF, *História*, p. 23.

18. A importância dos diversos ritmos da História será retomada adiante.

19. *Idem*, *Escritos...*, p. 14.

20. BRAUDEL, *O Mediterrâneo e o mundo mediterrâneo à época de Filipe II*. Vol. II, p. 262.

21. BRAUDEL, “História e ciências sociais. A longa duração”. In *Escritos*, pp. 75-77.

22. BRAUDEL, *O Mediterrâneo*. Vol. II, p. 261.

23. BRAUDEL, “História e sociologia”. In *Escritos*, pp. 98-99.

24. Sobre historicismo e sua formação no contexto da Alemanha do séc. XIX, vide J. FONTANTA, ob. cit., pp. 118 e 128. A categoria da historicidade do social é de grande importância para a reflexão aqui proposta. LE GOFF, citando P. VEYNE, afirma que a historicidade, incluindo no campo da história novos objetos (o que até então era considerado *nonévénémentiel*), colaborou para excluir uma idealização da História – já que tudo era História (Ob. cit., p. 19).

25. PETERSON, Sílvia. *O conhecimento histórico...*, p. 215.

26. *No princípio era o direito...*, cit.. A definição de Taine para o método histórico teria as seguintes etapas: 1) pesquisa dos fatos; 2) classificação dos fatos em classes; 3) defini-los; 4) estabelecer relações de dependência para verificar em que medida formam sistema com outras definições. Paralelamente, o método jurídico, segundo Maccormick, teria algumas semelhanças: 1) pesquisa dos fatos; 2) interpretação dos fatos (que compreende sua classificação); 3) interpretar as regras que se reportam a tais fatos; 4) apreciar as regras em relação ao conjunto/sistema de regras (Ob. cit., pp. 93-94).

priação indevida de conceitos de uma área por outra.²⁷ Busca-se investigar, à luz da historiografia, o estatuto cognitivo da história do direito, seus limites, sua especificidade, o que a torna um ramo da História, alguns elementos de uma possível “teoria da História do Direito”. Tais reflexões aparecem usualmente como um pequeno item introdutório às obras de História do Direito,²⁸ sem maior aprofundamento, a despeito de constituírem a opção epistemológica (ainda que inconsciente), o *modus operandi* do trabalho de investigação histórico-jurídica efetuada.

Primeiramente, faz-se mister identificar seu objeto. Para WIEACKER, o objeto da História do Direito seria a compreensão dos “ordenamentos jurídicos passados (ou, eventualmente, vigentes), através da exploração da dimensão histórica do direito”. A História do Direito Privado tentada pelo autor “ocupa-se dos pressupostos culturais e científicos do direito privado de hoje”.²⁹

Outros autores, como NUNO ESPINOSA,³⁰ indicam como objeto deste

estudo as causas do surgimento, evolução e transformação das regras jurídicas nas sociedades – o que remete ao problema das fontes³¹ do direito. Mas não só as regras constituem matéria do direito; a noção de *experiência jurídica* entraria como categoria do real de grande valia para o pesquisador:

“...o Direito não é, apenas, a regra jurídica (...) abrange tudo o que se relaciona não só com seu aparecimento, mas também com seu conteúdo, interpretação e aplicação, com eventuais distorções ou, ainda, com as reflexões que provoca”.³²

A temática das fontes e sua exegese remete à consideração do aspecto temporal da História do Direito, que enseja conseqüências importantes. Isto porque as fontes jurídicas, na maior parte dos casos, destinam-se à aplicação repetida,³³ têm pretensão de longevidade, exigindo uma unidade de medida temporal que não se coaduna com o tempo curto do evento.

As contribuições de BRAUDEL são valiosas nesse sentido. A categoria da longa duração, oposta ao tempo curto da his-

tória *événémentielle*, busca compreender as “espantosas permanências” que existem no interior das civilizações.³⁴ O Direito move-se predominantemente no ritmo dos *trends* seculares e das longas flutuações,³⁵ e não no tempo ágil das crises econômicas e dos eventos.

Não significa que não possa haver, no percurso histórico-jurídico, o evento, o tempo curto, em especial quando se trata do “jovem” direito constitucional e suas fontes – mais ligado às intempéries políticas (história política é, por excelência, a esfera do tempo *événémentiel*) do que, por exemplo, o direito civil, nascido entre os romanos, contando com longos dois mil anos de trajetória na cultura jurídica ocidental. Contudo, indubitável que o Direito, pela sua própria razão de ser, com sua aspiração à justiça e à *segurança* nas relações entre as pessoas na sociedade, transcorra sobre a repetibilidade estrutural, e seja espaço privilegiado para as permanências. Não se trata de uma esfera de imobilidade total: muda o direito, à medida em que se transforma a sociedade, pois é parte integrante do social, é reflexo das necessidades econômicas e políticas da conjuntura. É, nas palavras de PAOLO GROSSI, “dimensão da vida”.³⁶

Por vezes, como a ética e a moral, custa a absorver as modificações, ocorren-

do o fenômeno do “desuso” das regras. Outras vezes, pelo contrário, adianta-se em relação à moral vigente. Porém sua relação com a permanência segue sendo intrínseca: as próprias inovações operadas no plano jurídico só adquirem relevância pela sua capacidade de constituírem-se estruturas repetíveis.³⁷

Atentar para a peculiaridade do ritmo temporal no Direito não interessa somente à leitura da experiência jurídica, mas também aos pesquisadores de outras áreas que manuseiam fontes jurídicas em suas pesquisas – fontes que, além de exigirem hermenêutica própria, uma vez que sua linguagem e conceitos têm significado diverso da linguagem leiga,³⁸ devem ser vistas com atenção à sua dimensão temporal própria.

Na tentativa de “teorizar” o estudo jurídico-histórico, NELSON SALDANHA esboça alguns elementos e premissas que integrariam o instrumental teórico da disciplina. Refere-se a um sistema de referências que representam um modo de conhecer o direito, distinguindo uma mera investigação das realidades jurídicas e seus percursos históricos (pesquisa descritiva) do entendimento da realidade jurídica como fenômeno histórico.³⁹ Não seria um mero método de coleta de dados, mas almejaria a compreensão dos processos, sendo o regis-

27. PETERSEN, Silvia. *Algumas observações sobre a interdisciplinariedade*, pp. 109-111.

28. A única exceção em forma de livro, encontrado na Biblioteca da Faculdade de Direito da UFRGS, é *O problema da história no pensamento jurídico contemporâneo*, do professor pernambucano Nelson Saldanha. A obra de MIGUEL REALE, *Horizontes do Direito e da História*, coletânea de artigos diversos, contém alguns textos que abordam o tema. Nos periódicos, encontramos um antigo texto de CABRAL DE MONCADA, historiador português, publicado no Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra de 1929, intitulado *Problemas metodológicos da história do direito*.

29. WIEACKER, pp. 1-3.

30. *História do Direito Português*, pp. 9 e ss.

31. A palavra aqui designa os fatores que, numa dada sociedade, originam regras de conduta, tais como a lei, o contrato, o costume, os mitos nas sociedades primitivas. Outro sentido para o termo fonte seria aquele utilizado pelos historiadores: os textos jurídicos seriam a fonte por excelência, não só para a História do Direito, mas também para a própria ciência histórica e disciplinas afins, consoante o objeto de investigação.

32. ESPINOSA, Nuno. Ob. cit., p. 10.

33. KOSELLECK, *Histoire, Droit et Justice*, p. 175.

34. *O Mediterrâneo*. Vol. II, p.132.

35. *Idem*, pp. 262 e 265. Registra BRAUDEL que “...os movimentos longos das civilizações, suas florações, no sentido tradicional da palavra, surpreendem-nos e desconcertam-nos” (Ob. cit., p. 268).

36. GROSSI, *El punto y la línea (Historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista del nuestro tiempo)*, discurso proferido por ocasião do recebimento do título de doutor *honoris causa* na Universidade de Sevilha, 1998, p. 21.

37. KOSELLECK, p. 178.

38. *Idem*, pp. 176-177.

39. SALDANHA, cit., pp. 54-58.

tro dos eventos um ponto de partida, e sempre associada à concepção do direito como histórico, em oposição ao direito natural conservador e imutável. Tratando-se do Direito brasileiro, há que se ter em conta a tensão entre o legado europeu e a latência das espontaneidades criadoras, colocando as necessidades jurídicas nacionais em plano de independência, evitando-se a atitude de mimetista.⁴⁰

Em sentido semelhante, afirma KOSELLECK que a História do Direito teria como resultado uma linha cronológica (enfrentando, tal como o cientista-historiador, o problema da periodização)⁴¹ e uma estrutura sistemática.⁴²

Revela-se, portanto, ainda incipiente a tarefa de elaboração de um instrumental teórico da História do Direito, muito aquém dos lugares teóricos assinalados por MARX para compreender a realidade histórica. Conta-se apenas com algumas premissas que, contudo, já auxiliam o investigador, e, principalmente, reagem contra a mentalidade vigente, que concebe o direito como a-histórico, dissociado do todo social. A reflexão acerca da necessidade de rompimento com o senso comum (o “direito ofi-

cial” dos práticos) igualmente afigura-se relevante para evitar os relatos simplórios e a reprodução do discurso oficial de legitimação do poder.⁴³ A ruptura com o conhecimento vulgar da história oficial pode ser feita ao nível das perguntas,⁴⁴ mantendo uma postura científica de permanente interrogação, suscitando constantes releituras em torno do passado jurídico.⁴⁵

Assim, a reflexão à luz de pressupostos que, na Historiografia, já integram o corpo da disciplina, embora eventualmente possa parecer pobre ao historiador, ao historiador do direito aparece como um viés de análise enriquecedor, passo cognoscitivo indispensável para compreensão do que é o Direito.

Afinal, também a tarefa da História do Direito, em sua apropriação do passado, consiste na formação de uma identidade em torno da cultura jurídica, enquanto mecanismo de autopreservação social,⁴⁶ e teria missão cognitiva quanto à “autoconscientização do homem relativamente às suas próprias constituintes da existência humana captáveis directamente e inteligíveis em si próprio”.⁴⁷

40. *Idem*, pp. 99-99.

41. NUNO ESPINOSA aborda o problema da periodização na História do Direito, ob. cit., pp. 14-15. Nelson Saldanha elogia o esforço de juristas como Wieacker, Wolf e Michel Villey, quando propõem novas periodizações para a história do direito, acompanhadas do exercício de repensar as antigas fontes do direito romano, afastando as interpretações liberal-individualistas que caracterizaram a História do Direito até o início deste século (Ob. cit., p. 85).

42. KOSELLECK, p. 173.

43. A História contribui, ainda, para oferecer novos códigos de leitura para o fenômeno jurídico: além de ser visto como reação aos problemas sociais, ou como regulador de litígios, pode ser enfocado sob o prisma da contestação da ordem dada, a partir do questionamento acerca de seus mecanismos de elaboração, que refletem a legitimação do poder de certos grupos. Nesse sentido, é interessante a observação de CERTEAU, sobre as condições de produção do conhecimento histórico (*In La historia...*, pp. 23 e 29).

44. SEDAS NUNES, p. 43.

45. Tal qual a incessante reconstrução do passado pelos historiadores, mencionada por LE GOFF (Ob. cit., p. 25).

46. PETERSEN, *O conhecimento histórico...*, p. 213.

47. WIEACKER, p. 5.

Conclusão

As breves reflexões aqui expostas sobre a História do Direito foram feitas a partir de contribuições de duas das grandes escolas da história estrutural ou científica,⁴⁸ o marxismo e a escola dos *Annales*, a respeito da necessidade de elaboração de um instrumental teórico e da relação com o tempo, respectivamente. Trata-se, evidentemente, de possíveis visões sobre a relação entre História e História do Direito, sem a pretensão de exaustividade.

Do ponto de vista da História científica, afigura-se-nos legítima a constituição da História do Direito, como um de seus ramos especializados, dotado de ritmo peculiar e voltado à dimensão *jurídica* da realidade social (tendo em vista a historicidade do social, que ampliou os objetos “historicizáveis”).⁴⁹

A História do Direito, disciplina autônoma, conta com alguns pressupostos teóricos, algumas categorias que auxiliam o pesquisador na periodização e na construção do conhecimento. Cabe a ele buscar na ciência histórica seu instrumental, mantendo-se atento às discussões que ali desenvolvem-se (sem perder de vista as especificidades de seu objeto). Defendemos, ainda, a importância do *papel cultural da História do Direito*, essencial para a formação dos juristas de nosso tempo.⁵⁰

O objeto da História do Direito é circunscrito às formas da experiência jurídica dos homens no tempo (o que já não é pouco!). Não se pode, portanto, exigir-lhe explicações globais, tampouco respostas a perguntas equivalentes àquelas formuladas na seara História científica.⁵¹

Com isso, é válida a lição de KOSELLECK, no sentido de que a História do Direito precisa de outras abordagens historiográficas, não como meras auxiliares na leitura de seus textos, mas para a compreensão de uma História do Direito *integral*.⁵²

Acrescentaríamos que a História do Direito não apenas precisa dos conhecimentos trazidos pelas outras Histórias, enquanto troca interdisciplinar, mas fundamentalmente das contribuições relativas a seu corpo teórico, conceitos e categorias, devendo manter-se atenta aos debates sobre o estatuto epistemológico de sua “ciência-raiz”, que é a ciência histórica.

Bibliografia

BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BRAUDEL, Fernand. *O Mediterrâneo e o Mundo Mediterrâneo na Época de Felipe II*. Trad. da 4. ed. francesa (1979). São Paulo/Lisboa:

48. Ambas caracterizam-se pela extensão do objeto e modelo científico de conhecimento – princípio macro-explicativo e sistêmico (PETERSEN, ob. cit., p. 215).

49. LE GOFF, cit., p. 19.

50. GROSSI, ob. cit., p. 19.

51. Deixamos de lado, por ora, as críticas “pós-modernas” às explicações globais da História, bem como a discussão em torno da “volta à narrativa”.

52. KOSELLECK sustenta que os fenômenos de interdependência oferecem interpretações pertinentes, apesar de toda a reserva de revisão (Ob. cit., pp. 179-180).

- Martins Fontes – Publicações D. Quixote, 1984.
- _____. *Escritos sobre a História*. Trad. J. Guinsburg e Tereza Cristina Silveira da Mota. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- BRAUNSTEIN, NESTOR. “Cómo se constituye una ciencia?”. In *Psicología: Ideología y ciencia*. México: Siglo XXI, 1979.
- CERTEAU, Michel de. *La historia, ciencia y ficción*. História, México, INAM, nº 16, 1987.
- CÉZAR, Temístocles. “Sob o firmamento da História: o ‘Mito’ do texto como representação objetiva do passado”. In FELIX, Loiva, e ELMIR, Cláudio (org.). *Mitos e heróis*. Porto Alegre: UFRGS, 1998.
- FONTANA, Josep. *História: análise do passado e projeto social*. Trad. Luiz Roncari. São Paulo/Bauru: EDUSC, 1998.
- GROSSI, Paolo. *El punto y la línea (historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista del nuestro tiempo)*. Discurso proferido por ocasião do recebimento do título de doutor *honoris causa* na Universidade de Sevilha, 1998.
- HOBSBAWN, Eric. “Não basta a história de identidade”. In *Sobre História*. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.
- KOSELLECK, R. “*Histoire, Droit et Justice*”. In *L'expérience de l'histoire*. Trad. Alexandre Escudier. Paris, Seuil, Gallimard, Hautes-Études, 1997.
- LACERDA, Sônia. “História, narrativa e imaginação histórica”. In SWAIN, Tania. *História no plural*. Brasília: UnB, 1994.
- LE GOFF, Jacques. *História e Memória*. Trad. Irene Ferreira, Bernardo Leitão, Suzana Ferreira Borges. 4. ed., São Paulo/Campinas: Unicamp, 1996.
- NERHOT, Patrick. “No princípio era o Direito...”. In *Passados recompostos (campos e cantos da História)*, org. Boutier, Jean; e Julia, Dominique. Rio de Janeiro: UFRJ, ed. FGV, 1998.
- PETERSEN, Silvia Regina Ferraz. “O conhecimento histórico na atualidade”. In *Rumos da pesquisa*, org. Krieger e Aranha. Porto Alegre: Propesq/UFRGS, 1998.
- _____. “Algumas observações sobre a interdisciplinariedade”. In *50 anos do IFCH/UFRGS – Publicação comemorativa*. Porto Alegre: UFRGS, 1993.
- ROUANET, Sérgio. “Razões do neoluminismo”. In *A criação histórica*. Castoriadis e outros (Seminário organizado pela Secretaria Municipal de Cultura/PMPA). Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1992.
- RÜSEN, Jörn. “Narratividade e objetividade nas ciências históricas”. *Textos de História*, vol. 4, nº 1, 1996.
- _____. “A história entre a modernidade e a pós-modernidade”. *História: Questões & Debates*. Curitiba, vol. 14, nº 26/27, jan./dez., 1997.
- SALDANHA, Nelson. *O problema da história na ciência jurídica contemporânea*. 2. ed., Porto Alegre: Coletânea Osvaldo Vergara, 1978.
- SEDAS NUNES, A. *Conhecimento nas ciências sociais*. Lisboa: Instituto Ciências Soc. Univ. Lisboa, s/d.
- SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. *História do Direito Português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1985.
- STONE, Lawrence. “El resurgimiento de la narrativa. Reflexiones acerca de una nueva y vieja historia.” In *El pasado y el presente*. México, FCE, 1986.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed., Lisboa: Fund. Calouste Gulbekian, 1993.

O Sistema Constitucional Brasileiro e as Recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982, de 03 de dezembro de 1999)

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de Aix-en-Provence (França). Membro da Comissão Executiva da *Association Internationale de Droit Constitutionnel – AIDC*. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

I – Introdução

1. O complexo sistema de controle de constitucionalidade que prevê a Constituição vigente sofreu há pouco o impacto de duas leis que vieram regular, uma, o processo e o julgamento, perante o Supremo Tribunal Federal, da *ação direta de inconstitucionalidade* e da *ação direta de descumprimento de preceito fundamental* da Constituição. São elas as Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982, de 03 de dezembro de 1999.

2. A importância de tais leis avulta porque tocam no subsistema da Constituição que garante todos os demais, qual seja o de *controle da constitucionalidade* dos atos

ou omissões dos Poderes constituídos. Realmente, este é a *condição da supremacia da norma constitucional*, portanto, da valia (político-jurídica) da própria Lei Fundamental.

Com efeito, tocam elas em aspectos fundamentais desse controle. Refletem mudanças quanto ao *significado desse próprio controle no sistema constitucional*, e, portanto, o *papel ou função do Supremo Tribunal Federal, enquanto guarda da Constituição*. Mais ainda, importam em *modificação na maneira de conceber o efeito da desconstituição do ato inconstitucional*, o que revoluciona concepção tradicionalmente assente na doutrina e na jurisprudência brasileiras sobre a natureza de tal ato.

II – A significação do controle de constitucionalidade para o sistema constitucional

3. O controle de constitucionalidade é a garantia *sine qua non* da imperatividade da Constituição. Onde ele inexistir ou é ineficaz, a Constituição perde no fundo o caráter de norma jurídica, para se tornar um conjunto de meras recomendações, cuja eficácia fica à mercê do governante, mormente do Poder Legislativo. Ao contrário, quando não só é previsto na Carta, mas tem meios de impor-se efetivamente, esta é a lei suprema, a que todos os Poderes têm de curvar-se. Assim sempre foi nos Estados Unidos da América, onde, graças a MARSHALL, o controle cedo se impôs, como ainda hoje se impõe.

Ao invés, às vésperas da Segunda Guerra Mundial, na Europa em que esse controle inexistia (apesar das tentativas tcheca e austríaca, inspiradas em KELSEN), uma onda de ceticismo depreciava as Constituições, “leis” sem valor jurídico, impune-mente desobedecidas pelos Poderes constituídos. Hoje, porém, com o desenvolvimento da justiça constitucional nos países europeus, a atitude se modificou; a Constituição é lei, e a suprema das leis.

Há, entretanto, grande diferença entre o sistema “americano” de controle e o sistema “europeu”, diferença esta que não está apenas no aspecto procedimental, ou mesmo processual. Ela reflete duas visões diferentes do que significa esse controle para o sistema constitucional, importa em duas posições a propósito do próprio ato inconstitucional.

III – O controle de constitucionalidade como um controle de supra-legalidade

4. Recorde-se o que todos sabem. O controle de constitucionalidade teve a sua primeira manifestação nos Estados Unidos no caso *Marbury versus Madison*, julgado em 1803, pela Suprema Corte.

Avultam nessa decisão alguns pontos, habilmente combinados pelo grande jurista (e homem de Estado) que foi MARSHALL, então Presidente desse Tribunal. Lembrem-se os que interessam ao ponto em estudo:

1º) A apreciação da constitucionalidade – ou seja, da adequação de uma lei ou ato infraconstitucional à Constituição – está na esfera normal de atuação do Judiciário, visto que este sempre tem de, para julgar um litígio, determinar qual a norma a este aplicável. Na verdade, a determinação da constitucionalidade, ou não, de um ato infraconstitucional, é, desse ângulo, a solução de um conflito de leis: o conflito entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional.

2º) Pela lógica, em razão da hierarquia das leis, a norma da Constituição deve prevalecer sobre a norma infraconstitucional. Em conseqüência, o juiz deve afastar a regra inferior contrária à Constituição e aplicar ao caso a regra da Lei Maior, norma superior. É o mesmo que se passa quando há conflito entre uma norma legal e uma norma regulamentar, quando o magistrado afasta esta e aplica aquela.

3º) Assim posto, o controle de constitucionalidade não se distingue do

controle da legalidade de um ato qualquer em face da lei, exceto pelo fato de que o confronto se dá entre a lei (ou outro ato infraconstitucional) e a norma constitucional. O controle de constitucionalidade consiste, destarte, num controle de supralegalidade.

5. Destaque-se um outro ponto de importância capital.

A análise de MARSHALL implica um juízo sobre a natureza do ato inconstitucional. Dela decorre que a regra colidente com a Constituição é uma norma sem valor – *null and void*, é a expressão usada, que RUI BARBOSA traduziu por *nula e irrita*.

Várias conseqüências resultam deste entendimento lógico. Uma é a de que, sendo nulo o ato inconstitucional, não pode este produzir qualquer efeito válido. Daí se infere ser insuscetível de convalidação tal ato.

Igualmente, daí se há de concluir que o reconhecimento judicial da inconstitucionalidade tem caráter declaratório. Mais, que ele há de operar necessariamente *ex tunc*, ou seja, deve retroagir para retirar valor a tudo o que se apoiar numa norma inválida desde sua origem.

6. Nos aspectos acima ressaltados, o cerne do modelo dito “americano” que a doutrina denominou de controle incidental, ou desconcentrado.

Trata-se de um controle aberto a qualquer juiz (desconcentrado), de caráter preliminar para a solução do litígio (incidental), com o sentido estrito de uma verificação de compatibilidade com a ordem jurídica. Visando exclusivamente à solução de uma questão, opera *inter partes*. O seu efeito, portanto, não se estende automaticamente a outros litígios que envolvam a validade da mesma norma. Embora importe no reconhecimento da nulidade de uma norma legal, não lhe retira a eficácia.

7. Este modelo de controle escamoteia o aspecto político do controle de constitucionalidade. Trata-o como uma questão simplesmente jurídica, ou de mero procedimento jurisdicional. A tarefa do juiz é apenas a de declarar, ou seja, de reconhecer objetivamente a contrariedade entre a norma constitucional e a norma legal. Considera, em conseqüência, o juiz de carreira perfeitamente apto para exercer esta tarefa simples.

