

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

**VOLUME 21 - 2002**

**NOVA PROVA GRÁFICA E EDITORA**

Rua Santos Dumont, 1186 – São Geraldo  
Fone: (51) 3346-5454  
[www.novaprova.com.br](http://www.novaprova.com.br)

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**

Professora Dra. Wrana Maria Panizzi – Reitora  
Professor Dr. Carlos Ferraz Hennemann – Vice-Reitor

**FACULDADE DE DIREITO**

Professor Plínio de Oliveira Corrêa – Diretor  
Professor Sérgio José Porto – Vice-Diretor

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

Professor Franz August Gernot Lippert - Diretor

**Conselho Editorial**

Prof. Almiro do Couto e Silva	Prof. Dr. Luís Afonso Heck
Rep. Dis. Suplente Bruno Nubens Barbosa Miragem	Prof. Dr. Luiz Fernando Barzotto
Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira	Rep. Discente Marcos de Campos Ludwig
Prof. Dr. Carlos Silveira Noronha	Profa. Dra. Marília Morosini
Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior	Profa. Dra. Martha Lúcia Olivar Jimenez
Profa. Dra. Cláudia Lima Marques	Prof. Dr. Peter Walter Ashton
Prof. Dr. Cláudio Fortunato Michelon Jr.	Prof. Dr. Raúl Enrique Rojo
Prof. Eduardo Kroeff Machado Carrion	Prof. Dr. Rui Portanova
Prof. Dr. Humberto Bergman Ávila	Prof. Sérgio José Porto
Prof. Dr. José Antônio Giusti Tavares	Profa. Dra. Vera Maria Jacob de Fradera
Prof. Dra. Judith Hofmeister Martins Costa	

**DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)**

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. –  
Vol. 21 – Porto Alegre: UFRGS. Mar./2002 – Semestral – Continuação de: Revista  
da Faculdade de Direito de Porto Alegre, publicada de 1949-1974

ISSN 0104-6594

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*

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

Av. João Pessoa, 80 - Faculdade de Direito - 2º andar  
CEP 90.040-000 - Porto Alegre RS - Brasil  
Tel.: (51) 33616-3306 Tel/Fax: (51) 3316-3987  
E-mail: ppgd@ufrgs.br  
Site: <http://www.ufrgs.br/ppgd>

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA**  
**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**LIPPERT & CIA. ADVOGADOS**

Av. Padre Cacique, 320 - 5º andar - Bloco B  
CEP 90810-240 – Porto Alegre/RS – Brasil  
Tel.: (51) 3231-7988 - Fax: (51) 3231-7989  
E-mail: [biblio@lippert.com.br](mailto:biblio@lippert.com.br)  
Site: <http://www.lippert.com.br>

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

Ruy Cirne Lima

**Agradecimento**

*A Direção da Revista da Faculdade  
de Direito da Universidade Federal  
do Rio Grande do Sul agradece à  
bibliotecária Simone Augustinho  
Rocha por suas colaborações.*

# Editorial

A Revista da Faculdade de Direito da UFRGS é o mais importante veículo de divulgação da produção científica de nossos professores, dos alunos do Programa de pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito, de nossos eventos e dos trabalhos apresentados na Faculdade pelos nossos professores convidados nacionais e internacionais. O Conselho Editorial da Revista, agora renovado, tem o prazer de convidar a todos os colegas e amigos da Faculdade de Direito da UFRGS e do PPGD/UFRGS para enviar seus trabalhos e abrilhantar ainda mais nossa publicação semestral. As normas editoriais encontram-se ao final desta edição.

Neste volume 21, inovamos ao incluir os resumos das Dissertações de Mestrado defendidas nos últimos dois anos, que mereceram o conceito A, e pretendemos expandir nos próximos números para publicar aqui os resultados das pesquisas realizadas pelos grupos de pesquisa do PPGD/UFRGS. Neste número, a exemplo do volume 20, continuamos a publicar traduções de artigos marcantes da doutrina internacional, realizadas sob a supervisão de nossos professores.

Com nova capa e Conselho Editorial, a Revista da Faculdade de Direito da UFRGS prevê para 2002 dois números especiais, comemorando as parcerias e convênios com a Universidade do Texas-Austin (a ser lançada no evento de 7 a 9 de agosto, “Introdução ao Direito Norte-americano II – Direito Econômico e Proteção do Vulnerável”) e com a Universidade de Sendai, no Japão (a ser lançada no evento de 2 a 3 de setembro, “III Simpósio sobre Direito Japonês/UFRGS”), assim como a manutenção dos dois números ano tradicionais.