Não dá a este qualquer flexibilidade de apreciação, coloca-o perante o dilema constitucional/inconstitucional, válido/inválido e inválido de modo absoluto, desde a origem. Ora, isto às vezes tem um efeito perverso: o Tribunal deixa de reconhecer a inconstitucionalidade, dadas as conseqüências que daí decorreriam, conseqüências estas até injustas.¹

Faz questão de ignorar que este controle importa em recusar valor a ato de um dos Poderes do Estado. Mais, em negar validade à lei, editada pela representação

1. Exemplo disto ocorre no Brasil quando leis favorecem grupos de servidores públicos, violando o princípio de igualdade. Não podendo, ou não ousando, estender a todos a vantagem o Judiciário fecha os olhos para a inconstitucionalidade.

nacional, sancionada, em regra, pelo chefe de Estado, obra, portanto, dos Poderes eleitos pelo povo. E isto em regime democrático.

8. Claro está que, sob essa aparência, não deixa de estar presente o elemento político, sobretudo porque os textos constitucionais devem ser interpretados para poderem ser aplicados. Ora, na interpretação sempre se insinuam elementos ideológicos, portanto, posições políticas.

A história da Suprema Corte dos Estados Unidos revela, porém, bem claramente como o controle de suprallegalidade tende naturalmente a incorporar, de mais em mais, um elemento político.² Este foi habilmente contornado por MARSHALL, mas veio a se tornar manifesto na oposição da Corte a medidas de proteção social que contrariavam o *laissez faire*. Com efeito, a doutrina de ADAM SMITH, numa determinada época, parecia para a maioria de seus membros inerente à Constituição de Filadélfia. E, em tempos mais recentes, um viés libertário e igualizante se apossou da mesma, assumindo a sua jurisprudência posições extremamente favoráveis à proteção dos acusados, à integração racial, à facilitação do aborto, etc., da qual ela hoje recua.

Não é por outra razão que a Suprema Corte dos Estados Unidos já foi acusada de haver implantado o “governo dos juízes”.

9. Tecnicamente, ademais, não se pode negar na atualidade, que só questões de interesse geral – político, portanto – é que são conhecidas e decididas por esse Tribunal.³

Depois do *Judges Bill* de 1925 praticamente não há mais questões que sobem obrigatoriamente até a Corte Suprem. Tornou-se, desde então, o provimento de *writ of certiorari* o caminho (estrito) por que um caso sobe à apreciação da Corte. Ora, este provimento é por ela discricionariamente deferido ou indeferido, não tendo sequer o Tribunal de justificar a recusa com uma motivação qualquer.

Um voto do JUSTICE VINSON, em 1949, é, todavia, esclarecedor sobre o critério seguido por ela. Segundo ele, o Tribunal deve tomar em consideração somente casos que “coloquem questões, cuja resolução terá importância imediata para além dos fatos concretos e das partes envolvidas”.⁴

Não resta dúvida, todavia, que o sistema “americano” imprime ao controle um caráter mais jurídico do que político.

IV – O controle de constitucionalidade como um controle de legitimidade

10. Outro sistema dito “europeu” surgiu em 1920, com as Constituições da Checoslováquia e da Áustria, em ambos os

casos sob a influência das idéias de HANS KELSEN.⁵ Entretanto, somente tomou impulso depois da 2ª Guerra, quando foram instituídas a Corte constitucional italiana na Carta de 1948, o Tribunal constitucional alemão, em 1949. Ganhou força com o Conselho constitucional francês de 1958 e se consagrou definitivamente a partir dos anos 70, com o surgimento da justiça constitucional em Portugal (1976), na Espanha (1978), Polônia (1982), Bélgica (1983), etc.⁶

11. Pondo-se de lado o Conselho francês, que foge ao padrão geral, pode-se dizer que se trata de um sistema concentrado nas mãos de um órgão especial, de função jurisdicional, contudo, não integrado no Judiciário, nem composto por membros deste, mas por personalidades escolhidas fora dele. Ou pelo menos, contando com estas personalidades em número sensível.

Tal ente aprecia, em tese, *in abstracto*, a constitucionalidade de uma norma ou lei, tomando uma decisão incontestável a respeito disso, obrigatória para todos, inclusive para o Judiciário. O reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade atinge diretamente o ato, cortando-lhe no último caso a eficácia de modo definitivo.⁷ Assim, atinge de imediato, todos os casos a que esse ato se aplique, mesmo naqueles em que essa questão não foi invocada.

Trata-se – insista-se – de um controle que atua sobre norma ou lei já vigente, em geral por provocação de órgão judiciário perante o qual a questão foi levantada, num litígio concreto. Tem, pois, caráter repressivo.

12. O Conselho francês atua de modo diferente, pois, se solicitado, ou necessariamente no caso de lei orgânica, aprecia a constitucionalidade de norma em elaboração. Sua manifestação pela inconstitucionalidade obriga o legislador a alterar o projeto, para que se coadune com a Constituição. Assim opera preventivamente, pois, uma vez promulgada a lei, nenhuma contestação acerca de sua constitucionalidade pode ser suscitada.

13. Na aparência, apenas o modo e a composição do órgão que opera o controle são diferentes em relação ao sistema americano. E reforça essa aparência o fato de que, no confronto entre a norma infraconstitucional e a regra constitucional, deve dar preferência a esta.

Mas, posta de lado a roupagem exterior, sua índole é bem diversa. Em primeiro lugar, considere-se que o órgão que o realiza não se inclui no Judiciário, nem em qualquer dos Poderes clássicos, sendo independente em relação a todos os três. Em segundo, compõe-se normalmente de pessoas que não pertencem aos quadros da justiça, escolhidas com a participação da

5. Vale consultar sobre os primórdios do controle de constitucionalidade na Europa a obra clássica de Charles Eisenmann, com prefácio do próprio Kelsen, *La Justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, reedição em 1986, Economica, Paris.

6. Cf. Louis Favoreu. *Les cours constitutionnelles*. PUF, Paris, 1986.

7. Ressalvadas possíveis atenuações, como adiante se verá.

2. V. a este propósito, Bernard Schwartz, *A history of the Supreme Court*, Oxford University Press, Nova Iorque e Oxford, 1993.

3. Cf. Eduardo Garcia de Enterría. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Ed. Civitas, Reimpresão, 1996, pp. 148 e ss., que cita abundantemente fontes norte-americanas.

4. *Id.*, p. 150, nota 74.

representação popular e levando em conta os seus vínculos ou simpatias com os grupos partidários. Não têm de ser juristas (e na França podem nem ser formados em direito). Em terceiro lugar, apreciam em abstrato a norma, sem referência a casos concretos, cujas peculiaridades poderiam influir no seu ânimo.

Trata-se no mínimo de um controle político-jurídico, ao contrário do americano, jurídico-político, se se considerar a sua ênfase.

14. Ressalte-se, ademais, um quarto ponto. Podem esse controle, pelo menos na Alemanha, fugir do tudo ou nada que é o juízo constitucionalidade/inconstitucionalidade para adotar fórmulas mais flexíveis: impor uma interpretação “conforme a Constituição”; manter em vigor por certo tempo a norma inconstitucional, dando tempo para que o Parlamento a substitua por outra, essa constitucional; editar regras que supram a omissão do legislador, etc.

Já se vê que, para esse sistema, o ato inconstitucional não é necessariamente nulo, devendo, todavia, serem desfeitas *ex tunc* as suas conseqüências. Atende ele a uma lição de HANS KELSEN:

“Dentro de uma ordem jurídica, não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável. Mas esta anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para o futuro, por forma que

os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos.”⁸

Com base neste entendimento, embora em princípio a norma inconstitucional deve ser anulada retroativamente, é possível graduar diferentemente o alcance de sua anulação.

15. Os caracteres apontados mostram que, no sistema europeu, a Corte constitucional muito se aproxima de uma câmara legiferante. Ao menos, tem tanto de câmara legislativa quanto de órgão judicante. Veja-se que, ao reconhecer a inconstitucionalidade, a Corte “revoga” a norma inconstitucional, embora podendo graduar o efeito, retroativo ou não, da desconstituição da mesma. Disto decorre ser a Corte um “legislador”, embora negativo.

16. O caráter político desse modelo se torna flagrante quando se considera a chamada inconstitucionalidade por omissão. Consiste esta, na sua forma típica, no descumprimento de uma norma constitucional programática pelo poder que deve completá-la – o Legislativo.

Ora, o constituinte quando estabelece uma norma não executável, mormente programática, está, por um lado, comandando alguma coisa que há de ficar em suspenso até que o poder constituído entenda oportuno regulamentá-la e assim fazê-la plenamente obrigatória. Em suma,

condiciona uma regra que edita a um juízo de oportunidade.

Este juízo é por natureza político. Importa em determinar em que momento convém que aquele mandamento suspenso deva tornar-se eficaz. Envolve, portanto, um juízo de mérito, de conveniência.

Ora, cabendo à Corte reconhecer a inconstitucionalidade consistente na omissão, está ela investida de um poder político de apreciação da conveniência de dar eficácia ao comando deixado em suspenso pelo constituinte.

17. Insista-se. É evidente que este sistema europeu se apercebe do caráter político do controle e leva-o em conta. Sinaliza para um juízo mais sensível e matizado do que o *fiat justitia pereat mundus!* Sem dúvida, não dá à Corte o poder de reconhecer como constitucional o que inapelavelmente fere a Constituição, mesmo porque isto seria dar ao mesmo um poder de (no fundo) mudar a Lei Magna, um poder constituinte.

Não trata o controle de constitucionalidade como um controle de supralegalidade, mas como um controle de legitimidade. Sim, como de legitimidade no sentido de consonância com a Carta seus princípios e seu espírito, mais do que de legalidade no sentido de conformidade com a letra do texto.

Por outro lado, a apreciação *in abstracto* sobre uma lei, ou parte dela, já envolve indubitavelmente mais que o simples questionamento de sua compatibilida-

de com a Constituição. Não são os seus efeitos que se apagam, mas é ela própria que é eliminada do rol das normas eficazes, quando sua inconstitucionalidade é declarada. Esta declaração, em tese, muito se aproxima – senão coincide – com o que seria a apreciação de uma (terceira) Câmara legislativa, em relação ao aprovado por outra (primeira ou segunda) Câmara. Isto indubitavelmente politiza o controle, pois, assume a aparência de um conflito entre Poderes.

V – O caráter do controle de constitucionalidade no direito brasileiro

18. O controle de constitucionalidade foi estabelecido no Brasil com a República e mesmo antes de editada a Constituição de 1891. Foi inscrito na Constituição Provisória, de 22 de junho de 1890 e prevista no Decreto nº 848, de 11 de outubro desse ano, que organizou a Justiça Federal (art. 9º, parágrafo único, alíneas a e c). A Constituição consagrou-o no art. 59, § 1º, a, que regulamenta o recurso extraordinário.⁹

Seguiram esses documentos o modelo norte-americano. Assim, foi instituído um controle pelo Judiciário, desconcentrado, incidental. Está nisto a influência de RUI BARBOSA que também impôs na prática o entendimento da doutrina e jurisprudência estadunidenses.

19. Saliente-se que se adotou no Brasil também a tese da nulidade absoluta

8. *Teoria pura do Direito*, trad. port., Amado, Coimbra, 2. ed., 1962, vol. II, p. 159.

9. Cf. C. A. Lúcio Bittencourt, *O controle de constitucionalidade das leis*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 28.

do ato inconstitucional. Ele sempre assim foi entendido (e continua sê-lo), havendo, inclusive, abundante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

Cumpra observar, porém, que essa nulidade “retroativa” encontra limites, em nome da segurança jurídica, como os que resultam da preclusão e, mormente, da coisa julgada.

20. Igualmente, nesse controle incidental, jamais se admitiu senão o efeito *inter partes* da declaração de inconstitucionalidade. Este reconhecimento não afeta a eficácia da norma, que continua a poder ser aplicada.

É verdade que, desde a Lei Magna de 1934 (art. 91, IV), se prevê a suspensão dessa eficácia por ato do Senado Federal. Com efeito, reconhecida a inconstitucionalidade de norma pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão definitiva, deve o Senado suspender a sua execução.

21. Este sistema de controle de constitucionalidade – de controle apolítico de suprallegalidade – persiste ainda hoje, adotado que foi pela Carta Magna de 1988.

Entretanto, desde 1946 vem recebendo ele aportes inspirados no sistema europeu, que tocam profundamente a significação de tal controle para o sistema.

22. Realmente, sob a Constituição de 1946, ocorreu o surgimento da *ação direta de inconstitucionalidade*.

Esta, na sua redação original, já previa uma representação de inconstitu-

cionalidade para fins interventivos (art. 8º, parágrafo único), proposta pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal. O provimento desta, condicionaria a intervenção federal em Estado com fundamento em violação de princípio constitucional obrigatório. Embora designada como representação, tratava-se de uma verdadeira ação que era instituída. É o que demonstrou ALFREDO BUZUID, com muita precisão e clareza.¹⁰

23. Em 1965, a chamada *Reforma do Judiciário*, instituída pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro, deu nova redação ao art. 101, I, k, da Constituição. Tal alínea veio então a prever, na competência originária do Supremo Tribunal Federal, processar e julgar a “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

A intenção do legislador constituinte era fácil de aperceber. Pretendia este instituir um controle, concentrado no Supremo Tribunal Federal, visando a norma em tese (como diz a doutrina, um controle principal e não incidental), quando a declaração da nulidade desta conviesse ao Executivo federal. Claro que este último aspecto não era explícito – qualquer um poderia, como pôde, reclamar do Procurador-Geral da República – tal “representação”. Mas, em termos realistas, sendo o Procurador-Geral nomeado pelo Presidente da República e podendo ser, a qualquer momento, livremente exonerado por este,

jamais atuaria ele contra as conveniências do chefe do Governo.

Deve-se registrar que a instituição desta ação direta não foi ressentida como uma mudança no caráter do controle de constitucionalidade. Na verdade, foi esse modo de controle simplesmente visto como uma técnica para acelerá-lo em determinados casos especiais. Ou excepcionais, poder-se-ia dizer, eis que o Procurador-Geral da República não seria, como não foi, inclinado a impugnar a inconstitucionalidade, em tese, de norma que não preocupasse o Executivo federal.

24. Vale assinalar que, por via de interpretação, o Supremo Tribunal Federal entendeu dispensada a suspensão da eficácia da norma declarada inconstitucional no controle *in abstracto*. A sua decisão tem a eficácia *erga omnes* e importa, portanto, na perda da eficácia da regra. Em consequência, nesse caso, não comunica ele a decisão ao Senado Federal, que assim não vem a determinar essa suspensão.

25. Substancialmente, nada mudou quanto ao controle de constitucionalidade na Constituição de 1967 ou na Emenda nº 1/69. Nestas, continuaram a coexistir o controle incidental, com o controle principal (este reservado à iniciativa do Procurador-Geral da República).

VI – O controle de constitucionalidade na Constituição de 05 de outubro de 1988

26. A Constituição de 1988, no texto promulgado, pouco mudou quanto ao controle de constitucionalidade.

Inovou, todavia, em dois pontos.

O primeiro foi dar a legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade a várias autoridades e entidades, a saber I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103).

Deste rol já se pode induzir o reconhecimento do caráter político de tal controle, pois a entes essencialmente políticos ela fica aberto. Não é este o caso, por exemplo, de “partido político com representação no Congresso Nacional” (inciso VIII)? Supor que partido haverá de ingressar em juízo simplesmente para defender a pureza da ordem constitucional é não compreender a sua índole natural.

O mesmo se diga a respeito de confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Aliás, interpretando restritivamente este dispositivo, o Supremo Tribunal Federal veio a entender que a legitimação de tais entes somente cabe em matéria pertinente a seus interesses, ou, no máximo, de seus filiados.

27. Ademais instituiu a Constituição, e em termos largos, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). *Ipsis litteris*:

“§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para

10. Cf. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Já se apontou mais acima por que a ação de inconstitucionalidade por omissão é nítida e objetivamente um ato político. E isto ainda é menos evidente no que toca à mera regulamentação de preceito programático da Constituição, do que no concernente à ação administrativa.

A omissão administrativa envolve, muitíssimas vezes, não realizar ações concretas determinadas pela Constituição, ou decorrentes desta. Por isso, importa em providências materiais. Ora, reconhecendo a omissão e dando o prazo de trinta dias para colmatá-la, está o Tribunal impondo uma obrigação de fazer à Administração Pública que pressupõe um juízo de oportunidade (e de possibilidade). Do contrário, se a obrigação for cegamente impostas, desconhecendo-se a possibilidade (inclusive a disponibilidade de meios), a determinação será absurda e vazia: *ad impossibilia nemo tenetur*.

28. A seu turno, a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de Março de 1993, instituiu a *ação direta de constitucionalidade*.¹¹ Incluiu ela dois parágrafos no art. 103 da Lei Magna, renumerando-o:

“§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de

constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e eficácia vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

§ 4º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.”

É flagrante que atribuir ao Supremo Tribunal Federal, a função de declarar, *in abstracto*, a constitucionalidade de uma norma ou de um ato qualquer importa nitidamente em dar ele o papel de terceira Câmara (de função jurídica) do Legislativo.¹² Atribuir-lhe um papel político, portanto.

Trata-se ademais de uma “ação” não contenciosa, o que repugna à tradição do direito brasileiro, pois, neste, ação sempre presumiu lide. É assim que foi interpretada pelo Supremo Tribunal Federal que a admitiu como uma “ação” sem pólo passivo e sem contraditório. Isto reforça o entendimento de que se trata de uma atribuição política, de natureza legislativa, apenas disfarçada de ação, que se conferiu a tal Corte.

Por outra, o texto acrescido atribui à decisão tomada eficácia para todos, o que não surpreende. O que chama atenção – e é sinal dos tempos – está na previsão do efeito vinculante dessas decisões, quer para os demais órgãos do Judiciário, quer para

os do Executivo. Decorre da própria lógica de uma decisão com eficácia *erga omnes* – para nem se dizer que se trata de uma decisão da mais alta Corte do país – que todos os tribunais e órgãos da Administração estão adstritos a observá-la. Sentir a necessidade de inscrever tal determinação na Lei Magna traduz uma triste perda de autoridade.

VII – A regulamentação legal da ação direta

29. A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, veio regulamentar a ação direta, quer de inconstitucionalidade, quer de constitucionalidade.

Nela salta aos olhos uma inovação. A Constituição não inclui entre os legitimados para tais ações nem o Governador do Distrito Federal, nem a Mesa de sua Câmara Legislativa. Ora, a Lei o faz art. 2º, IV e V. Será isto constitucional?

30. Por outro lado, afora regras procedimentais, sem dúvida importantes, mas que não importam para este trabalho, saliente-se o disposto nos artigos 27 e 28, parágrafo único, pois, tocam o cerne do sistema constitucional. Examinem-se os mesmos pelo que significam em si mesmos, objetivamente, deixando de lado considerações acerca de conveniência ou inconveniência.

31. Dispõe o primeiro deles:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribu-

nal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Deste texto devem-se destacar alguns pontos de grande alcance.

32. O primeiro, inegável, consiste em registrar que o ato inconstitucional não é mais, como ensinavam doutrina e jurisprudência, nulo e írrito.

É contra a índole do direito admitir que um ato nulo somente possa deixar de produzir efeitos “a partir do ... trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Conclusão óbvia, a violação da Constituição pode ser “direito” positivo, mesmo depois de reconhecida, no processo competente, pelo Supremo Tribunal Federal, “guarda da Constituição”.

E, mais. A decisão pode “restringir” os seus efeitos... Isto significa, por exemplo, que ela poderá considerar válidos atos inconstitucionais, ou dispensar o Estado de devolver o que percebeu em razão de tributo inconstitucionalmente estabelecido e cobrado... Donde resultará a inutilidade do controle.

Não é mais rígida a Constituição brasileira.

33. O segundo, patente, registra que não se pode mais considerar declaratória a natureza da ação direta de inconstitucionalidade, mas sim constitutiva-negativa, para empregar a lição de PONTES DE MIRANDA. Sim, porque a decisão não irá

11. V. a este respeito o livro *Ação declaratória de constitucionalidade*, coordenado por Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, Saraiva, São Paulo, 1994, que contém os votos de Ministros do Supremo Tribunal Federal, na ação declaratória de constitucionalidade n 1-1 DF.

12. Mais moderadamente há os que vêem nessa ação de constitucionalidade uma anômala forma de controle prévio.

apenas declarar um fato – estar a lei viciada de inconstitucionalidade – mas irá desconstituí-la, neste ou naqueles termos.

Disto resulta um problema. É compatível essa formulação com uma ação “declaratória” de constitucionalidade? Não se olvide que a ação de constitucionalidade é expressamente designada como declaratória (Constituição, art. 101, I, a).

34. O terceiro, insofismável, mostra que o controle de constitucionalidade assumiu um caráter político e que nele se pretende que o Supremo Tribunal Federal atue como órgão político.

Senão, veja-se.

A atribuição de eficácia *ex nunc* ou a partir de um determinado momento à decisão que reconhece a inconstitucionalidade pressupõe duas condições: uma, formal, ser tomada pelo *quorum* de dois terços do Ministros do Supremo Tribunal Federal; outra, material, ocorrerem “razões de segurança ou de excepcional interesse social”.

A última é incontestavelmente uma apreciação de conveniência e oportunidade – de mérito, no sentido administrativo do termo. É uma apreciação tipicamente política. É subjetiva, porque admitir que haja razões de segurança, ou de interesse social, qualificado de excepcional, depende da visão que cada um tenha das coisas.

Que se trata de uma apreciação política é tese reforçada pela exigência de *quorum* para tanto. Está nisto – é certo –

uma cautela, mas esta cautela adverte para o risco de ... se verem motivos de segurança ou de interesse social, onde muitos não as veriam... No mesmo sentido, milita a previsão, no art. 10, § 3º da citada Lei de publicação no Diário Oficial da parte dispositiva da decisão, a fim de ensejar a eficácia contra todos e o efeito vinculante.

Disto tudo decorre, mais uma vez, a conclusão de que o Supremo Tribunal se torna uma terceira Câmara do Poder Legislativo.

35. Reforça este entendimento o disposto no art. 28, *caput*, que manda publicar no Diário Oficial a parte dispositiva da decisão, como condição do efeito vinculante e da eficácia contra todos.

Considere-se agora o parágrafo único do art. 28:

“A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a¹³ Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

Cabe aqui lembrar que esse texto se inclui num capítulo que regula a “decisão na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade”. Entretanto, o art. 102, § 2º (com a redação da Emenda nº 3/93) apenas admite a eficácia contra todos e efeito vinculante nas ações declaratórias de

constitucionalidade, não nas ações diretas de constitucionalidade. Manda, por isso, uma interpretação conforme a Constituição que essa regra somente se aplique às referidas ações declaratórias de constitucionalidade.

Registre-se, por outro lado, que este texto reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos da decisão no caso de ação direta, no sentido de dispensar a suspensão da execução pelo Senado Federal.

Igualmente, vale consignar que consagra a “interpretação conforme à Constituição” adotada pela mesma jurisprudência, inspirada na da Corte alemã. Na verdade, esta, sem o dizer, equívale à decisão na representação interpretativa que previa o direito constitucional anterior (Emenda Constitucional nº 1/69, art. 119, I, l).

36. Note-se, enfim, que a Lei abre a possibilidade de uma dilação probatória (art. 9º, § 1º). Isto certamente ensejará figura, não do assistente, mas a do *amicus curiae*.

VIII – A regulamentação da “arguição de descumprimento de preceito fundamental” decorrente da Constituição

37. A previsão desta arguição, presente desde a redação primitiva da Lei Magna, e, depois da Emenda nº 3/93, art. 102, § 1º, sempre deixou intrigados os estudiosos.