A todos, pelo apoio e dedicação à academia, o nosso muito obrigado!

Prof. Dr. Franz August Gernot Lippert  
Diretor da Revista

Profa. Dra. Cláudia Lima Marques  
Coordenadora do PPGD/UFRGS

# Sumário

## ARTIGOS

<b>Acesso à Justiça: uma visão sócio-econômica</b> <i>Alcio Manoel de Souza Figueiredo</i> .....	09
<b>Algumas reflexões por ocasião dos 10 anos do Mercosul</b> <i>Agustín Espinosa-Lloveras</i> .....	31
<b>Ementa: Tribunal de Justiça - Quinto Constitucional - Composição - Acesso dos Juízes Classistas do Tribunal de Alçada ao Tribunal de Justiça</b> <i>Carlos Thompson Flores</i> .....	39
<b>El convenio relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional de La Haya y la adopción internacional en Alemania</b> <i>Christoph Benicke</i> .....	49
<b>A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico</b> <i>Cláudia Lima Marques</i> .....	65
<b>Um ensaio sobre a autoridade da razão no Direito Privado</b> <i>Claudio Michelin</i> .....	101
<b>Lei complementar em matéria tributária – a possibilidade de revogação por lei ordinária</b> <i>Christiane Pederzoli Rentzsch</i> .....	113
<b>Responsabilidade Fiscal (2000)</b> <i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i> .....	123
<b>Arbitragem e Contrato Administrativo</b> <i>Eros Roberto Grau</i> .....	141
<b>Mercosul: Problemática Factual e Institucional</b> <i>Helio Jaguaribe</i> .....	149
<b>O Co-Seguro no Direito Brasileiro: entre a fragilidade da prática e a necessidade de reconstrução positiva do Instituto</b> <i>Judith Martins-Costa</i> .....	161
<b>O Direito Internacional e sua relação com o Direito Interno</b> <i>Leandro Leal Gherzi</i> .....	179
<b>Panorama comparativo entre o Código Civil de Québec e o novo Código Civil Brasileiro: duas experiências recentes de recodificação</b> <i>Marcos de Campos Ludwig</i> .....	203
<b>A Jurisprudência Clássica Romana e a construção de um Direito Negocial fundado na FIDES</b> <i>Maren Guimarães Taborda</i> .....	233
<b>O valor atual do Princípio da Oralidade</b> <i>Mauro Capeletti (traduzido por Daniel Ustárroz)</i> .....	255
<b>Democracia e Cidadania no Brasil</b> <i>Miguel Reale Júnior</i> .....	261
<b>Breve reseña de la legislación para la reactivación de las pymes durante la última década de los 90</b> <i>Monica B. Hise, M. Fernanda Moreno</i> .....	273
<b>Subsídios, medidas compensatórias e medidas de salvaguarda. Sua disciplina no GATT, na OMC, no Direito Interno e no Direito Comunitário</b> <i>Simone Tatsch</i> .....	287
<b>O Contrato de Seguro à luz do novo Código Civil</b> <i>Voltaire Marensi</i> .....	305
<b>DISSERTAÇÕES DE MESTRADO DEFENDIDAS EM 2001 NO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFRGS</b> .....	313
<b>NORMAS EDITORIAIS</b> .....	333

# Acesso à Justiça: Uma Visão Sócio-Econômica<sup>1</sup>

*Alcio Manoel de Sousa Figueiredo*

Trabalho de conclusão da disciplina Igualdade e Liberdade: Teoria e Prática no Mundo Contemporâneo, Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa - Curitiba Paraná.  
Orientadora: Lúcia Cortes da Costa.

## 1. Introdução

No Brasil, como em muitos países, o acesso à justiça é preocupação constante da sociedade que busca de forma contínua o ingresso aos tribunais. Na verdade, a plena capacidade civil e o exercício de direitos sociais e individuais assegurados na Carta da República encontra óbice na desigualdade sócio-econômica, a qual dia após dia se distancia da igualdade jurídico-formal prevista constitucionalmente<sup>2</sup>.