As razões disto são fáceis de compreender. Uma é dar a entender que na Constituição há normas fundamentais e normas não fundamentais. Ora, disto se pode extrair a idéia de que há uma diferença entre estas no seu *status*, o que contraria a doutrina tradicional, pacífica, de todas as regras constitucionais são igualmente cogentes.

A segunda que o descumprimento de preceito constitucional, seja fundamental ou não, tem na ação direta de inconstitucionalidade comum e na por omissão o meio de correção, do que resultaria ser inútil tal “arguição”.

38. A Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, regulamenta e para tanto interpreta o preceito constitucional. Dá-lhe como objeto “evitar ou reparar lesão a preceito constitucional” (art. 1º).

Vale transcrever alguns preceitos que edita, essenciais para o desenho de seu perfil. A saber:

1) São legitimados para propô-la apenas os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I). De fato, foi vetado o inciso II que estendia a outros essa legitimação.¹⁴ Surge, todavia, uma dúvida, no que toca ao Governador do Distrito Federal e da Mesa da Câmara Legislativa distrital, não legitimados no texto constitucional, conquanto o estejam na Lei reguladora das ações diretas;

2) Da inicial deve constar:

“Se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial rele-

13. No texto oficial, publicado no DOU, inexistiu crase.

14. Assinale-se uma incongruência do texto promulgado. O inciso II do art. 2º foi integralmente vetado, mas se manteve o § 1º desse artigo, que regula o inciso II...

vante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado” (art. 3º, V);

3) Entretanto:

“Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade” (art. 4º, § 1º);

4) Caberá liminar nessa ação, desde que deliberada pela maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal (art. 5º, *caput*).

“A liminar poderá consistir na determinação de que juizes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida apresente relação com a matéria objeto da argüição, salvo se decorrentes da coisa julgada” (art. 5º, § 3º);

5) A decisão importaria em fixar para as “autoridades e órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados” não só “o modo de interpretação” como o de “aplicação do preceito fundamental” (art. 10);

6) A decisão terá eficácia contra todos, bem como efeito vinculante (art. 10, 3º).

7) O Supremo Tribunal Federal:

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ... tendo em vista razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, poderá, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado” (art. 11).

Acrescente-se que, seguindo o disposto para as ações diretas, a Lei abre campo para uma dilação probatória.

39. A simples leitura dos pontos acima assinalados já mostra a importância, mais do que isto, a gravidade do que decorre desta Lei.

O primeiro ponto a ressaltar é que ela foge à caracterização do que seja “preceito fundamental”, o que é compreensível. Implicitamente ela admite que toda norma constitucional é “preceito fundamental” e conseqüentemente seja discutida na argüição.

Disto resulta ser ela uma nova ação direta de inconstitucionalidade, com outro nome.

40. Entretanto, seu objetivo real, disfarçado embora, é introduzir uma forma de advocatória, concentrando nas mãos do Supremo Tribunal Federal questões de inconstitucionalidade, suscitadas incidentalmente perante outras instâncias.

De fato, a argüição traz a matéria para o juízo do Supremo Tribunal Federal, enquanto a liminar nela concedida pode suspender “o andamento de processo ou o efeito de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto” da mesma (art. 5º, § 3º).

Ora, quando decidida pelo Supremo Tribunal Federal essa argüição, o entendimento deste se torna obrigatório para todas as autoridades, judiciais ou não, pois terá eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 10, *caput*, e especialmente § 3º).

Isto significa que, a requerimento de um dos legitimados para a ação – o Presi-

dente da República ou o Procurador-Geral da República, por exemplo – todos os processos que versarem uma determinada questão constitucional – aqueles em que se impugne a constitucionalidade de um tributo, *verbi gratia* – poderão vir a ter a sua tramitação sustada, até que o Supremo Tribunal Federal aprecie o tema, embora *in abstracto*.

A decisão do Supremo – enfatize-se – fixará o entendimento sobre o ponto, seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade, e, como terá “eficácia contra todos e efeito vinculante”, o mesmo será obrigatório para as autoridades e órgãos que tiverem de enfrentá-lo, como premissa de alguma decisão, judicial ou administrativa.

Note-se que, como se dá em relação às ações diretas, o efeito vinculante e a eficácia contra todos estão condicionadas à publicação da parte dispositiva da decisão (art. 10, §§ 2º e 3º).

41. Quanto a esta “eficácia contra todos e efeito vinculante”, o legislador foi certamente além do que permite a Constituição vigente.

Lembre-se que o art. 102, § 3º da Lei Magna não concede esse alcance senão às “ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”. Certamente não o faz quanto a argüições de descumprimento de preceito fundamental.

42. Note-se, enfim, que essa argüição pode versar controvérsia acerca da constitucionalidade, em face da Lei Magna federal, de preceito municipal (art. 1º, parágrafo único, I).

Insinua-se, deste modo, o que sempre o Supremo Tribunal Federal recusou, ou seja, a possibilidade de examinar ele a adequação à Constituição brasileira das normas municipais, em ação direta.

IX – Observações finais

43. Da análise feita, alguns pontos devem ser ressaltados.

A primeira é que o sistema de controle de constitucionalidade previsto no direito constitucional brasileiro se torna cada vez mais complexo. Ao controle incidental já se acrescentara ação direta de inconstitucionalidade, de inconstitucionalidade por omissão, de constitucionalidade e agora a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Isto, contudo, não significa haver ele se tornado mais eficaz.

44. A grande verdade é que a eficácia real do controle depende antes de tudo da rapidez com que o Supremo Tribunal Federal possa manifestar-se. Dado o acúmulo de questões que o assoberbam, inclusive de ações diretas de inconstitucionalidade, este não dá conta do serviço. A duras penas aprecia os pedidos de liminar, deixando para as calendas gregas a apreciação do mérito (mesmo quando declara que a matéria seria mais aprofundadamente examinada nessa ocasião).

Solução para isto não virá, em termos realistas, enquanto esse Tribunal não tiver mudada a sua competência para que fique apenas como “guarda da Constituição”. Ou, caso se crie uma Corte consti-

tucional especializada, que poderia desdobrar-se em seções especializadas no controle de constitucionalidade, uma, de leis e atos normativos federais, outra, de Constituições, leis e atos normativos estaduais em face da Lei Magna brasileira. E, quiçá, uma terceira, realizando o desejável controle de constitucionalidade de leis orgânicas e de leis e atos normativos municipais, em contraste com a Carta federal. Isto evidentemente não excluiria que os Estados tivessem as suas próprias Cortes, ou deixassem a tarefa de conferir a constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais ou municipais perante a Constituição estadual a seus próprios Tribunais de Justiça.

45. Acrescente-se que as inovações quanto aos efeitos do ato reconhecido como inconstitucional não tornam mais vigorosa a defesa da Constituição. Ao contrário, elas provavelmente a enfraquecem. O ato inconstitucional não é mais nulo *ex natura*... Seus efeitos poderão persistir mesmo depois de reconhecida a infração à Constituição; ele poderá persistir como norma obrigatória depois deste reconhecimento...¹⁵ Ou seja, o ato inconstitucional ganha uma sobrevida que significa em termos crus que modifica, ou modificou a Constituição, pelo tempo em que foi tolerado.

46. Nitidamente, por outro lado, o controle se politiza, pois, não mais se põe como uma verificação de suprallegalidade e mas tende a se tornar um controle de legitimidade. O Supremo Tribunal Federal assume cada vez mais o papel de terceira

Câmara do Legislativo. Passa a ser como que uma supercomissão deste encarregada de examinar a constitucionalidade de atos normativos...

De fato, ela não declara simplesmente o vício de inconstitucionalidade que macula um ato; ele o desconstitui a partir do instante que isso lhe parecer oportuno e conveniente. Sutil é a diferença entre isto e uma revogação...

Esta tendência à politização já está bem marcada – reconheça-se – na Constituição em vigor, como já assinalei noutro trabalho, “O Poder Judiciário na Constituição de 1988 – Judicialização da política e politização da Justiça”.¹⁶ Conviria, porém, avaliar mais detidamente as conseqüências disto.

E especialmente conviria examinar se não seria de bom alvitre especializar o controle, atribuindo-o a uma Corte, como acima já se apontou. Esta poderia até desempenhar um controle preventivo.

Isto forneceria o elemento de legitimidade democrática que certamente não possui o Judiciário, Poder cujos membros são escolhidos por um método “aristocrático” de seleção, mas sim por concurso ou por escolha por autoridade política.

47. É curioso que num país em que a imitação do estrangeiro é princípio de política legislativa, em nome da imperiosa necessidade de seguir os “avanços” ... – o que se passa com o controle de constitucionalidade é um bom exemplo disto – não

se tenha cogitado de substituir o complexo sistema adotado por outro que é simples e eficiente: o *controle preventivo*. Seguindo-se nisto, ou não, o modelo francês.

Antes da edição do ato normativo uma Corte constitucional faria o controle, impondo a adaptação da proposta às normas fundamentais. Isto, por iniciativa do autor da proposta ou de qualquer das Câmaras, ou de uma parcela ponderável de seus membros.

Assim as regras a final editadas seriam sempre constitucionais, ou teriam de

ser consideradas como tais, sem possibilidade de contestação. Desapareceria, destarte, a polêmica sobre a sua validade, portanto, a incerteza quanto ao Direito, que não só gera inúmeros litígios como abala a segurança jurídica.

Dir-se-á que isto não atenderia à premência de tempo na elaboração das leis; nisto, haveria outra vantagem: menos leis. Surgiria um freio à inflação legislativa, tão negativa e prejudicial quanto a monetária.

Não é por falta de leis que o país não é bem governado!¹⁷

15. É certo que a própria constitucionalidade das inovações será discutida, mas provavelmente serão elas admitidas como válidas pelo Supremo Tribunal Federal, pois lhe aumentam o poder ou lhe reduzem a carga.

16. RDA 198/1.

17. Se é que ele não o é.

Reflexões acerca do Princípio do Juiz Natural

Michele Costa da Silveira

Mestranda em Direito Civil pela Universidade Federal Rio Grande do Sul.

1. Introdução

A garantia da dignidade da pessoa humana por meio da justiça, e, esta mediante um processo legal, no dizer de COUTURE,¹ não é objeto de discussão. A discussão, segundo o autor, começa quando trata-se de saber o que realmente significa um processo legal e seus desdobramentos, dentre eles, a garantia do juiz natural.

Assegurado pela Constituição Federal, o acesso à justiça de todos os membros da comunidade, indistintamente, coloca-se em estreita relação com essa garantia, inerte ao devido processo legal, a do juiz natural.

A importância da discussão acerca do princípio do juiz natural reside no fato de que ele respeita não somente ao Direito Constitucional, como também ao Direito Processual. Desde o fim da Segunda Guer-

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Evolução Histórica
3. O Significado do Princípio
4. O Juiz Natural nas Constituições Brasileiras
5. O Alcance do Princípio
6. Conclusão
7. Bibliografia

1. COUTURE, Eduardo J. *La "Garanzia Costituzionale del Dovuto Processo Legale"*. In *Rivista di Diritto Processuale*, 2, 1954, p. 81.

ra Mundial, de acordo com SCHWAB,² as normas de Direito Constitucional têm alcançado sempre um significado maior, no que concerne à jurisprudência. Na verdade, tem-se falado de uma constitucionalização do processo e também de um procedimento judicial como Direito Constitucional aplicado. As normas com este caráter têm sido chamadas, em seu conjunto, de Direito Processual Constitucional, e a ele pertence, certamente, o princípio do juiz natural.

O princípio do juiz natural apresenta, para a maioria dos autores,³ um duplo significado: primeiramente consagra-se como sendo a norma de que só é juiz o órgão investido de jurisdição, – afastando-se, desse modo, a possibilidade de o legislador julgar, impondo-se sanções penais sem processo prévio, através de leis votadas pelo parlamento, muito em voga no antigo Direito Inglês, por exemplo. No segundo significado, impede-se a criação de tribunais de exceção e *ad hoc* para o julgamento de causas penais ou civis.⁴

2. Evolução histórica

Para MARQUES,⁵ a origem da idéia informadora do princípio do juiz natural está na regra social do direito medieval de que

ninguém podia ser julgado a não ser por seus pares. Entretanto, a consagração do princípio deu-se em momento histórico bastante posterior.

É tradicional a postura que faz remontar à Carta Magna de 1215 o estabelecimento do princípio do juiz natural.⁶ O art. 39 do referido diploma dispunha que “nenhum homem livre será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras, ou posto fora da lei ou banido ou de qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra”, bem como, sob outro aspecto, afirmava o art. 20 da mesma Carta, que “nenhuma multa será lançada senão pelo juramento de homens honestos da vizinhança”.

Contudo, adverte a mesma autora que, para a correta compreensão da garantia contida na Magna Carta, é preciso levar-se em consideração o sistema de administração da justiça na Inglaterra àquela época.

Prevalcia o sistema jurisdicional feudal, com a distribuição da justiça pelos proprietários de terras. A função jurisdicional estatal era incipiente, em que surgiam, aos poucos, os chamados juízes itinerantes, de-

sempenhando função jurisdicional concorrentemente com as Cortes Feudais, mas que não consubstanciava-se em fenômeno de tal envergadura que justificasse a garantia da Magna Carta como o sendo contra juízes extraordinários.

Na verdade, de acordo com GRINOVER,⁷ é lícito concluir que os dispositivos dos artigos 20 e 39 da Magna Carta dirigiam-se à justiça feudal, e não à proibição de juízes extraordinários. O que a Carta assegurava aos submetidos às Cortes Feudais era o *iudicium parium suorum*, donde conclui a autora que a problemática do juiz natural, como hoje a entendemos, é sucessiva à época da Magna Carta.⁸

Na verdade, a naturalidade como proibição de juízes extraordinários deriva diretamente da *Petition of Rights*, de 1627 e do *Bill of Rights*, de 1688.⁹ O texto da Petição de Direitos, dispunha: (...) “III – E considerando igualmente que, pelo estatuto chamado A Grande Carta das Liberdades da Inglaterra, é declarado e ordenado que nenhum homem livre seja detido ou preso, ou espoliado de suas terras e liberdades, ou de seus livres costumes, ou banido e exilado, ou de qualquer maneira exilado, ou de qualquer maneira destruído, senão pelo legítimo julgamento de seus pares, ou pela lei da terra”.

À época, sabe-se que existiam certas pessoas nomeadas como comissários, e que detinham poder e autoridade para procederem conforme a justiça da lei marcial. Na petição, então, era pedido que nenhum homem livre fosse julgado por tais comissões, que eram contrárias às leis e costumes do reino.

O *Bill of Rights* de 1688, então, dispôs no art. 3º que “a comissão que instituiu a ex-corte dos comissários e cortes da mesma natureza, é ilegal e nociva”. Assim, na *Petition of Rights* e no *Bill of Rights* o princípio do juiz natural realmente toma os contornos atuais, de proibição de juízes *ex post facto* e de juízes extraordinários.

Posteriormente, então, em virtude de sua suma importância para o cidadão, o princípio do juiz natural encontrou abrigo em muitos textos constitucionais e internacionais modernos.

Na Espanha, a expressão juiz natural é substituída por juiz competente, tal qual se acha explicitada no artigo 16 da Constituição de 1876 e no artigo 28 da Constituição Republicana de 1931,¹⁰ garantindo a todos o direito a um juiz ordinário predeterminado pela lei.¹¹

Na Alemanha utiliza-se a expressão juiz legal, em vez de juiz natural. A Cons-

2. SCHWAB, Karl Heinz. “Divisão de Funções e o Juiz Natural”. Trad. de Nelson Nery Júnior. In *Revista de Processo*, 48, 1987, p. 124.

3. Alguns autores, dentre eles FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón (Teoría del Garantismo Penal)*. Madrid: Trotta, 1995, pp. 589/591, admitem um significado tripartido, significando: a necessidade da proibição da constituição do juiz *post factum*; a inderrogabilidade e indisponibilidade das competências; e a proibição de juízes extraordinários e especiais.

4. Cf. PENTEADO, Jaques de Camargo. “O Princípio do Promotor Natural”. In *RT* 619, 1987, p. 408.

5. MARQUES, José Frederico. “Juiz Natural”. In *Enciclopédia Saraiva de Direito*. vol. 46, p. 446, apud BLUNTSCHILI, M. *Le droit public général*, 1881, p. 205.

6. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Princípio do Juiz Natural e a sua dupla garantia, O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 4.

7. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Princípio do Juiz Natural e a sua dupla garantia, O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 5.

8. No mesmo sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón (Teoría del Garantismo Penal)*. Madrid: Trotta, 1995, p. 590, ao afirmar que “La garantía del juez natural, (...) es, como la de independencia, una adquisición moderna. Ha sido infructuoso el intento de situar su origen en la Magna Charta (...)”.

9. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Princípio do Juiz Natural e a sua dupla garantia, O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 5.

10. Cf. ALBUQUERQUE, Valéria Medeiros de. “Juiz Natural”. In *Revista Jurídica Consulex*, nº 6, 1997, p. 36

11. Cf. GOMES, Luiz Flávio. “Apontamentos sobre o Princípio do Juiz Natural”. In *RT* 703, 1994, p. 418.

tituição de Weimar no seu artigo 105 preconizava a vedação de criarem-se tribunais de exceção, bem como ninguém poderia ser subtraído de seu juiz legal.¹² Na Lei Fundamental de Bonn, em seu artigo 101, está consignado que não pode ser criada jurisdição de exceção. Ninguém deve ser subtraído de seu juiz legal.¹³

No direito italiano, em sua primeira versão, ficou estabelecido que “*nessuno può essere distolto dai suoi giudice naturali. Non potranno perciò essere creati tribunali e commissioni straordinarie*” (art. 71 do estatuto albertino).¹⁴ Hoje, a garantia encontra-se no art. 102 da Constituição Italiana de 1948,¹⁵ com a seguinte redação: (...). *Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura.* (...)

Também a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada em 1949 pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas veio a abrigar em seu artigo a garantia do juiz natural, afirmando que toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente

e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal,¹⁶ de acordo com MARQUES.¹⁷

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969) estabelece em seu artigo 8º, nº 1 que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.¹⁸

A garantia de que não haverá juízo ou tribunal de exceção está também presente nas Constituições da Argentina, em seu art. 18; do Chile, em seu art. 19 (3º); do Japão em seu art. 76; e de Portugal em seu art. 212 (4).¹⁹

3. O significado do princípio

A Constituição Brasileira de 1988 não menciona a expressão “juiz natural” em

um determinado artigo. Na verdade, dada a relevância do princípio para o cidadão, ele consagra-se como garantia fundamental em mais de um dispositivo constitucional. Pode-se assim dizer que há vários dispositivos que, de maneira mais ou menos implícita, encerram a idéia e o espírito do princípio do juiz natural. São eles:

– o art. 5º, XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”;

– o art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”;

– o art. 5º, LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”;

– o art. 5º, XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Para a grande maioria dos doutrinadores²⁰ o significado do princípio do juiz natural é o de uma dúlice garantia: a proibição de juízo ou tribunal de exceção e julgamento por autoridade competente.

É o que se depreende do entendimento de GRINOVER,²¹ ao estabelecer as duas garantias do juiz natural, consistentes, a primeira, na proibição de juízos extraordinários, *ex post facto*, e, a segunda, a não detração ao juiz constitucionalmente competente.

Já para outros,²² a garantia do juiz natural deve ser entendida *de forma triplíce*. É o que se infere do ensinamento de FERRAJOLI,²³ ao afirmar que a garantia significa, precisamente, três coisas distintas ainda que relacionadas entre si: a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído *post factum*; a inderrogabilidade e a indisponibilidade das competências, e a proibição de juízos extraordinários e especiais.

No primeiro sentido, o princípio designa o direito do cidadão a um processo não pré-julgado por uma eleição de juiz posterior ao delito e por isso ordenada à obtenção de um determinado resultado. No segundo sentido, designa a reserva absoluta de lei e a inalterabilidade discricional das competências judiciais. No terceiro sentido, constitui-se em um princípio de organização que postula a unidade da jurisdição e seu monopólio nas mãos de uma única ordem.

De acordo com BASTOS e MARTINS,²⁴ são diversos os princípios que presidem ao juízo natural. Para isso, aludem os mesmos autores às concepções de JOSÉ CELSO DE MELO FILHO, para o qual seriam os princípios da igualdade e o da legalidade, enquanto que JOSÉ AFONSO

12. Cf. ALBUQUERQUE, Valéria Medeiros de. “Juiz Natural”. In *Revista Jurídica Consulex*, nº 6, 1997, p. 36.

13. Cf. GOMES, Luiz Flávio. “Apontamentos sobre o Princípio do Juiz Natural”. In *RT* 703, 1994, p. 418.

14. Cf. GOMES, Luiz Flávio. “Apontamentos sobre o Princípio do Juiz Natural”. In *RT* 703, 1994, p. 418.

Cf. BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. 2º vol. (arts. 5º a 17).

16. Leia-se, no original, “*everyone is entitled in full equity to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in determination of any criminal charge against him*”.

17. Cf. GOMES, Luiz Flávio. “Apontamentos sobre o Princípio do Juiz Natural”. In *RT* 703, 1994, p. 418.

18. De acordo com GOMES, Luiz Flávio. “Apontamentos sobre o Princípio do Juiz Natural”. In *RT* 703, 1994, p. 419.

19. Cf. BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. 2º vol. (arts. 5º a 17).

20. Entre eles, os aqui citados MARQUES, José Frederico. “Juiz Natural”. In *Enciclopédia Saraiva de Direito*. vol. 46, pp. 444/450 e GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Princípio do Juiz Natural e a sua dupla garantia, O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, pp. 3/40.

21. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Princípio do Juiz Natural e a sua dupla garantia, O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 22.

22. Entre eles o aqui citado FERRAJOLI, Luigi. *Derecua y Razón (Teoría del Garantismo Penal)*. Madrid: Trotta, 1995, pp. 589/591.

23. Ob. Cit., p. 590. (Traduzimos e os grifos são nossos).

24. BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. 2º vol. (arts. 5º a 17), p. 205.

DA SILVA²⁵ deposita mais importância no princípio da igualdade jurisdicional.

Para GOMES,²⁶ ao princípio do juiz natural quatro outros princípios estão conectados: o da igualdade, o da imparcialidade, o da anterioridade e o da legalidade. O juiz deve ser *previamente* estabelecido pela lei (*autoridade competente*), exatamente porque conta com as características da generalidade e permanência (intangibilidade), para estar em condições de fazer observar o princípio da *igualdade* de todos perante a lei, de modo *imparcial*.

O princípio da *anterioridade* da lei, continua o autor, intimamente conectado com o próprio princípio da *legalidade* não significa outra coisa senão: a) que a lei criou o órgão jurisdicional; b) que a lei o investiu de jurisdição; c) que a lei lhe atribuiu competência; d) que tudo isso ocorreu antes do fato que ensejará o nascimento da causa judicial.