A propósito, o sistema judicial brasileiro não se encontra estruturado para garantir os direitos expressos na constituição, em

decorrência de inúmeros fatores e obstáculos limitantes para o acesso a justiça, tais como: **(i) fatores econômicos:** custas judiciais e custas periciais elevadas para a produção de provas; **(ii) fatores sociais:** duração excessiva do processo, falta de advogados, juízes e promotores; dificuldade de acesso físico ao Fórum; pobreza; exclusão e desigualdade social; **(iii) fatores culturais:** desconhecimento do direito; analfabetismo; ausência políticas para a disseminação do direito; **(iv) fatores psicológicos:** recusa de envolvimento com a justiça; medo do Poder Judiciário; solução dos conflitos por conta própria; **(v) Fatores legais:** legislação com excesso de recursos e

---

<sup>1</sup> “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” [Capelletti].

<sup>2</sup> Proclama Milton Santos que: “Além dos intrincados labirintos que os processos judiciais devem percorrer lentamente, as chamadas custas desses processos desanimam até mesmo os que dispõem de alguns recursos financeiros. Para os pobres, a justiça é mais barreira intransponível que uma porta aberta. As manifestações de desalento e descrença quando uma ofensa ao direito é constatada são muitas vezes mais numerosas que as palavras ou gestos de confiança, ou, ao menos, respeito pelo aparelho judicial-policial. Além desses entraves propriamente processuais, contêm-se, no lado ideológico ou sociológico, com a inadequação ou desatualização em que se encontram muito dos que são, oficialmente, guardiões da justiça e da paz social.” (In: O espaço do Cidadão. São Paulo: Nobel, 2000, p. 68).

“chicanas”<sup>3</sup> protelatórias; lentidão na outorga da prestação jurisdicional.

Nesse contexto, nosso trabalho não visa abordar todos os obstáculos e fatores que dificultam o acesso à justiça. Limitamos, inicialmente, nosso universo, na reflexão de três dos fatores que dificultam o acesso à ordem jurídica, a saber: o desconhecimento do direito pelo cidadão, os reflexos sociais da pobreza e a lentidão da justiça na solução dos conflitos. Em seguida faremos uma análise empírica do acesso aos tribunais em nível nacional, com base nos dados estatísticos do Poder Judiciário. Prosseguindo apresentaremos o resultado de uma pesquisa efetuada nas varas cíveis da Justiça Estadual e Federal da cidade de Ponta Grossa (PR), objetivando o resgate jurídico-real de acesso aos tribunais, comparando as informações de âmbito nacional, estadual e local. Finalizando, teceremos uma análise sobre os dados coletados focalizando a questão do acesso à justiça e seus entraves a partir da desigualdade sócio-econômica.

## 2. Justiça e Cidadania

### 2.1. O que é acesso à justiça?

A Constituição confere o direito de petição aos órgãos públicos em defesa de

direitos, contra a ilegalidade e abuso de poder, impede a exclusão da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito e garante que ninguém será processado por autoridade incompetente. Torna certo e seguro, os seguintes remédios constitucionais: (i) o “habeas corpus” sempre que alguém sofrer violação ao direito de ir e vir; (ii) o mandado de segurança para a proteção de direito líquido e certo; (iii) o mandado de injunção na ausência de lei que impossibilitem o exercício dos direitos e liberdades constitucionais; (iv) o “habeas data” para assegurar o acesso aos bancos de dados de caráter públicos ou governamentais. Protege e assevera a prestação da assistência judicial integral aos necessitados e a gratuidade nas ações de “habeas data” e “habeas corpus” e nos atos necessários ao exercício da cidadania<sup>4</sup>.

Por sua vez, o preâmbulo constitucional funda um Estado Democrático com o escopo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Nesse contexto, o acesso à justiça encontra-se sedimentado em nossa Carta Constitucional, em especial às classes menos favorecidas, haja vista a garantia

<sup>3</sup> *Chicana*: “É expressão vulgarizada na linguagem forense, para indicar os meios cavilosos de que se utiliza o advogado para protelar ou criar embaraços ao andamento do processo ajuizado. Caracteriza-se a chicana, que se revela em abuso de direito, nos ardis postos em prática pelo advogado de uma das partes litigantes, seja pela apresentação ou provocação de incidentes inúteis, seja pelo engenho com que arquiteta outros meios protelatórios ou embaraços ao andamento da ação, criando figura jurídicas que não encontram amparo em lei ou na jurisprudência, ou tramando toda espécie de obstáculos para o pronunciamento célere da justiça. Qualquer embaraço ao andamento do processo, seja por que meio for, mostra-se chicana, que ela se integra, segundo a técnica de nossa lei processual, em qualquer manejo protelatório da ação, ou da resistência injustificada a seu regular andamento. (In: SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, v. I, p. 334, 1978).