O princípio da legalidade é, sem dúvida, de suma importância para a compreensão do princípio do juiz natural. CALAMANDREI²⁷ afirma que a garantia do juiz natural é inseparável do sistema da

legalidade. “Os princípios de *l’astrattezza delle legge*’ que asseguram ao cidadão a certeza do direito e a possibilidade de conhecer em qualquer momento os limites da própria liberdade, não teriam praticamente qualquer sentido se não fossem acompanhados *‘da questa parallela astrattezza dell’ordinamento giudiziario*’, que impede a escolha dos juízes seja feita *ad personam*, de forma a lhes anular antecipadamente a independência e a imparcialidade”.²⁸

De acordo com BASTOS,²⁹ o juiz natural não o é só aquele da sentença de primeira instância, mas no princípio devem estar incluídos todos aqueles chamados a intervir em um determinado feito.³⁰

CANOTILHO³¹ deu um tratamento bastante analítico ao tema, apontando as diversas dimensões fundamentais do que chama de juiz legal: a) a exigência de determinabilidade (prévia individualização através de leis gerais); b) garantia de uma justiça material (neutralidade e independência do juiz); c) princípio da fixação de competência (aplicação das regras decisivas para determinação do juiz da causa); d) a observância das determinações do proce-

25. Vide SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: RT.

26. GOMES, Luiz Flávio. “Apontamentos sobre o Princípio do Juiz Natural”. In *RT* 703, 1994, p. 420.

27. Citado por MARQUES, José Frederico. “Juiz Natural”. In *Enciclopédia Saraiva de Direito*. vol. 46, p. 446.

28. Idem.

29. BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. 2º vol. (arts. 5º a 17), p. 205.

30. No mesmo sentido, SCHWAB, Karl Heinz. “Divisão de Funções e o Juiz Natural”. Trad. de Nelson Nery Júnior. In *Revista de Processo*, 48, 1987, p. 125, ao afirmar que “o princípio do juiz natural exige não só uma disciplina legal da via judicial, da competência funcional, material e territorial do Tribunal, mas também uma regra sobre qual órgão judicante (Câmara, Turma, Senado) e qual juiz em cada um desses órgãos individualmente considerados, devem exercer a sua atividade”.

31. Citado por BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. 2º vol. (arts. 5º a 17), p. 20

dimento referentes à divisão funcional interna (distribuição de processos).³²

4. O juiz natural nas Constituições Brasileiras

Desde a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, já encontravam-se indícios do que hoje resta consagrado no art. 5º, XXXVII da Constituição Federal de 1988 como proibição de juízo ou tribunal de exceção, com a seguinte redação: art. 179, inc. 17 – “À exceção das causas que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais, nas causas cíveis ou crimes”.

A Constituição de 1891, em seu art. 72, § 23, dispunha que: “À exceção das causas que, por sua natureza, pertencem a juízos especiais, não haverá foro privilegiado, nem tribunais de exceção; admitem-se, porém, juízos especiais em razão da natureza das causas”.

A Carta Constitucional de 1937, em seus arts. 122 e 17, dispunha que “Os crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular serão submetidos a processo e julgamento perante Tribunal Especial, na forma que a lei instituir”, o que, de certa forma pode ser considerado um retrocesso em relação à Constituição anterior.

A Constituição de 1946 em seu art. 141, § 26 dispunha que “Não haverá foro

privilegiado nem juízes e tribunais de exceção”, enquanto que a Carta de 1967 em seu art. 150, § 15 e Emenda Constitucional nº 1 de 1969, art. 153, § 15, dispunham que “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes” e ainda mantinha a disposição de que não haveria foro privilegiado nem tribunais de exceção.

Com relação à garantia da autoridade competente para processar e julgar, outro importante aspecto do princípio do juiz natural, hoje consagrada pelo art. 5º, LIII, esteve presente também na Constituição Política do Império do Brasil de 1824, em seu art. 149, inc. 11, com a seguinte redação: “Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita”.

A Constituição de 1891, em seu art. 72, § 15, dispunha em termos bastante semelhantes: “Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela estabelecida”.

Já a Carta de 1934 trouxe inovação ao dispor que “Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita”. Aparece aqui, pela primeira vez, o que tornar-se-ia, posteriormente, a idéia do promotor natural, na medida em que ao dispositivo anterior foi acrescentada a expressão “processado”.

Já a Constituição de 1937, em seu art. 122, inc. 13, somente garantia, generi-

32. Ainda sobre o tema do juiz natural e competência em tribunal, vide TUCCI, Rogério Lauria. “Juiz Natural e Competência em Tribunal”. In *RT* 765, 1999, pp. 97/107.

camente, a irretroatividade da lei mais gravosa, ao dispor que: “As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores”.

A Constituição de 1946 tentou juntar as duas idéias (autoridade competente e irretroatividade), dispondo, em seu art. 141, § 27: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma da lei anterior”. Todavia, nada menciona sobre quem deve ser a autoridade competente a processar.

A Constituição de 1967 bem como a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 foram completamente omissas a respeito de ambas as garantias.

A Constituição Federal de 1988, então, consagrou a idéia do juiz natural, basicamente, em quatro dispositivos: art. 5º, XXXVII, dispondo que: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”; art. 5º, LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (garantia do juiz competente e do promotor natural); o art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (garantia do acesso à justiça); e através do dispositivo do art. 5º, XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (irretroatividade da lei).

5. O alcance do princípio

Estabelecido, pois, o significado do princípio do juiz natural, cabe analisar sua

dimensão dentro do ordenamento jurídico brasileiro, para assim determinar-se seu alcance, sua incidência, e as eventuais infringências a ele existentes nos tempos atuais.

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que o “tribunal de exceção”, vedado pela Constituição Federal de 1988, não se confunde com “foro privilegiado”, porque este último é direito subjetivo de que alguém é titular, como o do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Ensina CRETELLA JÚNIOR³³ que foro privilegiado é aquele que cabe a alguém, como direito seu, opondo-se ao foro comum, “precisamente porque é foro de juízo que não é o ‘comum’, ao passo que foro ou tribunal de exceção é o criado ‘fora’ ou ‘dentro’ da organização judiciária normal, ou comum, para o conhecimento e julgamento de um caso, ou de vários casos”.

Com relação às justiças especializadas, ensina GRINOVER³⁴ que o sistema constitucional brasileiro jamais mostrou aversão à instituição de justiças especializadas, mas pelo contrário, sempre francamente as admitiu. No seu entender, o sistema o fez com razão, na medida em que a garantia do juiz natural não se contrapõe a juízos especiais, orgânicos, pré-constituídos, integrantes do Poder Judiciário, em que o que ocorre é apenas uma prévia distribuição de competências, ora em razão das pessoas, ora em razão da

33. CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, vol. I (arts. 1º a 5º, LXVII), p. 464.

34. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Princípio do Juiz Natural e a sua dupla garantia, O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 21.

matéria. Para a autora “não se confundem, pois, tribunais de exceção – transitórios e arbitrários – com justiça especializada – permanente e orgânica; os primeiros funcionam *ad hoc*, para cada caso concreto, enquanto a segunda aplica a lei a todos os casos de determinada matéria ou que envolvam determinadas partes”.

Exemplo de tribunal de exceção ocorrido em território nacional nos traz CRETELLA JÚNIOR,³⁵ ao referir que em 1937, os três poderes encontravam-se nas mãos do ditador, que legislava, editando decretos-leis, que manejava a própria aplicação das leis no tribunal de exceção, e que administrava, aplicando a lei de ofício aos casos concretos. Se uma pessoa fosse acusada de crime contra a existência, segurança ou integridade do Estado, contra a estrutura das instituições, contra a economia popular, contra a sua guarda ou o seu emprego, o tribunal de exceção é que teria competência para julgá-la.

De acordo com ALBUQUERQUE,³⁶ não se deve alegar, também, inconsistência entre o princípio do juiz natural com o juizado penal militar, o qual está estruturado com bases já pré-definidas, e, portanto, em consonância com este princípio, pela mesma razão anteriormente aludida, qual seja a de que no sistema judiciário pode haver

juízos ou varas especializadas, sem que isto viole ou atinja o princípio do juiz natural. O que não se admite é a criação *ad hoc* de juízos especiais para o julgamento de determinada causa, embora dentro da própria justiça ordinária.³⁷ Contudo, “as atribuições das justiças especiais são de direito estrito. Fora do que vem previsto na Constituição, nenhuma competência nova pode ser dada a essas justiças, porque então estaria sendo violado o princípio do juiz natural”.³⁸

Também não violam o princípio do juiz natural as chamadas modificações de competência, imediatamente aplicadas mas que já estejam contidas em leis regularmente promulgadas, visto que no princípio não se encontra nenhuma regra de direito intertemporal, bem como as substituições em lei previstas, os desaforamentos e a prorrogação de competência, desde que se realizem dentro do estritamente previsto em lei.³⁹

Todavia, diversa apresenta-se a questão, no entender de GRINOVER,⁴⁰ quando se trata de modificação de competência da justiça comum para a justiça especializada, ainda que estabelecida por norma constitucional. Nesse caso deve ser estendida a garantia do juiz natural à irretroatividade da competência constitucional, pelo que a fixação desta só pode ser feita para reger casos futuros.

35. CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, vol. I (arts. 1º a 5º, LXVII), p. 465.

36. ALBUQUERQUE, Valéria Medeiros de. “Juiz Natural”. In *Revista Jurídica Consulex*, nº 6, 1997, p. 35.

37. Cf. MARQUES, José Frederico. “Juiz Natural”. In *Enciclopédia Saraiva de Direito*. vol. 46, p. 449.

38. MARQUES, José Frederico. “Juiz Natural”. In *Enciclopédia Saraiva de Direito*. vol. 46, p. 449.

39. Cf. MARQUES, José Frederico. “Juiz Natural”. In *Enciclopédia Saraiva de Direito*. vol. 46, p. 446.

40. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Princípio do Juiz Natural e a sua dupla garantia, O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 27.

Segundo a mesma autora, “outra violação ao princípio do juiz natural, instituída pelo legislador e ignorada pelos tribunais pátrios, é a que se configura pelo procedimento extrajudicial para execução de operações ligadas ao Sistema Financeiro de Habitação”.⁴¹

O Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, e a Lei nº 5.741 de 1º de dezembro de 1971, ainda em vigor, estabelecem que tal execução se faça sob forma da ação executiva, em consonância com os arts. 31 a 38 do referido decreto, que fixam procedimento administrativo sumário, instaurado mediante simples solicitação do credor ao agente fiduciário (antigamente Banco Nacional de Habitação, hoje extinto, substituído pela Caixa Econômica Federal), sem possibilidade de defesa, sem contraditório, sem fase de conhecimento, ainda que incidental e sem via recursal. Ocorre que, na maioria das vezes, o agente fiduciário também é o credor hipotecário. Nessa hipótese, concentram-se nas mãos da mesma entidade a legitimação ativa para a execução e a competência legal para os atos executórios, em flagrante violação da garantia do juiz natural.⁴²

Uma questão ligada ao juiz natural, e que durante algum tempo suscitou polêmica, foi a do instituto da advocatária, in-

troduzido pela Emenda Constitucional nº 7/1977, consistente no poder discricionário, atribuído ao STF, de avocar as causas processadas perante qualquer juízo ou tribunal em caso de “imediato perigo de grave lesão à ordem, saúde, à segurança ou às finanças públicas”, com o objetivo de, suspensos os efeitos da decisão já proferida, o STF conhecer integralmente da lide.

Contudo, uma das argumentações contra a advocatária que aqui interessa – a supressão da garantia do juiz natural –, isto é, aquele órgão constitucionalmente designado para conhecer e decidir, em primeira mão, a causa que lhe é apresentada pelo jurisdicionado, não mais tem lugar nos dias de hoje. A Constituição brasileira de 1988, em seu art. 101, I, (competência originária), não fala mais em “avocação”. O instituto não foi, pois, recepcionado pela nova ordem jurídica.⁴³

CARVALHO⁴⁴ traz um outro exemplo recente passível de infringência do princípio do juiz natural em sede do juizado da infância e da juventude. A questão refere-se à opção do chamado juiz imediato sem a observância da *perpetuatio jurisdictionis* e, por consequência, do juiz natural. Juízo imediato é entendido como aquele mais próximo do local onde se encontra o menor, no sentido de prestar-lhe uma prestação

jurisdicional mais rápida. Ocorre que às vezes há conflito entre o “juiz natural” e o juiz imediato.

Consta do acórdão 274 do conflito de competência 18.746.0/0 da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo que em sede de processo de menores não se aplica rigorosamente o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, no sentido de proporcionar uma justiça mais rápida. Como não se aplica rigorosamente o princípio da perpetuação, também não se aplica rigorosamente o princípio do juiz imediato, devendo-se verificar no caso concreto o que é mais benéfico ao menor.

Na área da Infância e da Juventude, então, conclui o autor, deve-se primeiro observar o princípio do juiz constitucional, e seqüencialmente a competência material, territorial e funcional. O juiz imediato criado pelo ECA somente deve ser obedecido quando a criança ou adolescente estiver em situação legal de carência.⁴⁵

Outra questão a ser analisada no que se refere ao alcance da garantia do juiz natural, é a constante do art. 5º, LIII que dispõe: “ninguém será *processado* nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Existiria, então, ao lado da garantia do juiz natural a garantia a um *promotor natural*, tendo-se em vista que, regra geral,

em termos de ação penal, à exceção das ações penais privadas, é o Ministério Público o único titular da ação, e, portanto, o único legitimado a processar?

Para LOURES,⁴⁶ o princípio do promotor natural assegura a preexistência de um órgão do Ministério Público, com atribuição estabelecida em lei, para o desenvolvimento da persecução penal em seus dois momentos: o da investigação e o da ação penal e dotado das garantias de inamovibilidade e independência funcional. Adiante adverte a autora que ainda que as intenções na nomeação de um promotor específico para determinado caso sejam as melhores, este mecanismo pode dar margem a grandes arbitrariedades, pondo em risco a melhor verificação dos fatos, através de redes de influência para que haja maior ou menor apuração da verdade.⁴⁷

Ao comentar, à época, sobre o projeto de lei orgânica nacional do Ministério Público e o princípio do promotor natural, questiona CARNEIRO⁴⁸ se seria possível o promotor renunciar a atribuição fixada em Lei Complementar à Constituição. Sua resposta nada mais é do que a própria afirmação da necessidade da existência do promotor natural: “cremos que ela é irrenunciável, pelo simples fato de não ser um direito unicamente do Promotor e ainda que fosse seria certamente indisponível.

41. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Princípio do Juiz Natural e a sua dupla garantia, O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 24.
 42. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Princípio do Juiz Natural e a sua dupla garantia, O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 25.
 43. Cf. MACIEL, Adhemar Ferreira. “Avocatária: violação do juiz natural ou uma exigência de nossos tempos?” In *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, 56, 1992, p. 124.
 44. CARVALHO, Jeferson Moreira de. “Juiz Constitucional, Juiz Imediato, Perpetuatio Jurisdictionis”. In *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, 1, 1996, p. 139.

45. Cf. CARVALHO, Jeferson Moreira de. “Juiz Constitucional, Juiz Imediato, Perpetuatio Jurisdictionis”. In *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, 1, 1996, p. 142.
 46. LOURES, Ana Beatriz. “Princípio do Promotor Natural”. In *Livro de Estudos Jurídicos*. James Tubenchlak e Ricardo Bustamante (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 239.
 47. LOURES, Ana Beatriz. “Princípio do Promotor Natural”. In *Livro de Estudos Jurídicos*. James Tubenchlak e Ricardo Bustamante (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 241.
 48. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. “O Princípio do Promotor Natural e o Projeto de Lei Orgânica Nacional do Ministério Público”. In *Livro de Estudos Jurídicos*. James Tubenchlak e Ricardo Bustamante (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 56.

O princípio do Promotor Natural ao lado de consagrar o direito do membro do *parquet* de exercer as próprias atribuições – “*ex vi legis*” – constitui verdadeira garantia constitucional dos membros da sociedade, portanto, indisponível e irrenunciável”.

De acordo com MAIA NETO,⁴⁹ o princípio do Promotor Natural pode ser assim resumido: “Promotor Natural é todo aquele agente ministerial com poderes e atribuições administrativas e jurisdicionais exclusivas, previamente estabelecidas na Constituição, em lei penal adjetiva e nas normatizações ou instruções superiores do Ministério Público, devidamente publicadas nos órgãos da imprensa oficial da União ou dos Estados”.

Adverte o mesmo autor que tanto os tribunais como as promotorias públicas de exceção instituídas para atender contingências particulares não se coadunam com o regime democrático. A competência do promotor natural, assim como a do juiz devem ser preestabelecidas.

Para PENTEADO,⁵⁰ dado o campo de atuação do Ministério Público e o juízo axiológico que lhe defere a sociedade, é inevitável concluir-se que o princípio do promotor natural, isto é, que o fato de que os membros do *parquet* devem ter cargos específicos, proibidas as simples e discricionárias designações, afastando-se o promotor

de justiça *ad hoc*, está definitivamente inserido na Constituição da República.

Uma outra questão recente que tem causado polêmica em relação ao princípio do juiz natural é a que se revela a partir da vigência da Lei nº 9.307/96, conhecida como lei de arbitragem. Pergunta-se: É o juízo arbitral Constitucional?

Segundo MENEZES e BORGES⁵¹ pode-se averiguar da inconstitucionalidade do instituto a partir dos seguintes argumentos: a) se há jurisdição feita pelo particular, portanto, um caso de justiça privada; b) se viola o princípio da efetividade; e c) se há violação do princípio do juiz natural (que aqui especialmente interessa para este estudo).

Segundo os autores, tem-se, pelo princípio do juiz natural, que todos os cidadãos possuem direito a um julgamento não apenas realizado por um juízo imparcial, mas, também, que a sua competência seja fixada pelas normas estabelecidas pela lei, no momento em que se dá o fato a ser dirimido, e, portanto, julgado. O juiz natural é, então, aquele previsto na Constituição, investido na função de julgar.

Por óbvio, então, em razão do princípio, não poderá haver juízos ou tribunais de exceção. Desde que criado *post factum*, não deixa de ser tribunal de exceção, mesmo que integrado exclusivamente por membros do Poder Judiciário.⁵²

49. MAIA NETO, Cândido Furtado. “Promotor Natural e os Direitos Humanos”. In *Revista do Ministério Público*. Porto Alegre: Nova Alvorada Edições, 1997, nº 39, p. 333.

50. PENTEADO, Jaques de Camargo. “O Princípio do Promotor Natural”. In *RT* 619, 1987, pp. 410 e 411.

51. MENEZES, Cláudio Armando Couce de; e BORGES, Leonardo Dias. “Juízo Arbitral”. In *O Moderno Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, p. 97.

52. Aqui os autores utilizam-se dos ensinamentos de José Carreira Alvim, em *Elementos de Teoria Geral do Processo*, p. 80.

Portanto, segundo os mesmos autores, não há que se falar em inconstitucionalidade em função da violação do princípio do juiz natural, visto que o juízo arbitral já encontra-se legalmente previsto em momento anterior ao que ocorre o fato a ser julgado, não existindo qualquer julgamento de exceção.

6. Conclusão

A tarefa de julgar, no dizer de ALBUQUERQUE,⁵³ como um misto de trabalho científico e artístico, tem por objetivo transcender os conflitos humanos, devendo estar acima deles, criando direito, concedendo a uma das partes o poder coercitivo de impor à parte contrária o respeito ou atendimento a seu direito, e, com isto, contribuir para que se chegue à segurança jurídica, daí, efetivamente, decorrendo a paz social, o bem-estar, e a segurança de toda a coletividade.

Todos, portanto, devem ter o direito de ser julgados por um tribunal independente e imparcial, quer se trate de acusação penal, quer cuide de direitos ou obrigações da própria pessoa.

Quanto à origem histórica do princípio, conclui-se que a compreensão do mesmo na forma em que atualmente é concebido, é sucessiva à Magna Carta de 1215, derivando diretamente da *Petition of Rights* de 1627 e do *Bill of Rights* de 1688. Posteriormente, dada a sua importância para os cidadãos, o princípio acabou por encontrar abrigo em quase todos os textos constitucionais e internacionais modernos.

Especificamente no caso do Brasil, dentre todas as Constituições, somente a de 1967 e a Emenda de 1969 foram omisssas a respeito. A Constituição Federal de 1988 não menciona a expressão “juiz natural” em um determinado artigo. Seu fundamento encontra-se disperso no texto da carta, de maneira mais ou menos explícita em mais de um dispositivo, entre eles o art. 5º, XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”; o art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; o art. 5º, LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; o art. 5º, XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

O significado do princípio, para a maioria da doutrina, constitui-se em uma dúplice garantia: a proibição de juízo ou tribunal de exceção e julgamento por autoridade competente.

Quanto ao alcance do princípio, conclui-se que a vedação pela Constituição dos chamados Tribunais de Exceção, não se confunde com o foro privilegiado, previsto anteriormente ao fato e permitido por lei. Não existe ainda violação do princípio no que tange o juizado penal militar, visto que o mesmo está estruturado com bases pré-definidas, e previsto em lei.

Também não violam o princípio as modificações de competência imediatamente aplicadas mas já contidas em leis regularmente promulgadas.

53. ALBUQUERQUE, Valéria Medeiros de. “Juiz Natural”. In *Revista Jurídica Consulex*, nº 6, 1997, p. 36.

Dado o campo de atuação do Ministério Público, é inevitável concluir-se que o princípio do promotor natural, isto é, que seus membros devam ter cargos específicos, proibidas as simples e discricionárias designações, afastando-se a idéia do promotor *ad hoc*, está definitivamente inserido na Constituição da República.

Não há que se falar, de outra parte, em inconstitucionalidade em função da violação do princípio do juiz natural face ao juízo arbitral, visto que o mesmo já encontra-se legalmente previsto em momento anterior ao que ocorre o fato a ser julgado, não existindo, portanto, julgamento de exceção.

Qualquer pessoa deve ser julgada por um juiz, previamente designado para aquele cargo determinado sem qualquer outra consideração. Com isto, a confiança na neutralidade do juiz daquele que procura a justiça é reforçada. Além disso, com relação ao princípio da igualdade, leva-se em conta que, com fundamento nas mesmas exigências, qualquer pessoa terá direito ao mesmo juiz.

7. Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Valéria Medeiros de. "Juiz Natural". In *Revista Jurídica Consulex*, nº 6, 1997, pp. 35-36.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, 2ª vol. (arts. 5º a 17).
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. "O Princípio do Promotor Natural e o Projeto de Lei Orgânica Nacional do Ministério Público". In *Livro de Estudos Jurídicos*. James

- Tubenchlak e Ricardo Bustamante (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1991, pp. 55/60.
- CAPELLETTI, Mauro. *Fundamental Guarantees of the parties in Civil Proceeding (General Report)*.
- CARVALHO, Jeferson Moreira de. "Juiz Constitucional, Juiz Imediato, Perpetuatio Jurisdictionis". In *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, nº 1, 1996, pp. 139/142.
- COUTURE, Eduardo J. "La Garanzia Costituzionale del 'Dovuto Processo Legale'". In *Rivista di Diritto Processuale*, nº 2, 1954, pp. 81/101.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, vol. I (arts. 1º a 5º, LXVII), pp. 462/528.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón (Teoría del Garantismo Penal)*. Madrid: Trotta, 1995, pp. 589/591.
- GOMES, Luiz Flávio. "Apontamentos sobre o Princípio do Juiz Natural". In *RT* 703, 1994, pp. 417/422.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Princípio do Juiz Natural e a sua dupla garantia, O processo em sua unidade - II*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, pp. 3/40.
- LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. "Giudice naturale e costituzione del giudice". (Sentenze e note). In *Rivista di Diritto Processuale*, 1964, pp. 331/337.
- LOURES, Ana Beatriz. "Princípio do Promotor Natural". In *Livro de Estudos Jurídicos*. James Tubenchlak e Ricardo Bustamante (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1991, pp. 238/249.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. "Avocatória: violação do juiz natural ou uma exigência de

- nossos tempos?" In *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, nº 56, 1992, pp. 117/125.
- MAIA NETO, Cândido Furtado. "Promotor Natural e os Direitos Humanos". In *Revista do Ministério Público*. Porto Alegre: Nova Alvorada Edições, 1997, nº 39, pp. 331/335.
- MARQUES, José Frederico. "Juiz Natural". In *Enciclopédia Saraiva de Direito*. vol. 46, pp. 444/450.
- MENEZES, Cláudio Armando Couce de; e BORGES, Leonardo Dias. "Juízo Arbitral".