<sup>4</sup> Esses princípios estão consignados no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais - Capítulo I – que trata dos Direitos e Deveres individuais e Coletivos da Constituição Federal de 1988 – Artigo 5º, incisos XXXIV, XXXV, LIII, LXVIII, LXIX, LXXI, LXXII, LXXIV e LXXVII.

constitucional da assistência jurídica aos necessitados<sup>5</sup>.

A propósito, o acesso à justiça não pode ser resumido no singelo acesso ao Poder Judiciário. O tema acesso à justiça não se trata de simples “gratuidade universal no acesso aos tribunais, tão cara aos ideais românticos do individualismo liberal e que, por toda a parte, se tem, em absoluto, por utópica, mas a garantia, essa sim universal, de que a via judiciária estaria franqueada para defesa de todo e qualquer direito, tanto contra particulares, como contra poderes públicos, independentemente das capacidades econômicas de cada um”.<sup>6</sup>

Na verdade, por acesso à justiça deve se entender a proteção a qualquer direito<sup>7</sup>, sem qualquer restrição econômica. Não basta a simples garantia formal da defesa dos direitos e o acesso aos tribunais, mas a garantia de proteção material destes direitos, assegurando a todos os cidadãos, independentemente de classe social, a prática do justo<sup>8</sup>.

A “prática do justo” ecoa deslumbrante. Como questionar o acesso à justiça como escopo da “prática do justo”? Na verdade, a prática do justo exige que eu saiba o que é justo para cada pessoa, ou melhor: que garanta a cada pessoa a proteção material de seus direitos, os quais são definidos por uma lei maior-formal, que define exigências, ideologias e racionalidades pré-determinadas por regras impostas.

Para Kazuo Watanabe o acesso à justiça não se limita a possibilitar o acesso aos tribunais, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, a saber: (i) o direito à informação; (ii) o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; (iii) o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (iv) o direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; (v) o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma

<sup>5</sup> Como observa **Róbson Flores Pinto**: “a garantia constitucional da assistência jurídica aos hipossuficientes tem por escopo o princípio da igualdade, de forma a dotar os desiguais economicamente de idênticas condições para o pleito em juízo. (In: A Garantia Constitucional da Assistência Judiciária Estatal. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 03, p. 101).

<sup>6</sup> ALEGRE, Carlos. Acesso ao Direito e aos Tribunais. Coimbra: Almedina, 1989, p. 7.

<sup>7</sup> Para Alf Ross a “idéia de justiça parece ser uma idéia clara e simples dotada de uma poderosa força motivadora. Em todas as partes parece haver uma compreensão instintiva das exigências de justiça. As crianças de tenra idade já apelam para justiça se uma delas recebe um pedaço de maçã maior que os pedaços das outras. Tem-se afirmado que mesmo os animais possuem o gérmen de um sentimento de justiça. O poder da justiça é grande. Lutar por uma causa “justa” fortalece e excita uma pessoa. Todas as guerras têm sido travadas em nome da justiça e o mesmo se pode dizer dos conflitos políticos entre as classes sociais. (In: Direito e Justiça. São Paulo: Edipro, 2000, p. 314).

<sup>8</sup> Observa com acuidade Alf Ross que não pode ser visto com injusto as diferenças reais existentes entre as pessoas, pois os direitos e deveres devem ser distribuídos levando-se em conta as circunstâncias condicionantes, ou seja: os casados e os solteiros, os maiores e os menores, os criminosos e cidadãos respeitadores da lei, não devem possuir o mesmo “status” na sociedade. E complementa: “O requisito de igualdade encerra unicamente a exigência de que ninguém, de forma arbitrária e sem razão suficiente para isso, seja submetido a um tratamento que difere daquele que se dá a qualquer outra pessoa. A exigência de igualdade deve ser compreendida, portanto, num sentido relativo, isto é, como uma exigência de que os iguais sejam tratados da mesma maneira. Isto significa que, como pré-requisito para a aplicação de uma norma de igualdade e com independência dela, é preciso que haja algum critério para determinar o que será considerado igual; em outras palavras, a exigência de igualdade contida na idéia de justiça não é dirigida de forma absoluta a todos e a cada um, mas a todos os membros de uma classe determinados por certos critérios relevantes. (In: ob. cit. p. 315).

justiça que tenha tais características.”<sup>9</sup>

Nesse contexto, é necessário aceitar os riscos do sistema, assegurando às pessoas o mínimo formalmente previsto<sup>10</sup>, antes porém, deverão os cidadãos para assegurar a garantia de fazer valer seus direitos, terem condições mínimas sócio-econômicas, através da erradicação da pobreza, do acesso ao conhecimento do direito e da celeridade na outorga da prestação jurisdicional.