- In *O Moderno Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, pp. 85/132.
- PENTEADO, Jaques de Camargo. "O Princípio do Promotor Natural". In *RT* 619, 1987, pp. 407/413.
- SCHWAB, Karl Heinz. "Divisão de Funções e o Juiz Natural". Trad. de Nelson Nery Júnior. In *Revista de Processo*, nº 48, 1987, pp. 124/131.
- TUCCI, Rogério Lauria. "Juiz Natural e Competência em Tribunal". In *RT* 765, 1999, pp. 7/107.

Importação Paralela na União Européia

Renata Lucas de Carvalho

Advogada, Faculdade de Direito Cândido Mendes (Rio de Janeiro – 1993),
Pós-graduação em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Cândido Mendes
(Rio de Janeiro – 1995), reconhecimento para exercício da profissão
(Direito Internacional) na Alemanha desde outubro de 1999.

1. Definição

Importação paralela é a venda ou distribuição de um produto ou de uma prestação de serviço fora de uma área autorizada. Representa a concorrência de mercadorias e prestações de serviços, pertencentes a mesma firma, que são oferecidos no mercado nacional com preços diferentes, mas dentro de certas especificações e normas.

2. O problema da política de concorrência

A União Européia (UE) tem como objetivo a constituição de um mercado comum com uma economia e moeda única, levando em consideração a diferença política dos países membros.

A política econômica da UE está ligada a uma economia de mercado aberto com livre concorrência (art. 3a, 1 e art. 102a EGV, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – Contrato da Comunidade Européia), que suprime os obstáculos prejudiciais ao comércio dentro da União Européia e cria um mercado interno para os seus cidadãos (art. 7a EGV).

A falta de barreiras internas traz como conseqüências a liberdade do tráfego de pessoas e de mercadorias, do estabelecimento de novas firmas, da prestação de serviços, e do capital entre os países-membros.

O principal problema da integração da UE consistiu em como desenvolver uma economia livre, quando o objetivo de legislar um mercado comum se contrastava com a realidade das diferentes políticas econômicas de proteção dos países membros, os quais possuíam diferentes comportamentos no mercado de empresas com relação ao regulamento dos preços.

Assim sendo, levavam ao isolamento do mercado nacional, restringindo a livre escolha do consumidor europeu e, conseqüentemente, indo em direção contrária ao desejado efeito de uma liberdade econômica.

O Contrato da Comunidade Européia tem em vista impedir a restrição da concorrência entre diferentes empresas e estimular a concorrência dentro das mesmas empresas, trazendo como conseqüên-

cia a licença para a importação paralela. É interessante examinar os mercados nos quais a importação paralela ocorre. Nas decisões proferidas pela Comissão Européia tratam-se dos seguintes mercados: de produtos de alta tecnologia (que são entregues ao consumidor com preços altos como por exemplo os automóveis), de medicamentos, de produtos de luxo como os perfumes, artigos de moda e bebidas alcoólicas. Em todos esses casos é de se esperar nos países membros um estímulo à importação paralela dos países de preços mais baixos para países de preços superiores, dos mesmos produtos com uma considerável diferença de preço. Diferentes custos de produção ou despesas de distribuição e tipos de impostos exigidos em cada país são umas das causas da diferença de preços dentro dos países da União Européia. Exemplos são os automóveis que possuem representações divergentes na política nacional com relação a política de tráfego, de impostos ou de meio ambiente, que são responsáveis pela diferença no preço final ao consumidor. As diferenças de preços e de produtos são, em parte, uma estratégia dos empresários para a obtenção de maior lucro, como também para incentivar a atividade de pesquisa e desenvolvimento no próprio mercado interno.

3. Legislação Européia sobre Cartel

As normas anti-cartel da União Européia se encontram nos arts. 81 a 89 do Contrato da Comunidade Européia (EG-Vertrag). Segundo o art. 81 (EGV) é incompatível e proibido no mercado comum, todo acordo entre as empresas, decisões ou re-

soluções de associações empresariais e modos de conduta votados por empresas que prejudiquem o comércio e o negócio entre os países membros como também qualquer acordo que tenha como objetivo o impedimento, a restrição ou a falsificação da concorrência dentro do mercado comum europeu.

“Art. 81 (Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen) (1) Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere

a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;

b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;

c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;

d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;

e) die an den Abschluß von Verträgen geknüpfte Bedingung, daß die

Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

(2) Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig.

(3) Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf

– Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,

– Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,

– aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –Verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne daß den beteiligten Unternehmen

a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder

b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.”

O art. 81 (EGV) assegura então a concorrência funcional sem falsificação no mercado comum e a liberdade de acesso para outros países neste mercado. A livre concorrência criada possibilita que mercadorias e prestações de serviços sejam oferecidos para o consumidor com melhores ofertas e condições.

Além disso, as empresas que se encontram em concorrência devem melhorar e inovar seus produtos para o interesse do cliente. O mesmo artigo atua expressamente contra “todos” os acordos entre as empresas que restringem essa concorrência livre. Os órgãos da comunidade compreendem como acordo o entendimento de empresas ou suas associações sobre a prática de restringir a concorrência, ou seja, todo acordo de vontade sobre sua aparição conjunta no mercado.

Com relação aos exemplos das regras dos diversos decretos e do art. 81 (EGV) podem ser acentuados especialmente os acordos sobre preços e condições, as restrições ou controle de produção, de venda, de desenvolvimento tecnológico ou investimentos, como também a distribuição nos mercados e os contratos acessórios.

A experiência nos acordos de restrições de concorrência feitos pelas empresas mostra que, não só as restrições ao comércio do estado, como também as limitações da concorrência privada, podem surtir efeito como obstáculos ao livre comércio. Deste modo as barreiras comerciais, privadas e estatais devem ser primeiramente abolidas para a criação de um mercado interno competitivo em nível internacional.

Os mais importantes casos de aplicação do art. 81, I, letra c são os amplos cartéis internacionais, as ordens de mercado nacional como também o cartel de importação e exportação. O comprador tem o compromisso de somente vender em uma área específica ou respeitar o nível de preço do mercado alvo e manter o acordo de realização do controle comum das merca-

dorias na importação, como por exemplo verificar a marca de controle com o objetivo de evitar a importação paralela através de outros comerciantes.

Para restringir a possibilidade de venda dos concorrentes são negociados a distribuição dos clientes entre eles, a distribuição no mercado vertical, principalmente através da convenção de distribuição exclusiva com proibição de exportação e também com a concessão do auxílio de exportação através de uma Junta.

3.1 Contrato de distribuição exclusiva

Entende-se por contrato de distribuição exclusiva os acordos entre fabricantes e comerciantes, através dos quais o fornecedor se obriga a vender a mercadoria somente em uma definida área com a finalidade de revenda exclusiva para um certo comprador.

Entretanto, alguns acordos que procuram uma absoluta defesa do território para o comprador, ou seja, que tem como objetivo o impedimento da importação paralela, infringem o art. 81 (EGV). Desses acordos estão excluídos a proibição da exportação e reimportação de produtos sem garantia originários da importação paralela e o emprego do mercado ou da lei de concorrência desleal.

3.2 Sistema de distribuição seletiva

Compreende-se como distribuição seletiva uma organização de venda, na qual o produtor em uma área determinada se limita a só um comprador, que é escolhido

por ele. Deste modo, o produtor opta por um comprador de sua preferência e não impõe a este comprador nenhum limite de revenda de mercadoria. Tais organizações são as ligações de comércio especializado simples ou qualificado e distribuição seletiva quantitativa.

A distribuição seletiva quantitativa tem por exemplo um grande significado no setor automobilístico e é regulamentada pelo Decreto nº 1.475/95, de 28 de junho de 1995. Previamente vigorava o Decreto nº 123/85, que não satisfaz as esperanças da Comissão Européia de finalmente contribuir para a abertura dos, até então, severos mercados nacionais de automóveis, que são caracterizados, como sempre, pela assombrosa diferença de preços (de até 40%).

O novo decreto tem em vista a possibilidade da mútua abertura do mercado na União Européia através da restrição das proibições habituais da concorrência por encargo dos comerciantes, como também através da autorização do fornecimento transversal e do intermediário comercial. Deste modo fica incompatível a proteção absoluta da área para o comerciante. Medidas prejudiciais à importação paralela levam à falta de aplicação do Decreto nº 1.475/95, art. 3. Exemplos são o boicote de fornecimento contra sociedades autônomas de *leasing* ou contra os negociantes industriais intermediários, que comerciam em nome ou por ordem de seus clientes, como também a recusa da prestação de garantia ou do atestado de conformidade para automóvel originário de importação paralela para prejudicar a sua autorização no mercado nacional.

4. A concorrência desleal

O § 1º da Lei contra Concorrência Desleal (UWG – Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) representa uma abrangente cláusula geral contra a concorrência desleal. O combate aos negócios de concorrência desleal e a segurança concorrencial contra as restrições são os dois grandes deveres que uma economia de mercado com oferta e procura pode querer das ordens de direito. No julgamento de uma relação concorrencial percebe-se que faz parte da natureza da concorrência a tentativa de ganhar clientes novos. Todo concorrente procura oferecer e propagar o seu êxito no trabalho sem entraves no mercado para que possibilite ao cliente a comparação das ofertas. Deste modo o cliente pode optar pelo que parece mais vantajoso no preço, qualidade e serviço.

O âmago do preço tabelado é a eliminação da concorrência de preço nas fases de revenda, através do acordo do preço final de venda entre os negociantes e o produtor (§ 15, Lei Anti-Cartel – KartellG). Este corte contratual das possibilidades de concorrência e a tabela de preços que atuam no mercado são, sem dúvida, impertinentes para o negociante. Ou seja, o produtor consegue impor o preço final de venda. Através do contrato de venda com restrições quanto à revenda, são fixadas certas condições para o comprador. Este tipo de acordo aumentou ainda mais, desde que passou a servir como substituto junto com a recomendação de preço, a partir da proibição do preço tabelado para os artigos de marcas conhecidas. Quando um negociante infringir o contrato de venda com restri-

ções quanto à revenda ou a tabela de preços, pode o produtor ou qualquer credor exigir, baseado no contrato, um ressarcimento por omissão ou perdas e danos. A inflexibilidade tanto da tabela quanto do contrato restritivo representa para todos um risco, uma vez existindo a possibilidade de reimportação por países que não possuem preços tabelados nem contratos de venda com restrições de revenda. Este perigo vem crescendo desde que o Contrato da Comunidade Européia entrou em vigor, pois o preço tabelado e o contrato de venda com restrições de revenda são proibidos em muitos países membros. Além disso a proibição da reimportação e da reexportação para a proteção do mercado interno infringe o art. 81 do EGV.

Enquanto a reimportação fizer sentido e for de interesse econômico não é possível na Alemanha, por exemplo, a construção de um sistema para a tabela de preços e o contrato de venda com restrições quanto à revenda.

Mas, vale a pena ressaltar, que a inflexibilidade deste sistema tem um significado de lealdade legal para a imposição do direito com relação ao § 1º UWG contra compradores que fazem parte de uma Associação e negociantes que não são associados ou ligados a nada.

A importação paralela é permitida dentro da UE em favor do consumidor e da livre concorrência. Normas são determinadas para impedir o abuso de certos privilégios e evitar a concorrência desleal, mas muitas vezes geram o efeito contrário do desejado.

Bibliografia

Singer, Ausschließliche Patentlizenz- und Know-how-Verträge nach deutschem, amerikanischem und europäischem Kartellrecht, 1997.

Hubmann. Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, 1998.

Emmerich, Kartellrecht, 1999.

Reich, Europäisches Verbraucherschutzrecht: Binnenmarkt und Verbraucherinteresse, 1993.


Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1998.

O Poder Judiciário e a Concretização das Cláusulas Gerais: Limites e Responsabilidade*

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

1ª Parte

 tema que me foi proposto é: “O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade”.

Quero iniciar falando sobre o significado da concretização das cláusulas gerais dentro da atividade estatal.

Sabemos todos que a forma de atuação do Estado na economia tem sofrido variações que vão desde o absentismo do Estado mínimo ao Estado Intervencionista.

A partir da Revolução Francesa, observa-se acentuada tendência de intervenção na forma de direção, proteção ou de participação, variando as suas modalidades ou o seu ritmo conforme o país.

Embora se diga que na pós-modernidade o Estado deve estar cada vez mais ausente, a verdade é que ele dirige a economia.

Nos EEUU – símbolo do liberalismo – o agricultor planta aquilo que o Estado quer, não planta o que o Estado não quer; tem preço mínimo para o seu produto e recebe garantia de indenização pelo que não lhe foi permitido plantar.

Nos países neoliberais, a economia continua sendo presidida e orientada pelo Estado. Em um que nós conhecemos, essa direção se dá através de inúmeras medidas provisórias e resoluções de um ou de outro órgão governamental, além de atuação concreta no mercado financeiro.

Pois bem, na medida em que se faz presente o Estado no processo econômico, uma das áreas mais atingidas é o contrato.

O Prof. EROS GRAU acentuou que no regime ocidental capitalista em que vivemos, a sociedade está fundada em dois pilares: na idéia da propriedade privada dos bens de produção e na da liberdade de contratar, que é o seu corolário mais importan-

* Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFRGS, dia 29.11.1999, por ocasião do lançamento do livro *A Boa-fé no Direito Privado*, de autoria da Profª Dra. Judith Martins Costa

te, pois é através do contrato que se dá a produção, a circulação e o consumo dos bens.

Essa liberdade de contratar decorre: a) em primeiro lugar, da titularidade da propriedade, tendo o proprietário o poder de dispor dos seus bens (autonomia privada); b) em segundo, do primado da autonomia da vontade (o homem retira de si o poder de querer, e porque é livre e racional, com seu querer e sua razão cria o próprio direito).

JOSSERAND observou que essa antiga teoria tradicional foi alterada e reformulada pelo dirigismo contratual.

O contrato passou a ser visto não apenas como instrumento de regulação da vontade, meio de administrar interesses privados, exercício da autonomia privada, poder de dispor de seus interesses, mas também, como instrumento de ordenação da economia, um meio de realizar os fins do Estado. Menos serve para construir e realizar a vontade do indivíduo, mais para construir e contribuir a que a sociedade possa atingir os seus fins econômicos, que são importantes, mas também para alcançar os fins éticos e sociais buscados pelo Estado, conforme o que está ordenado na Constituição.

Também sabemos todos que a liberdade contratual se expressa: a) pela decisão de celebrar ou não o contrato, e b) pela configuração interna que se quer dar à avença, com a escolha de suas cláusulas.

O Estado intervém nessas duas fases do contrato: alguns contratos são necessários e obrigatórios (como o seguro de auto-

móveis por dano contra terceiros); outros são proibidos (a exemplo da exploração de bens ou lugares protegidos); algumas cláusulas são obrigatórias ou predeterminadas, como a relacionada com os juros ou com preços ou índices de correção; outras cláusulas são proibidas, como acontece com as abusivas condições gerais do negócio nos contratos de adesão ou com estipulação que expressa uma condição potestativa.

Disse-lhes isso para chegar à seguinte conclusão: o que observamos e constatamos facilmente, e tem sido continuamente repetido, é que a intervenção do Estado na Economia se dá pelo legislador, com a lei, e pelo governo (Executivo), com atos individuais ou normativos. Mas, além dessas duas, há ainda a intervenção do Estado pelo juiz, que se dá com a aplicação de cláusulas gerais no âmbito obrigacional, especialmente da cláusula geral da boa-fé.

Essa é a via que o Estado usa para modificar contratos, criar deveres anexos, limitar direitos, atribuir efeitos a condutas; e isso tanto para realizar os fins econômicos que são próprios dessas relações (como, por exemplo, para manter a leal concorrência), mas também e muito especialmente para realizar a justiça material do contrato.

Libertando-se do dogma da vontade, e acentuando a função social do contrato, instrumento socialmente útil, que vale se e enquanto for justo, o Estado que assume a decisão política de legislar através da técnica de introduzir cláusulas gerais em suas leis está consagrando a idéia de que as relações econômicas devem pautar-se por princípios éticos.

Encontro, portanto, dois enunciados:

- a cláusula geral é o meio através do qual o Estado atua pelo juiz na economia, permitindo-lhe conformar e configurar a relação contratual;

- o Estado que assim legisla assume o compromisso de submeter a economia a princípios éticos, pois as cláusulas gerais da boa-fé, da responsabilidade pelo dano, do enriquecimento ilícito, da lesão enorme, da função social do contrato, etc. irão permitir que a decisão sobre os negócios atenda a valores que não são econômicos, mas éticos, garantidores de uma justiça material.

Nesse ponto, devo olhar para a nossa realidade e a evolução mais recente dos fatos.

O Brasil, que elaborou em 1850, no gabinete de Mauá, o Código Comercial, e em 1917 o nosso Código Civil, não tinha essa preocupação, e as razões para isso são conhecidas e correspondiam ao pensamento político e filosófico então reinantes.

Foi na década de 70, quando se redigiu o Projeto do Código Civil, que o desenho do nosso ordenamento civil passou a atender àqueles fins éticos a que antes me referi. Explicou o Prof. MIGUEL REALE que o Projeto estava iluminado pelo princípio da *socialidade*, sendo o seu exemplo mais significativo a norma que reconheceu no contrato a sua finalidade social. O Prof. MOREIRA ALVES lembrou que se tratava de cambiar a filosofia do nosso Direito Civil, e para isso foram introduzidas alterações pontuais, entre elas a do uso das cláusulas gerais. O Prof. MIGUEL REALE ainda observou a mudança da fisionomia de algu-

mas personagens que dominavam o Código Civil de CLÓVIS BEVILÁQUA: o proprietário, o marido, o testador e, muito especialmente, o contratante. Este deixou de ser o indivíduo singular, passando-se a considerar os contratantes, no plural, porquanto a relação é binária e existe em função da interação e da colaboração das duas partes.

O Projeto refere-se à boa-fé, à lesão enorme, ao enriquecimento injusto, ao abuso de direito, à onerosidade por fato superveniente, etc., conceitos que têm muito a ver com uma visão mais democrática e igualitária no direito das obrigações.

Isso evidencia que o Estado, refletido no Projeto, tinha o objetivo de exercer a intervenção na economia também na forma de proteção pelo juiz.

Depois do Projeto, sobreveio, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor, com todos os princípios protetivos do hipossuficiente que conhecemos (equivalência da prestação, cláusulas abusivas, onerosidade, inversão do ônus da prova, desconsideração da pessoa jurídica, etc.).

Ocorre que esse momento, a meu juízo, passou. A tendência bem nítida é a de retorno ao predomínio da economia sobre o ético, de abandono da posição protetiva do Estado, deixando de garantir certas posições que, sem essa proteção, não subsistirão. Haverá com isso, certamente, uma perda de justiça, como já está havendo.

Exemplifico lembrando, dentre muitos:

- a legislação sobre planos e seguros de saúde veio dar menos garantias ao cidadão do que os tribunais já asseguravam;

- o fato de ter sido aprovada pelo Congresso Nacional - com a sanção presidencial, a lei que permite ao comércio do ensino a expulsão, da sala de aula, do aluno que não paga três prestações. Embora revogada, o fato é significativo;

- a falta de fiscalização, pelas agências governamentais, dos negócios que deveriam estar sujeitos ao controle do Estado, não sendo incomum a aprovação de cláusulas abusivas incluídas nos contratos de massa oferecidos ao público;

- os ambientalistas reclamam dos prazos que estão sendo estendidos aos que ofendem a natureza;

- os previdenciários não se conformam com a perda de participação nos órgãos diretivos, e assim por diante;

- há algum tempo, temos ouvido denunciada referência aos males que decorrem dos juros altos, e a causa foi logo apontada: é a inadimplência que determina os juros anuais acima de 100 % a.a., e por isso é preciso punir o devedor; em vez de reduzir os juros para diminuir a inadimplência, a solução foi logo encontrada: elaboração de uma norma que permite a capitalização dos juros, o que significa que eles duplicarão. Nesse entretempo, cogita-se de garantir ao crédito bancário a preferência na falência, o que era até hoje do crédito trabalhista.

A mesma inclinação está acontecendo nos Tribunais, onde a aplicação dos princípios que significam um avanço na

compreensão do contrato – amplamente aceitos e usados nos países mais avançados, especialmente depois da segunda guerra, há cinquenta anos, portanto – encontra cada vez maior resistência, o que se nota muito nitidamente, por exemplo, na dificuldade de aceitação das regras e dos princípios do Código de Defesa do Consumidor, que substituiu a visão individualista da relação obrigacional para realçar o direito do cidadão de ser tratado em condições mínimas que lhe assegurem aquela justiça preconizada por Aristóteles, de ter um quinhão igual antes e depois do contrato. Recusada sistematicamente a aplicação dos seus princípios e reduzida a cada dia a sua área de incidência, em pouco tempo poderá ser lembrado apenas para algumas compras no supermercado.

Por isso, quero registrar que o Estado preocupado com a “socialidade”, mencionada pelo Prof. MIGUEL REALE, desapareceu, e o ambiente político que propiciou a elaboração do Projeto, em 1975, e do CDC, em 1990, já não existe e, com isso, haverá cada vez maior resistência ao uso de cláusulas gerais em matéria negocial.

2ª Parte

O livro cujo lançamento hoje celebramos é o mais completo estudo que se fez no país sobre o tema das cláusulas gerais e, especificamente, a da boa-fé objetiva.

Para tratar do meu assunto, tive facilitado o trabalho: bastou-me lê-lo.

A autora da tese inicia sua abordagem das cláusulas gerais apontando a sua ligação com o problema das fontes, pois a

cláusula é o meio que permite o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, viabilizando a sua sistematização.

Mudando as fontes, muda o perfil do sistema, que passa de fechado para um sistema aberto, de auto-referência relativa. Deixa-se para trás o dogma da identidade do Direito-Lei, adequado ao sistema fechado, para um regime em que é preciso buscar, para cada caso, uma solução que lhe seja adequada, e para isso muitas vezes o operador não se satisfaz com o que está tipificado na lei.

Disse a autora: “Do ponto de vista de técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema”. Como isso se dá por meio de uma exposição fundamentada, os elementos extra-sistemáticos são ressistemizados (p. 303).

A autora não aceita a oposição entre *casuística* (aquela que trabalha com tipos e faz a sua aplicação pela subsunção) e *cláusula geral*, como se tudo se resumisse a esses dois conceitos. O que se antepõe à casuística são as normas vagas, sendo uma dessas a cláusula geral, além dos princípios e dos conceitos indeterminados.

Há vagueza na norma quando se expressa de modo a permitir uma zona limite de incerteza, e isso se dá tanto com a cláusula geral como com os princípios e os conceitos indeterminados. Com isso, quer afirmar que há termos vagos que não são cláusulas gerais. Diante de termos indeterminados, basta ao juiz precisar o seu conteúdo para ter a norma pronta a ser aplicada, enquanto a cláusula geral exige um reenvio para outros fatores valorativos e um trabalho de criação.

Para distinguir a cláusula geral dos princípios, a autora entende que o cerne da definição de princípio está em que ele é uma norma considerada como fundamento de outra. A cláusula geral pode expressar um princípio, mas não é um princípio. O princípio pode ser expresso ou não, enquanto a cláusula geral sempre é e só pode ser expressa. Tanto assim que no nosso Direito, antes de termos a cláusula geral expressa na legislação civil, tínhamos o princípio não expresso da boa-fé, implicitamente admitido e decorrente do sistema. ALEXIS, em trabalho recente sobre o direito brasileiro, observou que antes da regulamentação dos dispositivos constitucionais que não são auto-aplicáveis, podem tais preceitos funcionar como princípios orientadores do sistema.

Já os termos indeterminados dos conceitos são apenas expressões cujo significado necessita de precisão.

A forma pela qual a cláusula geral se estrutura é que permite a atuação inovadora do juiz.

Disse a autora: “Diferentemente de outras normas, formadas através da técnica

ca da casuística, cujo critério de valoração já vem indicado com relativa nitidez – sendo desenvolvido por via dos vários métodos de interpretação –, a cláusula geral introduz no âmbito normativo no qual se insere um critério ulterior de relevância jurídica, à vista do qual o juiz seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com um determinado parâmetro e buscar, neste confronto, certas conseqüências jurídicas, que não estão pré-determinadas. Daí uma distinção fundamental: as normas cujo grau de vagueza é mínimo implicam seja dado ao juiz tão-somente o poder de estabelecer o significado do enunciado normativo; já no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão-somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual, criando direito, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as conseqüências”. (p. 330)

A cláusula geral, portanto, exige do juiz uma atuação especial, e através dela é que se atribui uma mobilidade ao sistema, mobilidade que será externa, na medida em que se utiliza de conceitos além do sistema, e interna, quando desloca regramentos criados especificamente para um caso e os traslada para outras situações. Foi assim, no primeiro caso, que o Tribunal reconheceu a obrigação alimentar do concubino em favor da companheira, dez anos antes de lei reconhecendo a existência dessa relação e atribuindo-lhe tal efeito. No segundo, quando deslocou a regra do art. 924 do CC, criada para reduzir a cláusula penal convencionalizada pelas partes para, com a

mesma norma, limitar quantitativos de multas previstas em lei.

Sendo a cláusula geral uma norma que permite a solução do caso, é apropriada para a sua aplicação a tópica, que é “técnica de pensamento orientado por problemas”, e serve para resolver a seguinte questão: o que, aqui e agora, é o justo.

Tratando sobre a boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro, o Prof. MOREIRA ALVES, nosso mais ilustre civilista, cita a lição da Prof^a JUDITH MARTINS COSTA, quando faz a distinção entre a cláusula geral e o conceito indeterminado, dando como exemplos os arts. 4º, III, e 51, IV, do CDC, o primeiro sendo uma cláusula geral, e, o segundo, um conceito indeterminado. A técnica da cláusula geral, refere o il. Professor, propiciará atuação judicial mais criadora, embora não arbitrária.

3ª Parte

E com isso chego à parte final do meu trabalho, tratando dos limites e da responsabilidade da atividade do juiz na aplicação das cláusulas gerais.

Tenho para mim que cláusula geral é a norma que deixa em aberto a descrição da conduta devida. Assim acontece, por exemplo, com o tipo penal aberto do art. 121, § 3º, do Código Penal: causar a morte de alguém por culpa. Sabendo-se que a culpa consiste no descuido, na violação a um dever de cuidado, a norma positivada não descreve que cuidado deveria ser observado na situação concreta. A lei remete ao juiz a elaboração da norma de dever para o

caso, e do confronto dessa norma – que é judicial, criada concretamente para aquela hipótese – com a conduta efetivamente adotada pelo agente é que se saberá se o comportamento foi lícito ou ilícito.

Assim também acontece quando a norma determinar ao contratante comportar-se de acordo com a boa-fé, mas não lhe diz qual o comportamento esperado nas circunstâncias do negócio. Havendo o litígio, fixará o juiz o comportamento que deveria ter sido observado quanto ao prazo, modo, lugar, quantidade, qualidade da prestação, etc.

Evidentemente que isso gera insegurança, pois o contratante não sabe o que o juiz entenderá como sendo o comportamento devido; a descrição dessa conduta não está na lei.

Disso sobressai a responsabilidade do juiz de agir com extremo cuidado ao estabelecer tal norma de dever, que ele usará como parâmetro para resolver o caso. Deverá ter atenção para os valores da comunidade, saber quais as condutas normalmente adotadas naquele lugar e naquelas circunstâncias e verificar de que modo poderia a parte cumprir com tais expectativas.

Nesse trabalho criador, o juiz deve, mais do que em outras ocasiões, fundamentar as suas decisões, porque ele deve explicar às partes e à comunidade jurídica como e por que tais condutas foram consideradas as devidas na situação do processo, pois foi nessa norma de dever (criada por ele para o caso) que alicerçou a solução da causa.

É um trabalho bem mais complexo do que o da simples subsunção. Nesta, o

juiz já tem a norma; definido o fato e escolhida uma das normas positivas aplicáveis, basta explicar as razões dessas duas proposições para que se entenda a conclusão. No caso da cláusula geral, contudo, primeiro se exige a definição da própria norma de conduta, cujo conteúdo tem de ser encontrado para o caso, e somente depois disso será feita a subsunção da conduta efetivada em relação a tal preceito.

A sua fundamentação é exposta às partes e ao sistema judiciário, por onde tramitará o processo, com possibilidade de sucessivos recursos e juízos de revisão. É um modo de controlar.

Além disso, a comunidade jurídica tem hoje, e cada vez mais, conhecimento e informação do que está sendo julgado pelos tribunais (a página do STJ na Internet é consultada 200 mil vezes por dia), e a opinião da academia, das universidades, das entidades que se organizam em defesa de interesses setoriais, tudo serve para impedir que se repitam decisões arbitrárias e fora do contexto social.

Os limites do trabalho de criação não estão no sistema legislado, pois o operador poderá ter de recorrer a dados e elementos metajurídicos. No entanto, no Brasil, com a Constituição de 1988, com tantos enunciados orientadores de direitos e de valores, dificilmente uma situação proposta em juízo não será resolvida a contento, seguindo os princípios constitucionais a que remete a cláusula geral.

É de natureza social a responsabilidade do juiz que emprega mal os poderes que lhe concede a cláusula geral, ou que não a usa nos casos em que deveria fazê-lo.

Isto é, não é caso de responsabilidade jurídica, pela qual o juiz que pratica certa conduta sofre sanção prevista em lei. Trata-se aqui de uma atuação no âmbito estrito do exercício da jurisdição, e nosso sistema não conhece nenhuma hipótese de responsabilidade do juiz em caso tal. Há, é certo, previsão de responsabilidade jurídica em alguns casos, como, por exemplo, quando o Código Civil trata dos interesses dos incapazes e do descuido com o seu patrimônio, ou quando o Código de Processo Civil prevê responsabilidade do juiz por falta de oportuna manifestação. Mas esses são isolados e de escassa ou nenhuma aplicação. Também a responsabilidade funcional é apurada diante de faltas outras que não no desempenho da liberdade de julgar. A responsabilidade política, de sua vez, está prevista apenas para os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Por fim, a responsabilidade civil do Estado pelos atos dos juízes tem recebido sempre interpretação restritiva. Mas essas situações todas prevêm aplicação de uma sanção prevista em lei, por isso digo que são de responsabilidade jurídica.

Não havendo sanção jurídica prevista em lei, aplicável ao juiz que deixa de fazer o devido uso da cláusula geral, estamos diante de um caso de responsabilidade social. Nesta, a relação se estabelece diretamente entre o juiz e a sociedade, que se manifestará através dos diversos modos e meios de controle difuso. Para isso, é preciso em primeiro lugar garantir a publicidade e a divulgação das decisões; em segundo,

contar com uma sociedade organizada, da área técnica ou não, que tenha condições de avaliar a decisão e dar a resposta. Nesse particular, exercem importante papel a imprensa, os meios eletrônicos de comunicação, os livros especializados e os periódicos, que divulgam, analisam e criticam as decisões.

Na verdade, a primeira e principal responsabilidade é a pessoal, pela qual o juiz é chamado a prestar contas perante sua própria consciência.

Em resumo, a cláusula geral impõe ao julgador o uso de uma técnica judicial especial de julgar, estando o seu exercício limitado pelo ordenamento constitucional; o desempenho arbitrário ou omissivo gera a responsabilidade social do juiz.

Quero terminar dizendo da honra que tenho em estar aqui para testemunhar a qualidade do trabalho profissional desenvolvido pela Prof^ª JUDITH MARTINS COSTA, que enobrece esta Casa, engrandece o Curso de Mestrado e Doutorado a que pertence e que prossegue com o mesmo brilho a tradição dos Martins Costa.

A tese que escreveu para o seu doutoramento, hoje transformada em livro, teria sido motivo de especial satisfação do Prof. CLÓVIS DO COUTO E SILVA, a quem tanto devemos, pelas lições e pelo exemplo de sempre procurar a excelência acadêmica, o que a Dra. JUDITH alcançou, inteligência privilegiada a serviço do Direito.

Nuevo Dinamismo o Estancamiento: El futuro de las relaciones entre el Mercosur y la UE*

Ulrich Wehner

Profesor Visitante DAAD/CAPES en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul; Doctor en Derecho por la Universidad de Colonia, Alemania.

I. Introducción

En el transcurso del año pasado tuvieron lugar acontecimientos importantes para las relaciones entre la Unión Europea¹ y el Mercosur. Cabe destacar entre ellos el encuentro de los jefes de Estado y de Gobierno de la UE, del Mercosur y de Chile en el marco de la Cumbre de Rio en junio de 1999. También

tiene importancia la entrada en vigor del Acuerdo Marco Interregional poco después de la cumbre, el 1 de junio del mismo año.

Ahora ya no son exclusivamente los juristas ibéricos que acompañan el desarrollo dentro del Mercosur. En el resto de los países europeos los autores muestran su interés en los esfuerzos de integración en el Cono Sur². El interés europeo se debe por un lado a los

* Este trabajo no habría sido posible sin la más valiosa ayuda de la Doctora Marta Jiménez Olivar, Profesora de Derecho Internacional Público en las Universidades UFRGS y PUC en Porto Alegre. Portanto quiero agradecerle una vez más por la colaboración productiva y agradable. El presente trabajo está basado en el artículo „EU und Mercosur: Auf dem Weg zur Freihandelszone?“ del mismo autor, publicado en la revista „Recht der Internationalen Wirtschaft“, Nº 5/2000, pág. 370 ss.

1. El término „Unión Europea (UE)“ se usa aquí para hacer referencia genérica al conjunto de los 12 Estados que firmaron el Tratado de Maastricht y a los 3 Estados que se adhieron a este Tratado en el momento de transformarse en miembros de la UE; debe tenerse en cuenta que la UE queda configurada por las tres Comunidades Europeas y otras áreas de cooperación intergubernamental, ver al respecto art. A pár. 3 del Tratado de la Unión Europea (los artículos A a E del Tratado de la Unión Europea han sido sustituidos por los artículos 1 UE a 28 UE).
2. Ver de la doctrina alemana: *Renata Martins*, MERCOSUR: Der Südamerikanische Gemeinsame Markt im Überblick, en: *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1999, pág. 851 ss.; *Jürgen Samtleben*, Das internationale Prozeß- und Privatrecht des Mercosur, *Rabels Zeitschrift*, tomo 63 (1999), pág. 1 ss.; observando el proceso continuamente: *Calixto Salomão Filho / Jürgen Samtleben*, Der Südamerikanische Gemeinsame Markt - Eine rechtliche Analyse des Mercosur, en: *Wertpapier Mitteilungen* 1992, pág. 1345 ss., pág. 1385 ss.; *Samtleben, Jürgen*, Der Südamerikanische Gemeinsame Markt (Mercosur) und seine neue Verfassung, en: *Wertpapier Mitteilungen* 1996, pág. 1997 ss.; *ibid.*, Das Recht des Mercosur - wichtig für Europa?, en: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1998, antes de pág. 65; *ibid.*, Las Perspectivas para un Tribunal de Mercosur y la Experiencia Europea, en: *Jurisprudencia Argentina*, 1998 tomo I, pág. 786 ss.; de otros países: *Wrobel, P.*, Mercosur After the Brazilian Financial Turmoil, en: *International Spectator* 1999, Vol. 34, Nº 3, pág. 81 ss.; *Page, S.*, The Relationship between the European Union and Mercosur en: *International Spectator* 1999, Vol. 34, Nº 3, pág. 91 s.; Mercosur, engouement malgré les turbulences, en: *Moniteur du Commerce International (MOCI)* 1999, Nº 1377, pág. 55 ss.

logros económicos de ese proyecto de integración latinoamericana más reciente; a pesar de las turbulencias económicas y políticas casi permanentes se reconoce el éxito económico del Mercosur en los primeros años de su existencia. Por otro lado el método de integración ha despertado el interés principalmente de los comunitaristas. Ahora bien, puede añadirse otro aspecto: Parece que las relaciones entre Europa y América Latina, prácticamente paralizadas durante décadas, están experimentando una fase de revitalización³. Especialmente los representantes de la Unión Europea, del Mercosur y de Chile se pusieron de acuerdo sobre los principios básicos de su futura cooperación y expresaron su voluntad de „construir una colaboración más profunda y fructífera entre las dos comunidades“⁴.

En los países Participantes del Mercosur se ha escrito mucho sobre los más diversos aspectos de la integración mercosureña. Pero en realidad pocos son los autores que se han ocupado detalladamente de las relaciones entre la UE y el Mercosur tomando como base los vínculos jurídicos ya existentes. Algunas valoraciones iniciales del posible acercamiento entre los dos bloques económicos fueron entusiastas. Así la celebración del Acuerdo Marco Interregional fue vista como „la aproximación más seria de Europa con América Latina desde la visita de Cristóbal

Colón“⁵. Sin embargo, la relación polifacética y compleja entre Mercosur y UE exige cierta cautela frente a estimaciones positivas precipitadas. Ahora bien, parece imprescindible un análisis sistemático de los vínculos birregionales basado en las regulaciones actuales. Con tal motivo se debe tener en cuenta el desarrollo normativo de las relaciones birregionales hasta el momento. Ya en este ámbito la polémica interna de la UE en torno a las negociaciones con el Mercosur sirve como ejemplo de una relación no siempre armónica (II.). Un examen jurídico especialmente nítido exige la cuestión del objetivo central establecido para la cooperación entre Mercosur y UE. Por tanto nos ocupamos del proyecto destacado del Acuerdo Marco Interregional que es la creación de la llamada Asociación Interregional (III.). De gran interés no solamente es el *status quo* de las relaciones. Mucha importancia tienen también las perspectivas de éxito para la realización de los objetivos establecidos. Con tal motivo serán presentados algunos factores determinantes para el desarrollo futuro de las relaciones birregionales (IV.). Estos factores se tomarán después para ver sus repercusiones en la relación entre el Mercosur y la UE hasta el momento (V.). Lo expuesto debe servir para sacar conclusiones para una valoración de la

3. observarse las repercusiones en la prensa europea: Larraya, en: El País del 28.6. 1999, pág. 1; Hautin-Guiraut, en: Le Monde del 29.06. 1999, pág. 2; Oehrlin/Haubrich, en: Frankfurter Allgemeine Zeitung del 29.6.1999, pág. 1.

4. Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno de Mercosur, Chile y de la Unión Europea - Comunicado Conjunto de Río de Janeiro, del 28 de junio de 1999; EU-Doc. 9410/99 (Press 207), cifra 2.

5. Castro Escudero, Alfredo, El Mercosur, contra viento y marea, en: Comercio Exterior – Sección Latinoamericana 1994, pág. 999.

cooperación actual y para indicar algunas opciones estratégicas para ambas regiones (VI.).

II. El desarrollo de las relaciones birregionales hasta el momento

Desde su creación en el año 1991 los Estados Partes del Mercosur no dejaron lugar a dudas que el relacionamiento con la UE sería un objetivo prioritario en su agenda económica y en su política exterior. Ya en abril del 91, poco más de un mes después de la firma del Tratado de Asunción, los ministros de asuntos exteriores del Mercosur se encontraron en Bruselas con representantes de la Comisión Europea⁶. En aquel encuentro se establecieron las bases del primer paso de la cooperación interregional. Así fue firmado el Acuerdo de Cooperación Interinstitucional en el año 1992. Dos acontecimientos más marcan el empeño de la relación hasta ahora: La pieza clave de la Cooperación entre el Mercosur y la UE sigue siendo el Acuerdo Marco Interregional del año 1995. El último paso significativo lo representan los resultados del encuentro de los jefes de Estado y de Gobierno del Mercosur, de la UE y de Chile en el marco de la Cumbre de Río.

1. El Acuerdo de Cooperación Interinstitucional.

El Acuerdo de Cooperación Interinstitucional representa la primera manifestación contractual en las relaciones entre la entonces CE y el Mercosur⁷. El acuerdo tuvo como objetivo principal transferir cierto *know how* en materia de integración económica de la Comunidad hacia el entonces todavía muy joven Mercosur⁸. Este instrumento se limitó a determinar medidas de cooperación exclusivamente técnicas e administrativas entre los órganos y carecía por completo de normas materiales. Debido a su contenido limitado el acuerdo resultó rápidamente insuficiente para una profundización más amplia de las relaciones birregionales⁹. Así este instrumento de cooperación tiene actualmente un significado meramente político: La CE fue la primera a establecer oficialmente el diálogo político con Mercosur. De esa relación también surgió en forma de dicho acuerdo el primer – aunque modesto – resultado concreto de los esfuerzos del Mercosur de determinar su papel en el escenario internacional.

2. El Acuerdo Marco Interregional de Cooperación

El Mercosur y la UE consiguieron en diciembre del año 1995 crear una base

6. Bull. EG 4-1991, cifra 1.3.36.

7. Acuerdo del 29 de mayo de 1992, Bull. EG 5-1992, cifra 1.2.32; formalmente la relación contractual no fue establecida entre el Mercosur y la UE sino entre el Consejo del Mercado Común por parte del Mercosur y la Comisión de la Comunidad Europea. La construcción de un acuerdo entre instituciones (interinstitucional) se debe principalmente al desarrollo entonces embrionario del Mercosur que carecía por ejemplo de la personalidad jurídica para firmar un acuerdo internacional.

8. Art. 1 y 2 del Acuerdo Interinstitucional de Cooperación.

9. ver la opinión de la misma Comisión Europea. Com (94) 428, S. 14

contractual para el desarrollo de sus relaciones mutuas. Se firmó el Acuerdo Marco Interregional (AMI)¹⁰. Hasta el momento este contrato es el núcleo de las relaciones birregionales.

En cuanto a su naturaleza jurídica el Acuerdo representa un buen ejemplo de la figura de los llamados acuerdos mixtos. Puede hablarse de un acuerdo mixto cuando la Comunidad Europea y sus Estados miembros firman conjuntamente el convenio¹¹. Esto ya está explícito en la denominación del AMI que habla del „Acuerdo entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una Parte, y el Mercado Común del Sur y sus Estados Partes, por Otra“. En el mismo sentido el AMI define las Partes del acuerdo¹². El concepto del acuerdo mixto tiene la misma validez en el derecho del Mercosur. Tanto el Mercosur como sus Estados pueden actuar al mismo tiempo como signatarios de un tratado. En todo caso la razón por la cual se usa el instrumento de los acuerdos mixtos es que las materias a que se refiere el acuerdo no pueden considerarse atribuidas a la exclusiva competencia del organismo de integración¹³.

Por su propia estructura el acuerdo mixto presenta un inconveniente que en el caso del AMI fue objeto de una reclamación por parte del Parlamento Europeo¹⁴: El elevado número de signatarios lleva a un igualmente elevado número de procesos de ratificación y transformación lo que causó un notable retraso para su entrada en vigor.

De manera muy apretada el AMI abarca un campo vasto de temas para la futura cooperación. El espectro temático se extiende desde la cooperación en materia de normas agroalimentarias e industriales, en materia aduanera y de la propiedad intelectual, tratando también la cooperación empresarial hasta llegar a la cooperación en los sectores de la telecomunicación y de la formación y educación¹⁵. Un espacio relativamente amplio ocupa también la creación de un marco institucional para la cooperación birregional¹⁶.

Ya solamente contrastando la diversidad del contenido con la cantidad limitada de normas se percibe fácilmente que en el contenido del AMI las

10. Acuerdo Marco Interregional de Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una Parte, y el Mercado Común del Sur y sus Estados Partes, por Otra, del 15.12. 1995, DOCE 1996 N° L 69/4; con Chile más tarde se firmó un acuerdo similar, DOCE 1996 N° L 209/5.

11. *Bleckmann*, Der gemischte Vertrag im Europarecht, in: EuR 1976, S. 301 ff.; *Carlos Francisco Molina del Pozo*, Manual de Derecho de la Comunidad Europea, pág. 427.

12. Art. 32 del AMI

13. *Carlos Francisco Molina del Pozo*, Manual de Derecho de la Comunidad Europea, pág. 427

14. PE-Dok A 4 -118/96, S. 5

15. Art. 6-9, 11, 16 y 20 del AMI; el contenido del acuerdo no siempre se muestra altamente concreto – dice por ejemplo el art. 16 párr. 1: „Las Partes acuerdan establecer una cooperación común en materia de telecomunicaciones y tecnologías de la información con vista a promover su desarrollo económico y social, impulsar la sociedad de la información y, facilitar el camino hacia la modernización de la sociedad.“

16. Los art. 25-30 del AMI prevén la creación del llamado Consejo de Cooperación como órgano más alto, de una llamada Comisión Mixta de Cooperación y de la llamada Subcomisión Mixta Comercial.

estipulaciones programáticas prevalecen sobre las normas operativas y dotadas de obligaciones concretas.

Sobresaliendo de esta diversidad temática y representando el objetivo central del AMI a largo plazo se encuentra el proyecto de la creación de una Asociación Interregional entre la UE y el Mercosur¹⁷. Antes de entrar en el examen del contenido de esa figura se requiere un análisis exacto de la técnica normativa al formular el objetivo final. Pues el AMI se limita a emitir una declaración de mera intención. Su objetivo no es la creación de dicha asociación, sino como reza el propio texto „la preparación de las condiciones para la creación de una Asociación Interregional“¹⁸. Los contratantes no dejaron lugar a dudas que los pasos siguientes como el comienzo de negociaciones concretas – y tanto más la creación misma – requerían nuevos arreglos y también un nuevo acuerdo entre EU y Mercosur¹⁹. Con la sutileza necesaria podemos decir que el objetivo del AMI no es la creación de una Asociación Interregional sino solamente la creación de un instrumento preparatorio para la preparación misma de la creación de la Asociación Interregional. En el mismo

sentido se puede hablar de un acuerdo interino²⁰ con lo cual se expresa el carácter transitório y evolutivo del AMI y del proceso de acercamiento entre Mercosur y UE.

3. La Cumbre de Rio y la entrada en vigor del AMI

Pocos fueron los impulsos engendrados por el AMI durante los primeros años después de su firma. Tuvieron lugar algunos encuentros de significado limitado en el marco de los órganos previstos por el tratado. Sin embargo, la posibilidad de avanzar hacia la Asociación Interregional ya se veía bloqueada por el mero hecho de que el AMI todavía no estuviera en vigor. A causa de los pesados trámites de ratificación la entrada en vigor se dilató hasta el 1 de julio de 1999²¹.

El proceso no avanzó automáticamente con la entrada en vigor del Acuerdo como resultado de la decisión de los contratantes de determinar independientemente del AMI „la oportunidad, el momento y las condiciones para iniciar las negociaciones conducentes a la conformación de la Asociación Interregional“²². Aquí es donde encontramos la importancia de la Cumbre

17. la Asociación Interregional está mencionada en el preámbulo y los Art. 2 par. 1, 4, 14 par. 3, 25 par. 3, 27 par. 5 lit. d y 34 par. 2 del AMI.

18. Art. 2 párr. 1 del AMI.

19. ver tb. Art. 34 par. 2 del AMI: „Las Partes, de conformidad con sus procedimientos respectivos, y en función de los trabajos y propuestas elaboradas en el marco institucional del presente Acuerdo, determinarán la oportunidad, el momento y las condiciones para iniciar las negociaciones conducentes a la conformación de la Asociación Interregional.“

20. Informe de IRELA, INF-95/5-MERC vom 14. Sept. 1995, S. 1; *Núñez*, Crónica de una negociación, in: Archivos del Presente Nr. 3 (1995/96), S. 124; *Dromi/Molina del Pozo*, Acuerdo Mercosur-Unión Europea, S. 28

21. Bull. EU 7/8-1999 cifra 1.4.149.

22. Art. 34 par. 2 del AMI.

de Rio: Los representantes reunidos en Rio anunciaron el anuncio formal del inicio de las negociaciones²³. Tomando como base una decisión interna de la UE sobre los detalles de las negociaciones las conversaciones sobre asuntos no arancelarios empezarán a fines del 1999 y las negociaciones arancelarias comenzarán en julio de 2001²⁴. Poco después el Consejo de Asuntos Generales de la CE también adoptó el mandato para la Comisión Europea para iniciar las conversaciones comerciales con el Mercosur y Chile²⁵. Así fue facilitado el primer encuentro del Consejo de Cooperación que representa el órgano más alto de las instituciones creadas por el AMI²⁶. Esta reunión marcó el comienzo oficial para la creación de la Asociación Interregional. Los representantes acordaron la estructura, la metodología y el calendario de las negociaciones. Complementando la estructura institucional prevista por el AMI decidieron también crear nuevos órganos para llevar a cabo las negociaciones. El llamado Comité de Negociaciones Birregionales sería responsable de la conducción general y la gestión de las negociaciones. Este comité recibiría el apoyo de un Subcomité de Cooperación y tendría la facultad de crear otros subgrupos.

Las próximas reuniones del Comité de Negociaciones Birregionales y de su Subcomité fueron previstas para los meses de marzo-abril 2000.

III. Análisis jurídico del objetivo principal del AMI: La Asociación Interregional

Frente a la decisión de Rio se impone con vehemencia la pregunta sobre el significado y el contenido de la figura de la Asociación Interregional declarada objetivo central de todos los empeños. Muchos autores consideran como núcleo del modelo de la Asociación Interregional la creación de una zona de libre comercio, es decir la eliminación de todos los aranceles y otras barreras comerciales en el comercio recíproco entre Mercosur y UE²⁷. Esta opinión no es irrefutable, aun cuando su resultado no esté lejos de la realidad. La Asociación Interregional no contiene necesariamente una zona de libre comercio. Tal equiparación no puede fundamentarse en los conocimientos del Derecho Internacional Público o del Derecho Comunitario Europeo ni en la práctica de las asociaciones conocidas hasta el momento.

23. Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno de Mercosur, Chile y de la Unión Europea - Comunicado Conjunto de Rio de Janeiro, del 28 de junio de 1999; EU-Doc. 9410/99 (Press 207), cifra 6.

24. Instituto de Relaciones Europeo-Latinoamericanas (IRELA), La Cumbre de Rio: ¿Hacia una asociación estratégica?, Madrid, Informe 99/8-CUM del 30.06. 1999, pág. 3.

25. Bulletin EU 9-1999 cifra 1.4.75.

26. Primer Consejo de Cooperación UE-Mercosur - Comunicado de Prensa Conjunto, 24 de noviembre de 1999, EU-Doc. 13290/99 (Press 371)

27. Matthias Herdegen, Derecho Económico Internacional, 2a Edición, Medellín 1998, § 9, cifra 1.

1. La Asociación en el Derecho Internacional Público

Según revela el Derecho Internacional Público²⁸ el punto de partida para la definición del término de la asociación es la calidad de miembro de una Organización Internacional. Generalmente se entiende por asociación un vínculo a una Organización Internacional debilitado (=abgeschwächt) en comparación con el estatus de miembro de pleno derecho. La asociación otorga al asociado entre 1 y 99 por ciento de los derechos y obligaciones del miembro y tiene por objetivo facilitar la participación del asociado en los fines de la organización.

Por lo anterior se puede deducir fácilmente que la UE y el Mercosur a través del proyecto de su Asociación Interregional no buscan la forma de Asociación que conoce el Derecho Internacional Público. Ahora bien, esta noción de la asociación nos proporciona solamente un elemento que es válido también para la relación que persiguen los dos bloques: El instrumento de la Asociación está caracterizado por la amplitud y gran variedad de su posible contenido; el término no está susceptible de una definición general.

2. La Asociación en el Derecho Comunitario Europeo

El derecho de la Asociación conocido dentro de las Comunidades Europeas se ha alejado de la noción que de la asociación tiene el Derecho Internacional Público. El estatus de miembro como punto de contacto es abandonado. También son muy diversos los objetivos de las Asociaciones por parte de la Comunidad Europea. Las distintas formas de Asociación tienen como base jurídica el artículo 238 Tratado CE (actualmente 310 CE)²⁹. A través de esa norma la Comunidad desarrolló su relación frente a las antiguas colonias y otros Estados africanos, del Caribe y del Pacífico en la forma de los llamados Acuerdos de Lomé³⁰. También la Asociación dinámica, dirigida hacia la ulterior adhesión de los asociados a la Comunidad se fundamenta en dicho artículo³¹. Por último la Asociación para el libre comercio y la asociación con fines de otorgar ayuda al desarrollo encuentran su base jurídica en el artículo 238.

En toda la normativa comunitaria no se encuentra una determinación de las características de la figura de la Asociación. De forma genérica se habla solamente de una relación „que entrañe derechos y

28. Ignaz Seidl-Hohenveldern/Gerhard Loibl, Das Recht der Internationalen Organisationen, 5. Edición 1996, § 31, cifra 515; Peter Hollenweger, Die Assoziation von Staaten mit internationalen Organisationen, 1963, pág. 15.

29. Se sigue aquí al sistema uniforme de los artículos de los Tratados en los textos del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, ver al respecto: Comunicado de Prensa del T.J., nº 57/99 del 30 de julio de 1999; para una introducción al derecho de las asociaciones en español: Carlos Francisco Molina del Pozo, Manual de Derecho de la Comunidad Europea, pág. 420 ss.

30. Una introducción proporciona: Schweitzer/Hummer, cifras 702, 707

31. v. Bogdandy, en: Grabitz/Bogdandy/Nettesheim, Europäisches Außenwirtschaftsrecht, 1994, pág. 18

obligaciones recíprocos, acciones comunes y procedimientos particulares³². La doctrina no consigue superar notablemente este nivel de ambigüedad. La asociación según un intento definitorio todavía muy eurocentrista se entiende como un vínculo permanente, general e institucionalizado, de cooperación que consagra una participación de países terceros en los objetivos comunitarios³³. También los acuerdos mismos que mencionan expresamente la creación de Asociaciones no proporcionan ninguna aclaración sistemática del contenido de esa relación.

No puede realmente sorprender que también la práctica de la Comunidad Europea en el ámbito de las Asociaciones es variada y heterogénea. En el ramo de Tratados de Asociación se encuentran meros acuerdos de cooperación con vistas a la ayuda al desarrollo³⁴, pero se halla también el establecimiento de vínculos estrechísimos para preparar el ingreso dentro de la Comunidad³⁵. Finalmente una sola asociación puede variar notablemente en contenido y en intensidad³⁶.

Por lo expuesto la definición del término Asociación tiene que quedar

genérica y poco concreta. El mismo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acentúa esa impresión todavía más. El Tribunal tiene una noción igualmente amplia del contenido de la asociación: Dentro de los límites del propio TCE los Tratados de asociación pueden contener arreglos con terceros Estados u Organizaciones Internacionales sobre todos los asuntos mencionados en el TCE³⁷.

3. La Asociación Interregional como Zona de Libre Comercio

Si apesar de la vaguedad del término de Asociación podemos hablar de la creación de una zona de libre comercio entre Mercosur y UE se debe recurrir a la interpretación del conjunto de las decisiones tomadas hasta ahora. Así conseguimos en primer lugar una definición (técnicamente) negativa del modelo de la Asociación Interregional: Los dos bloques no persiguen una Asociación con vistas a la cooperación al desarrollo. Porque aquella forma de asociación está caracterizada por no aplicar el principio de la reciprocidad en la concesión de ventajas comerciales³⁸. Según lo acordado entre Mercosur y UE la

asociación prevista debe ser regida justamente por este principio de la reciprocidad. El AMI mismo habla claramente de una „liberación [...] recíproca de todo el comercio“³⁹

Combinando las disposiciones del AMI con las exigencias del reglamento multilateral para el comercio mundial llegamos a la conclusión que concesiones comerciales entre Mercosur y UE sólo pueden ser otorgadas si se realizan por lo menos en el marco de una zona de libre comercio.

Es bien sabido que el punto de partida del actual sistema de comercio mundial se encuentra en el General Agreement of Trade and Tariffs que fue suscrito en el año 1947 y por lo tanto se denomina GATT 47⁴⁰. El principio de nación más favorecida, contenido en su artículo I del GATT 47, constituye desde entonces el núcleo del régimen del GATT. El GATT actual, conocido como GATT 94, está conformado por el original GATT 47 y las modificaciones realizadas en la Ronda de Uruguay. El resultado más visible de esa ronda de negociaciones fue la sustitución del conjunto disperso de las reglas comerciales multilaterales por la Organización Mundial de Comercio – OMC⁴¹. Esta es concebida como el marco institucional de las relaciones económicas

entre sus estados miembros. El acuerdo GATT 94 y los demás acuerdos cerrados al final de la Ronda de Uruguay son partes integrantes de la OMC y forman en su conjunto la normativa material del comercio internacional.

Los contratantes pretenden liberalizar su comercio y prometieron guardar la „conformidad con las reglas de la OMC“⁴². De esas reglas se desprende que la única posibilidad de una liberalización comercial sin violar al mismo tiempo el principio de la nación más favorecida es justamente como mínimo la creación de una zona de libre comercio⁴³. Otras formas de concesiones que no se extendiesen a todos los otros miembros de la OMC constituirían una infracción de la cláusula de la nación más favorecida. Es porque tal principio fundamental de la OMC⁴⁴ ordena que generalmente todas las ventajas comerciales tienen que ser concedidas inmediatamente y sin condiciones a todos los otros miembros de la OMC. Reconociendo las ventajas de la integración las normas de la OMC permiten una excepción de la aplicación rígida del principio. Una de las condiciones inevitables para aprovechar el privilegio es que la liberalización se realice en la forma de una zona de libre comercio o de una unión aduanera.

32. Art. 238 Tratado CE (actualmente 310)

33. *Pescatore*, Les relations extérieures des Communautés Européennes, en: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1961, vol. 11, pág. 104.; *Colombo*, La nature juridique de l'association a la CEE, en: L'association à la CEE, 1974, pág. 14, habla más correctamente de los „objetivos comunes“ en vez de los „objetivos comunitarios“.

34. Así aconteció en el caso de la asociación de los llamados Estados ACP, ver *Gert Nicolaysen*, *Europarecht*, Tomo 2

35. Así se puede observar en el Acuerdo que establece la asociación entre las Comunidades Europeas y la República de Polonia de 16.12.1991, DOCE 1993, N° L 348, S. 1 ff.

36. Véase la asociación de la CE con Malta, establecida el 12.9. 1963, DOCE 1971 N° L 61, pág. 2 que no prevía la adhesión de ese estado a la CE.

37. TJCE de 30.9.1987, *Demirel*, exp. 12/86.

38. Ejemplo típico para esta forma de asociación son los Acuerdos de Lomé; aquí las concesiones arancelarias permanecen unilaterales, ver por ejemplo art. 130, 131 del tercer Acuerdo de Lomé del 8.12.1984, DOCE 1986 N° L 86, 3.

39. Preámbulo, inc. 9 del AMI

40. *Brand/Zamora*, Basic Documents of International Law, Tomo 1, 1990, pág. 9 ss.

41. Agreement Establishing the World Trade Organization, I.L.M. 33 (1994), pág. 9 ss.; la función de marco institucional para las relaciones comerciales entre sus miembros está expresada en el Art. II inc. 1; Art. II inc. 2

42. Art. 4 y preámbulo, inc. 9 del AMI

43. Art. XXIV (5) a (10) del GATT 94

44. La cláusula de la nación más favorecida se encuentra en el art. 1 del GATT 94

A pesar del hecho que una liberalización comercial se deba realizar en forma de una zona de libre comercio o aún de unión aduanera Mercosur y UE optaron por el término de la Asociación Interregional. Así evitaron minuciosamente el uso de una forma de cooperación que implicase ya *per definitionem* concesiones comerciales. No antes de la Cumbre de Río empezaron a abandonar esa práctica cautelosa. Ahí los representantes de los dos bloques acordaron explícitamente „entablar negociaciones entre Mercosur, Chile y la Unión Europea para la liberalización bilateral, progresiva y recíproca del comercio sin excluir ningún sector“⁴⁵. En cuanto a las relaciones birregionales en las negociaciones Chile debe ser tratado como si fuese miembro del Mercosur. En la forma de un *single undertaking* los resultados de las negociaciones entre los tres constituirán un conjunto único e indivisible⁴⁶.

IV. Factores determinantes para el desarrollo futuro de las relaciones birregionales

Después del análisis técnico de la configuración para el desarrollo de las rela-

ciones birregionales serán tratados a continuación otros factores determinantes para el desarrollo de la cooperación. Como aspectos favorables a un acercamiento entre UE y Mercosur se encuentran la atractividad económica del Mercosur y las ya muy citadas afinidades culturales entre las regiones. Por el otro lado se deben tener en cuenta serios obstáculos en el camino hacia la liberalización del comercio entre Mercosur y UE.

Al contrario de la situación general en América Latina para los estados del Mercosur la cooperación transatlántica con la UE tiene todavía prioridad sobre una intensificación de las relaciones con los EUA⁴⁷. Más reservada y ambigua se muestra en cambio la posición de la UE frente al Mercosur. Aunque el Mercosur esté considerado una de las regiones que merecen una atención económica especial⁴⁸ la formación de las relaciones con Mercosur no ocupa un lugar destacado en la larga lista de prioridades de la UE.

1. El atractivo del Mercosur para Europa

En las innumerables afirmaciones⁴⁹ de las afinidades culturales entre las dos

45. Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno de Mercosur, Chile y de la Unión Europea - Comunicado Conjunto de Río de Janeiro, del 28 de junio de 1999; EU-Doc. 9410/99 (Press 207), cifra 6.
46. Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno de Mercosur, Chile y de la Unión Europea - Comunicado Conjunto de Río de Janeiro, del 28 de junio de 1999; EU-Doc. 9410/99 (Press 207), cifra 6.
47. *María Angeles Benítez*, Relaciones entre la Unión Europea y el Mercosur, in: Miguel Angel Ciuro Caldani, Del Mercosur, Buenos Aires 1996, S. 53; *Roberto Dromi/Carlos Molina del Pozo*, Acuerdo Mercosur-Unión Europea, Buenos Aires 1996, S. 20; la Comisión Europea comparte esta posición, COM (94) 428, pág. 7.
48. Así lo estipula la Comisión Europea, Doc. Com (97) 2000, pág. 38.
49. Instituto de Relaciones Europeo-Latinoamericanas (IRELA), Las Relaciones entre Europa y América Latina: Hacia una agenda birregional para el siglo XXI, Informe Especial „Cumbre de Río, Madrid, pág. 4; el preámbulo del AMI comienza con las palabras: „Considerando los profundos lazos históricos, culturales, políticos y económicos que les unen e inspirados en los valores comunes a sus pueblos“. Con texto idéntico el Comunicado Conjunto de Río de Janeiro, del 28 de junio de 1999; EU-Doc. 9410/99 (Press 207), cifra 1.

regiones todavía se ha prestado poca atención al aspecto de los ordenamientos jurídicos. El empresario europeo reencuentra en los estados del Mercosur y en Chile varios elementos de la tradición jurídica europea bien conocidos⁵⁰. Las codificaciones civiles fueron - con variaciones - influenciadas por el *Code Civil* francés y recurren con frecuencia al derecho italiano, alemán y suizo⁵¹. También las cuatro legislaciones societarias dentro del Mercosur responden a sistemas jurídicos homogéneos, de raíz romano germánica⁵². Los estados del Mercosur no sólo avanzan en la supresión de barreras comerciales sino también cabe resaltar ciertos éxitos en el campo de la armonización de sus legislaciones nacionales⁵³. Por lo tanto va creciendo la posibilidad para los inversores y empresarios europeos de aprovechar un espacio económico común y un espacio jurídico común. De todos modos en Europa las cuatro libertades que proporcionaría la

construcción de un mercado común son bien conocidas y gozan de un alto reconocimiento⁵⁴.

Los lazos históricos y culturales entre los pueblos del Mercosur y de la UE tanto como los valores comunes no pueden ser negadas. Sin embargo se debe dudar la viabilidad de ésta visión de los vínculos. Será en primer lugar la realidad económica que decidirá sobre el éxito o el fracaso de las relaciones entre el Mercosur y la UE.

Desde el punto de vista económico el Mercosur se muestra definitivamente atractivo y ya ha obtenido éxitos significativos⁵⁵. El conjunto de los estados puede ser considerado una de las nuevas zonas emergentes y representa un mercado potencial de aproximadamente 200 millones de consumidores. Los estados del Mercosur son responsables por un 50 % del BIP latinoamericano. La UE es el primer socio comercial del Mercosur. Si a principios

50. Esto se limita desde luego a los ordenamientos jurídicos del continente europeo.

51. *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, pág. 112 ss.

52. *Miguel Carlos Araya*, El derecho de sociedades en el Mercosur, in: Luis Antonio Velasco San Pedro (Hrsg.), Dos Modelos de Integración Económica, Valladolid 1998, S. 151; *Guíomar T. Estrella Faria*, As sociedades comerciais e a formação dos blocos económicos de nações, en: Maristela Basso (Hrsg.), Mercosur – Seus efeitos jurídicos, económicos e políticos nos Estados-Membros, 2. Aufl. Porto Alegre 1998, S. 213; *Adriana S. Dreyzin de Klor*, Las sociedades comerciales en la integración subregional, en: Revista de Derecho Privado y Comunitario – Concurso y Quiebra I, Nº 10, 1996, pág. 487 s.

53. Ver los esfuerzos del Mercosur en el área del DIPr que abarcan tanto el sector de los aspectos sustanciales y el que se refiere a las cuestiones de carácter procesal, ocupándose tanto de la parte general como de la parte especial del DIPr, *Fernández Arroyo*, La nueva configuración del Derecho Internacional Privado del Mercosur, en: Revista de Derecho del Mercosur, Nº 4 (1999), pág. 38 ss.; *Samtleben*, Das internationale Prozeß- und Privatrecht des Mercosur, Rabels Zeitschrift, tomo 63 (1999), pág. 1 ss.

54. Estas son la libre circulación de bienes, de personas, servicios y capitales, ver en el Derecho Comunitario: art. 9-36 Tratado CE (actualmente art. 23-31 CE), 48-58 Tratado CE (actualmente art. 39-48 CE), 59-66 Tratado CE (actualmente art. 49-55 CE), 67-73 Tratado CE (actualmente art. 56-60 CE); objetivos similares se encuentran en el art. 1 párr. 2 del Tratado de Asunción.

55. para las relaciones comerciales entre la UE y América Latina y el Mercosur: Eurostat, European Union/Latin America – Caribbean Summit, Key figures - Relations between the European Union and the Latin American - Caribbean countries, Special Memo del 3.5. 1999; IRELA Las Relaciones entre Europa y América Latina: Hacia una agenda birregional para el siglo XXI, Informe Especial „Cumbre de Río, Madrid, pág. 12; Cifra I.1. de la „Río Declaration of the des Mercosur European Union Business Forum“ del 23.2. 1999, puede ser consultada a través de: <http://www.eurosur.org/eurosur>

de la década el Mercosur absorbía alrededor de un tercio de las ventas totales de la UE a América Latina, esta proporción ahora supera el 50 %. Este hecho se torna más significativo todavía teniendo en cuenta que el crecimiento de las exportaciones de la UE a Latinoamérica es uno de los más altos en total⁵⁶. Ya hoy día un 40% de las IED realizadas en el Mercosur se radican en los países de la UE. Especialmente en los primeros años de su existencia el volumen del comercio dentro del Mercosur disparó⁵⁷.

El Mercosur puede vivir otro aumento de importancia para Europa por los esfuerzos para la creación de la Área de libre Comercio de las Américas (ALCA). A iniciativa de los E.E.U.U. un total de 34 estados americanos persigue el establecimiento de una zona de libre comercio de Alaska hacia Tierra de fuego⁵⁸. En su última reunión los ministros de economía de los estados participantes reafirmaron la voluntad de concluir el proyecto a más tardar en el año 2005 y decidieron también lanzar discusiones sobre la estructura general de un acuerdo del ALCA⁵⁹. El éxito de los esfuerzos convertiría el Mercosur para la UE en una

de las regiones clave para el acceso y la participación en esta zona de libre comercio.

2. La estructura del comercio birregional – Problemas de la PAC

Mirando sólo la situación descrita anteriormente las circunstancias parecen favorables a un desarrollo positivo de las relaciones comerciales entre UE y Mercosur. Además la UE se confiesa oficialmente partidaria de la liberalización comercial y de una postura liberal. Así figura como objetivo de la Política Comercial Común de la CE contribuir „al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a la reducción de las barreras arancelarias“⁶⁰. Pero cabe destacar que la participación en el comercio mundial no es para nada un proyecto altruista. En el marco de la Política Comercial Común los Estados Miembros por un lado intentan también realizar uno de sus intereses primordiales que es el fortalecimiento de la posición europea en la lucha por la competencia en el mercado mundial. Por el otro lado a la UE no le parece incompatible con sus principios venerables

56. En el período del 1988 hasta el 1998 sólo las exportaciones de la UE hacia los países de Europa Central y del Este crecieron a una tasa más alta, ver: Eurostat, Millennium Round – The European Union Figures for the Seattle Conference, Memo 9/99 del 18.11.1999, pág. 6.

57. Peña, El cuadro institucional de las relaciones entre la Europa Comunitaria y el Mercosur, en: A integração aberta – Um projecto da União Europeia e do Mercosul, Lissabon 1995, pág. 222; Inigo Febrel Melgarejo, La integración económica de Mercosur, en: Boletín Económico de ICE, Nº 2516, 1996, pág. 25.

58. La decisión de crear el ALCA fue tomada en la cumbre de 34 jefes de estado y de gobierno americanos en diciembre del 1994 en Miami, International Legal Materials (I.L.M.) 1995, pág. 808 ss.; en la cumbre de abril 1998 se decidió de seguir el proyecto manteniendo los plazos previstos, I.L.M. 1998, pág. 947 ss.

59. Véase la declaración de los 34 ministros de economía en su reunión en Toronto del 4.11. 1999, consígase a través de <http://www.ftaa-alca.org>.

60. Art. 110 par. 1 Tratado CE (actualmente 131 CE)

de guardar sus intereses justamente a través de la protección de ciertos sectores. Destaca como ejemplo de esta práctica la Política Agrícola Común (PAC) de la CE⁶¹. La PAC conoce como instrumento más comunitario y más significativo el establecimiento de las Organizaciones comunes de mercado. Generalmente una Organización común de mercado se basa en un mecanismo de intervención para garantizar varios niveles de precios fijados. También forma parte un sistema de protección exterior que se basa en la compensación de precios. Intentando igualar el nivel de precios comunitarios con los del mercado mundial los productos provenientes de terceros estados pueden ser gravadas para situar su precio por encima del precio comunitario. A menudo este objetivo se alcanza también a través de las llamadas restituciones a la exportación que consisten en pagar al agricultor una ayuda que le permite exportar sus productos más caros al precio del mercado mundial.

En vista del masivo interés de la UE en su producción agroalimentaria es la estructura de las relaciones comerciales con el Mercosur que dificulta la liberalización comercial: Por la estructura actual de los intercambios comerciales para la UE la liberalización del comercio prometería altas ventajas para el sector de bienes de consumo, capital y servicios. Es en

particular el Brasil que considera que algunos de los sectores industriales todavía no están suficientemente preparados para una apertura de los mercados. La liberalización afectaría tanto la producción brasileña como las exportaciones a los otros países del Mercosur. Por el otro lado para los socios del Mercosur sería altamente ventajosa una apertura del mercado europeo para los productos agrícolas. Estos ya representan juntos con los productos pesqueros más de la mitad de sus ventas totales a la UE y cuyo potencial de expansión de exportaciones es significativo⁶².

Ahora bien, los intentos de liberalizar el comercio birregional entran automáticamente en conflicto con las medidas de la UE en el marco de la PAC. El proyecto de apertura recíproca de los mercados enfrenta así un obstáculo inmenso. La magnitud de las actividades agrícolas de la CE se pone de manifiesto sabiendo que alrededor del 70 por 100 del presupuesto comunitario se dedica a financiar esta política comunitaria⁶³.

3. Las reglas de la OMC

La ansiedad de la UE frente a la apertura de sus mercados se ve forzada por las reglamentaciones alcanzadas ahora a

61. Los fundamentos de la PAC se encuentran en los art. 38-47 Tratado CE (actualmente art. 32-38 CE); para una introducción ver: Joane Scott, Tragic Triumph: Agricultural Trade, the Common Agricultural Policy and the Uruguay Round, en: Nicholas Emiliou/ David O'Keefe, The European Union and World Trade Law, New York u.a. 1996, pág. 165 ss.; Molina del Pozo, Manual de Derecho de la Comunidad Europea, pág. 733 ss.; Eberhard Grabitz/Armin von Bogdandy/Martin Nettesheim, Europäisches Außenwirtschaftsrecht – Der Zugang zum Binnenmarkt: Primärrecht, Handelsschutz und Außenaspekte der Binnenmarktharmonisierung, 1994, pág. 147 ss.

62. estructura e intereses según: Instituto de Relaciones Europeo-Latinoamericanas (IRELA), La Cumbre de Río: ¿Hacia una asociación estratégica?, Madrid, Informe 99/8-CUM del 30.06. 1999, pág. 14.

63. Molina del Pozo, Manual de Derecho de la Comunidad Europea, pág. 733

nivel multilateral. Para la UE una liberalización comercial especialmente en el sector agrícola ya se tornó inevitable en el marco de la OMC. Por primera vez en el sistema multilateral la Ronda de Uruguay trajo obligaciones significativa de eliminar barreras comerciales en el sector agroalimentario para la UE⁶⁴. También en el marco de la llamada Ronda del Milenio de la OMC la UE no podrá evitar concesiones comerciales en el campo agrícola.

En la construcción de las relaciones birregionales cobra importancia otro elemento del sistema multilateral. Ya vimos que una de las condiciones bajo las cuales los estados y grupos de estados pueden gozar de excepciones del principio de la nación más favorecida es la adopción de una zona de libre comercio. Pero el GATT exige otro requisito para obtener este privilegio: La eliminación de las barreras arancelarias y no tarifarias tiene que ser ampliada a la totalidad del comercio (*substantially all the trade*) en su espacio económico⁶⁵. Las normas de la OMC autorizan sólo a excluir temporalmente de los acuerdos de libre comercio un 10 por 100 del comercio total⁶⁶. Por un lado resulta positivo que el Mercosur y la UE no puedan excluir ningún sector de un futuro programa de liberalización

comercial. Pero el sistema de la OMC abre como única alternativa alternativa a la liberalización de *substantially all the trade* la posibilidad de abstenerse por completo de un tratamiento preferencial.

V. Repercusión de los factores determinantes en las relaciones birregionales

Los factores determinantes analizados en el párrafo anterior se han plasmado claramente en el desarrollo de las relaciones birregionales hasta el momento. Sobre todo la UE ha mostrado su cautela en el momento de contraer obligaciones concretas. Esta postura se pone de manifiesto en el esfuerzo de evitar escrupulosamente el uso del término de la zona de libre comercio en los documentos oficiales. En la propuesta de la Comisión de las Comunidades Europeas para el mandato de negociación del AMI se habló todavía de una zona de libre comercio. Pero fue el Consejo de ministros de la UE que excluyó este término del mandato finalmente aprobado⁶⁷. Por lo tanto el modelo de una Asociación Interregional entre el Mercosur y la UE no expresa una originalidad especial al definir el objetivo central de las relaciones. El proyecto tampoco refleja el deseo de los contratantes

de establecer relaciones económicas especialmente estrechas. El análisis del significado de la asociación en el Derecho Internacional Público y en el Derecho mostró sobretodo que las partes eligieron este modelo por su contenido amplio y poco concreto. La decisión de crear una Asociación Interregional es en primer lugar una medida para no contraer en un momento temprano obligaciones jurídicamente vinculantes.

En cuanto al sector agrícola en Europa no faltan avisos de las amenazas para los intereses europeos que pueden resultar de la liberalización del comercio con el Mercosur⁶⁸. Por eso también los documentos de cooperación contienen el aviso que una liberalización del comercio birregional sólo se debe realizar „teniendo en cuenta la sensibilidad de ciertos productos“⁶⁹. Fueron además estos productos sensibles del sector agrario que casi condujeron al fracaso de la Cumbre de Rio: La decisión del Consejo de asuntos generales de comenzar negociaciones comerciales con Mercosur había sido paralizada principalmente a iniciativa francesa, alegando las amenazas para la agricultura europea. Un compromiso fue

alcanzado prácticamente en el último momento. A esas querellas se debe también que la UE pretende excluir de las negociaciones los aspectos arancelarios hasta julio de 2001⁷⁰. En este compromiso la cautela aplicada por la UE se manifiesta desde una doble vertiente. No sólo se dilató el comienzo de las negociaciones arancelarias. También se evitó fijar plazos concretos para el desarrollo y la finalización de las negociaciones. Esta práctica ya fue aplicada en el caso del AMI mismo y tanto el Comunicado Conjunto de Rio como los resultados del primer encuentro en el seno del Consejo de Cooperación no previenen nada concreto al respecto.

En las relaciones entre los dos bloques repercuten también las obligaciones creadas en el marco de la OMC y la recién comenzada Ronda del Milenio. El comunicado de Rio subraya tres veces el significado de la OMC para la creación de la Asociación Interregional entre el Mercosur y la UE⁷¹. Dentro de la UE prevalece la opinión que el desarrollo de las relaciones con el Mercosur debe ser vinculado estrechamente con los resultados de la Ronda del Milenio. La conclusión de las negociaciones en el marco de la OMC representa una condición para un acuerdo

64. La CE está obligada a bajar el nivel de sus compensaciones de precios en un 20 por 100, las restituciones a la exportación en un 36 por 100, el volumen total de las exportaciones subvencionadas debe ser reducido por 21 por 100, según: Scott Joane Scott, *Tragic Triumph: Agricultural Trade, the Common Agricultural Policy and the Uruguay Round*, en: Nicholas Emiliou/David O'Keefe, *The European Union and World Trade Law*, New York u.a. 1996, pág. 165 ss.

65. Art. XXIV (8) (a) y (b) del GATT 94.

66. IRELA, *Las Relaciones entre Europa y América Latina: Hacia una agenda birregional para el siglo XXI*, Informe Especial „Cumbre de Rio, Madrid, pág. 15.

67. Mercedes Olmedo Gavilán/Antonio Gómez-Crespo López, *Relaciones UE-Mercosur*, en: Boletín Económico de ICE Nº 2489 (1996), pág. 54.

68. DOCE 1995 Nº C 151, pág. 31 cifra 7; ver también el rechazo de un posible acuerdo de libre comercio entre UE y Mercosur por organizaciones agrícola españolas, en: *El País* del 5.7.1999, 8; con intenciones similares la interpelación parlamentaria al Consejo de la UE, DOCE 1999 Nº C. 135, pág. 202

69. así el preámbulo del AMI; Comunicado Conjunto de Rio de Janeiro, del 28 de junio de 1999; EU-Doc. 9410/99 (Press 207), cifra 4; repetido en: Primer Consejo de Cooperación UE-Mercosur – Comunicado de Prensa Conjunto, 24 de noviembre de 1999, EU-Doc. 13290/99 (Press 371).

70. Instituto de Relaciones Europeo-Latinoamericanas (IRELA), *La Cumbre de Rio: ¿Hacia una asociación estratégica?*, Madrid, Informe 99/8-CUM del 30.06. 1999, pág. 3; *Abbelard*, en: *Le Monde* del 29.6.1999, Suplemento „Focus“, pág. VI; *Larea*, en: *El País* del 29.6.99, pág. 1; *Fickinger*, en: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 30.6.99, pág. 15.

71. Comunicado Conjunto de Rio de Janeiro, del 28 de junio de 1999; EU-Doc. 9410/99 (Press 207), cifras 4, 6, 8.

de libre comercio con el Mercosur⁷². Frente a esa decisión ya se percibe cierto disenso. Últimamente la UE repitió su postura de limitar las negociaciones primero a los aspectos generales en el comercio mutuo. Por el contrario el Mercosur entiende que esa cuestión debe ser discutida en el seno del Comité de Negociaciones Birregional⁷³.

VI. Conclusiones: Valorización y perspectivas de las relaciones birregionales

Lo que parece justo decir de algunos aspectos de la integración mercosureña caracteriza también las relaciones entre el Mercosur y la UE: El futuro desarrollo está marcado por la incertidumbre. El Mercosur mismo en cambio ya dispone de diversos éxitos económicos y políticos. Aunque sus estados rechazan la implementación de elementos supranacionales y la pérdida de soberanía, el modelo de integración ha avanzado. El sistema integracionista flexible muchas veces se muestra adecuado para países que están sujetos a oscilaciones macroeconómicas hoy por día desconocidas en el ámbito de la UE. En general es menester aplicar mucha cautela en el momento de valorizar el proceso del Mercosur usando el modelo europeo como punto de referencia. Tanto la integración dentro del Mercosur como la evaluación de

la integración mercosureña por parte de los europeos necesitan un enfoque suficientemente independiente para ser exitosas.

El conjunto de los logros y atractivos económicos aboga por un desarrollo positivo de las relaciones birregionales. En este contexto le corresponde al Mercosur presentar la mayor estabilidad posible. Su atractivo depende notablemente de su desarrollo económico y todavía más de sus progresos en el camino hacia un auténtico mercado común. Resulta obvio que un mercado estable y consolidado representa una parte negociadora mucho más atractiva que un conjunto de estados oscilando sin rumbo.

El acercamiento entre la UE y el Mercosur que se manifestó entre otras en la Cumbre de Río es un primer éxito en las relaciones birregionales. Sin embargo los logros concretos para el comercio entre los bloques son todavía extramadamente pequeños. Posibles ventajas para la economía europea pueden derivar de momento principalmente de la dinámica del Mercosur mismo. La facilitación del comercio birregional a través de las relaciones institucionales entre el Mercosur y la UE sólo pueden ser esperadas a largo plazo. Sobre todo el proteccionismo agrícola europeo frena un desarrollo más positivo. Una última indicación del obstáculo que

72. Las conclusiones de los ministros de asuntos exteriores con la ocasión de la Cumbre de Río son citadas en: Le Monde del 29.06.1999: „[les] négociations seront conduites et clôturées en tenant dûment compte des résultats du cycle (du millénaire) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)[...]”; los ministros de asuntos exteriores de la UE hasta declararon que las negociaciones con el Mercosur y Chile „doivent être conclus après les négociations du cycle de l'OMC”.

73. Primer Consejo de Cooperación UE-Mercosur – Comunicado de Prensa Conjunto, 24 de noviembre de 1999, EU-Doc. 13290/99 (Press 371).

representa el sector agrícola y del significado de la estructura comercial son las negociaciones de la UE para un acuerdo de libre comercio con México. Estas a diferencia del proceso lento que viven el Mercosur y la UE se llevan a cabo rápidamente. Los progresos se deben en gran parte al hecho que el sector agrícola represente sólo cerca del 7 por 100 de las exportaciones mexicanas a la UE⁷⁴.

Aún cuando no se comparte la clasificación de la PAC como „anacrónica y absurda”⁷⁵ se puede decir que los problemas surgiendo de la misma son „más reservas de tipo psicológico que de contenido real”⁷⁶ y por lo tanto deberían ser superables. La observación de la falta de un fondo real de los excesos de la PAC se encuentra reforzada por el hecho que el conjunto de los países de la UE desde hace mucho tiempo se aleje de ser una región basada en la agricultura⁷⁷.

Otro problema está vinculado con la PAC de la Comunidad Europea. Se trata del establecimiento de un nexus estrecho entre concesiones comerciales para el Mercosur y los resultados de la recién comenzada Ronda del Milenio. Parece altamente probable que el mantenimiento de una vinculación estricta equivaldría al fracaso de las negociaciones entre Mercosur

y UE. Esto lo indica tanto el comienzo conflictivo de la Ronda de Seattle como las experiencias de la última Ronda de negociaciones. La Ronda de Uruguay que había comenzado en el año 1986 debería primero terminar en el año 1990, después en el 1992 y su finalización no se produjo hasta el año 1994⁷⁸. Suponiendo una evolución parecida en el caso de la Ronda del Milenio es de esperar una reorientación del Mercosur que le alejaría de la UE partiendo rumbo al ALCA y los EUA; los empresarios europeos estarían al mismo tiempo amenazados de perder su *standing* todavía positivo en la región principalmente a los EUA. Tomando el conjunto de América Latina las exportaciones estadounidenses ya triplican las europeas⁷⁹.

Sin embargo son justamente esos últimos factores que pueden ser usados como instrumentos para un desarrollo más positivo de la cooperación birregional. El desarrollo de las relaciones depende también de la habilidad de los estados del Mercosur a la hora de aprovechar su posición y su peso como conjunto. La realización de una zona de libre comercio transamericana junto con la posibilidad de un acercamiento a los E.E.U.U. son opciones estratégicas del Mercosur para presionar a la UE. Alusiones por parte del Mercosur de dar una nueva

74. En cuanto al desarrollo de las negociaciones con Méjico: IRELA, Las Relaciones entre Europa y América Latina: Hacia una agenda birregional para el siglo XXI, Informe Especial „Cumbre de Río, Madrid, pág. 13.

75. Así lo expresó el antiguo presidente argentino Carlos Menem, citado según: *Relea/Larraya*, El País del 30.6.1999, pág. 2.

76. Comentario del Comisario Manuel Marín a las problemas con la posición francesa, según: El País del 22.6.1999, pág. 2.

77. La participación de los productos agroalimentarios en el comercio total de la UE va constantemente disminuyendo, ver: „Millennium Round” – The European Union Figures for the Seattle Conference, Eurostat, Memo 9/99, pág. 3.

78. *Thomas Oppermann*, Die Europäische Gemeinschaft und Union in der Welthandelsorganisation (WTO), en: Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht (Editora), Vorträge und Berichte, Nº 54/1999, pág. 37.

79. El País del 30.6.1999, pág. 2.

prioridad a su relacionamiento con los E.E.U.U. en comparación con la cooperación transatlántica se presentan como una posibilidad notable de forzar su posición negociadora. Aunque los estados del Mercosur no se encuentren entre los socios comerciales más importantes de la UE⁸⁰ los europeos no se pueden permitir la falta de estar económicamente ausentes en el Mercosur.

RESENHA

80. „Millennium Round“ – The European Union Figures for the Seattle Conference, Eurostat, Memo 9/99, pág. 6

Duas formas de contar a história da Faculdade de Direito de Porto Alegre

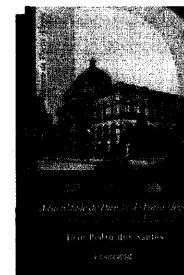
Fabiano Engelmann

Bacharel em Direito da UFRGS, Mestrando em Ciência Política da UFRGS e Professor do Curso de Direito do Centro Universitário FEEVALE.

TILL, Rodrigues. *História da Faculdade de Direito de Porto Alegre (1900-2000)*. Porto Alegre: Martins Livreiro, 2000, 716 p.



SANTOS, João Pedro dos. *A Faculdade de Direito de Porto Alegre: Subsídios para sua História*. Porto Alegre: Síntese, 2000 416 p.



A reconstrução da história de uma Instituição envolve sempre o problema de separar a imagem social autoproclamada desta Instituição e o fenômeno social do qual ela é parte. Sendo este problema praticamente insolúvel, para o pesquisador resta a alternativa de intentar decifrar, na medida do possível, os sentidos atribuídos à Instituição e que redundam na construção de sua imagem passada e presente. Um dos passos para este processo de “decodificação” é a seleção de fontes seguras para a pesquisa. No caso do estudo da Faculdade de Direito de Porto Alegre a perspectiva de fontes seguras pode ser encontrada em duas obras documentais recém-lançadas.

A primeira, é a obra de RODRIGUES TILL *História da Faculdade de Direito de Porto Alegre (1900-2000)*, editada por Martins Fontes editor. São 716 páginas trabalhadas em um estilo de crônica jornalística tendo por centro o resgate de fatos históricos que marcaram as relações entre o meio jurídico e político do Estado e a Faculdade de Direito. TILL

organiza uma série de informações que permitem retornar aos momentos de fundação da Faculdade bem como recompor os elementos de ligação entre aquela Faculdade política do início do século e o seu desenvolvimento posterior.

O autor inicia retornando às origens dos institutos jurídicos que vieram estruturar parte do direito brasileiro dissertando sobre os cursos jurídicos em Coimbra, passa pela implantação das Academias de Direito imperiais no Brasil e desemboca na descentralização do ensino jurídico para as províncias, que viria a originar a republicana Faculdade de Direito de Porto Alegre. Nesta recomposição da história da formação do direito brasileiro pode-se compreender a história do próprio ensino jurídico subordinado à construção do edifício institucional brasileiro.

Entre os méritos desta obra poder-se-ia destacar alguns que lhe são originais: A reconstrução do ambiente político do início do século, trazendo dados sobre os percursos dos professores e acadêmicos que se dedicaram à política, como a grande votação de ARMANDO CÂMARA quando candidato ao Senado, devido à sua forte liderança nos meios católicos, assim como sobre a primeira acadêmica mulher que se formou na Faculdade em 1925, e que também se dedicou à advocacia e à política. Da mesma forma, o autor dedica uma seção de sua obra para as influências culturais na Instituição, aprofundando o tema do "germanismo" trazido pelos discípulos de TOBIAS BARRETO da Academia de Recife para o Rio Grande do Sul.

Há um capítulo dedicado às famílias jurídicas que marcaram a Faculdade de

Direito, contribuindo para a compreensão dos elos de ligação e continuidade que formam a tradição da Faculdade. Outro aspecto original é o registro contemporâneo na obra do autor referindo o episódio da paralisação da Faculdade em 1998, o que imortaliza um momento de nosso passado recente demonstrando uma face moderna de uma Instituição que, desde o seu início, esteve engajada nos fatos políticos e que, contemporaneamente, assume uma posição política menos "aristocrática" integrando-se à Universidade na luta por melhores salários para os professores e maior recursos para o ensino público.

A segunda obra indispensável para a compreensão do papel histórico da Faculdade de Direito de Porto Alegre é a intitulada *Faculdade de Direito: Subsídios para sua História* do falecido Professor JOÃO PEDRO DOS SANTOS editada pela Editora Síntese. Ao longo de suas 416 páginas tem-se uma reconstrução quase linear da história dos primeiros setenta e cinco anos da vida da Instituição procurando, através da recuperação da inserção profissional, social e política das gerações de professores e alunos que se destacaram ao longo da trajetória da Faculdade, reconstituir a história da própria Instituição.

A originalidade do autor foi retratar as trajetórias profissional e social dos professores da faculdade, dentro de gerações que João Pedro separa entre os fundadores, consolidadores e sucessores. O enfoque nos agentes, nas pessoas que "fizeram a faculdade"; seus percursos sociais e políticos e a forma como se relacionavam com a vida social e política, é fundamental para a compreensão da trajetória da Instituição. Tal

"forma de contar a história da Faculdade" permite a visualização, através de pequenos aspectos, da construção da imagem social da Instituição que se tem como propulsora de uma geração de políticos e juristas no Rio Grande do Sul. A intensa participação do corpo docente nas lutas políticas, no início do século ou a luta pela validade do diploma de bacharel em todo o território nacional, que redundou na mobilização dos alunos e na fundação do centro acadêmico, ou o desprendimento material dos lentes que a fundaram, lecionando por longo período gratuitamente; recompõe a macro-história da Instituição. A análise destas trajetórias de vida propicia a construção de um padrão de atuação político e social próprios aos bacharéis do Rio Grande do Sul e permite vislumbrar sua contribuição na história da construção da idéia republicana no Brasil, bem como compará-la com outras academias de direito do país.

A obra de JOÃO PEDRO DOS SANTOS permite inferir a construção do próprio campo jurídico com a diferenciação do espaço próprio do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia e do conjunto de instituições que vão compor o "meio jurídico" no Rio Grande do Sul. Analisando as informações disponibilizadas pelo trabalho do autor, percebe-se que os professores da Faculdade de Direito de Porto Alegre e seus alunos, além de políticos ati-

vos, estiveram à frente nas lutas pela institucionalização das profissões jurídicas no Rio Grande do Sul, figurando como fundadores das associações de magistrados, de promotores e advogados, entre outras.

Antes de serem redundantes, os trabalhos em questão se completam. Mesmo em se tratando de publicações ocorridas por um viés solene premiadas, conjuntamente no concurso comemorativo aos setenta e cinco anos da Faculdade de Porto Alegre, e editadas por ocasião das comemorações do centenário da Instituição, ambas não são obscurecidas por esta circunstância. Embora fique claro no correr do texto o forte entusiasmo e encantamento com a Instituição por parte dos autores, tanto RODRIGUES TILL quanto JOÃO PEDRO DOS SANTOS esboçam seus trabalhos com bastante rigor historiográfico.

A prova do valor historiográfico de ambas as obras, já pôde ser medida no caso do trabalho de JOÃO P. DO SANTOS. Mesmo tendo restado ao longo de vinte e cinco anos em uma versão datilografada, grafada inclusive com o pseudônimo do autor (André Braga), para consulta local na Biblioteca da Faculdade de Direito, a obra foi objeto de consulta de diversos pesquisadores, sendo citada em trabalhos acadêmicos, alguns tomando-lhe como principal fonte de consulta.¹

1. Ver capítulo concernente à Faculdade de Direito no trabalho de GRIJÓ, Luiz Alberto. "Origens sociais, estratégias de ascensão e recursos dos componentes da chamada 'geração de 1907'". (dissertação de mestrado) Porto Alegre, PPGCP/UFRGS, setembro de 1998. Ver LEITE, Denise B. C. e FRANCO, Maria E. D. *Faculdade de Direito de Porto Alegre (1900-1936)* in: "GRUPO DE ESTUDOS SOBRE UNIVERSIDADE Reprodução e Recriação Social na Universidade e as ingerências do Estado: o caso da UFRGS". Porto Alegre, janeiro de 1992. Ver Engelmann, F. "A Formação da Elite Jurídica no Rio Grande do Sul: Notas para uma Pesquisa". In *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 17, Porto Alegre: UFRGS. 1999

Muitos aspectos das duas obras em foco poderiam ser ressaltados dada a densidade das mesmas, o que em nenhum momento significa redundância. Não há dúvida de que elas cumprem uma dupla função: São um ponto de partida para qual-

quer estudo científico sobre os bacharéis em direito no Rio Grande do Sul e, ao mesmo tempo, obras completas para quem quiser simplesmente formar a "sua imagem" desta Instituição centenária.