## 2.2. Do desconhecimento do Direito

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do IBGE<sup>11</sup>, concluiu que somente 45 % dos cidadãos que se envolveram em conflitos judiciais entraram com ação judicial, sendo que o restante<sup>12</sup> não procuraram qualquer proteção junto ao Poder Judiciário. A propósito, cerca de

60 % (sessenta por cento) do universo do restante (isto é, dos entrevistados que não se envolveram com a justiça), não procuraram o Poder Judiciário porque não sabiam como utilizá-lo, ou seja, de cada 100 (cem) entrevistados, um total de 33 pessoas não procuraram a justiça por puro desconhecimento do direito<sup>13</sup>.

Desse modo, os cidadãos somente poderão usufruir da garantia formal da lei perante os tribunais, se conhecerem a lei e os seus direitos. Caso contrário, será letra morta a disposição constitucional que prevê que o Estado prestará assistência jurídica integral aos necessitados, além de sucumbir o princípio da igualdade jurídica que rege que dentro de uma mesma condição jurídica todas as pessoas devem ser tratadas de forma igual, independentemente da desigualdade financeira ou econômica<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> WATANABE, Kazuo. Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

<sup>10</sup> A temática acesso à Justiça mereceu o seguinte registro de Glauco Gumerato Ramos comentando o ambicioso “Projeto de Florença” – publicado em meados de 70 – Europa – Título: Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective -, adverte que a questão de acesso à justiça deve ser encarada de forma multidisciplinar, pois a solução do problema foge do âmbito exclusivo do Direito: “Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem esses sistemas de fato funcionam. Essa indagação fundamental que já produz inquietação em muitos advogados, juizes e juristas torna-se mais perturbadora em razão de uma invasão sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos, entre outros. Não devemos, no entanto, resistir a nosso invasores; ao contrário, devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa. Através da revolução do atual modo de funcionamento de nossos sistemas jurídicos, os críticos oriundos das outras ciências podem, na realidade, ser nossos aliados na atual fase de uma longa baralha histórica – a luta pelo “acesso à justiça”. É essa luta, tal como se reflete nos modernos sistemas jurídicos, que constitui o ponto focal deste Relatório Geral do projeto comparativo de Acesso à Justiça que o produziu”. (In: Revista dos Tribunais. São Paulo. nº 765, p. 50/51).

<sup>11</sup> PNAD – Pesquisa efetuada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no [IBGE] em 1988 - publicada no ano de 1990.

<sup>12</sup> O “restante” representa 55 % dos entrevistados, isto é, de cada 100 pessoas entrevistadas: 55 não se envolveram em conflitos judiciais.

<sup>13</sup> Isto significa que 33 % da população pesquisada no PNAD não sabem ou não conhecem seus direitos pela ausência de conhecimento do direito. Em outras palavras, de cada 100 entrevistados: a). 45 procuraram a justiça (45 %); b) 55 não procuraram a justiça (55%); c) 33 não procuraram a justiça porque não sabiam como utilizá-la, isto é: **60 % de 55 entrevistados = 33 (33 %)**.

<sup>14</sup> Há diferença entre assistência judiciária e benefício da justiça gratuita. O benefício da justiça gratuita objetiva à dispensa de despesas em relação jurídica processual, sendo, portanto, instituto de direito processual. (Art. 18 da Lei nº 7.347/85 – Lei Ação Civil Pública (LACP)- “Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem a condenação da associação autora...”.) Por sua vez, a assistência judiciária é a organização estatal que tem por objetivo a assistência integral, garantindo-se não só a prestação de serviços dos advogados, como de todos os auxiliares da justiça, inclusive peritos.

A disseminação do conhecimento do direito na sociedade é dever do Estado, tribunais, organizações públicas e privadas, associações, sindicatos e demais entidades sociais. Pensamos que para a propagação do uso do direito, o Estado representado pelos órgãos públicos<sup>15</sup>, desenvolveria campanhas para a difusão do conhecimento do direito em todas as classes sociais. De forma conjunta, as organizações privadas implantariam programas de distribuição de material didático para seus funcionários e familiares, com o objetivo de proporcionar o conhecimento de direitos e facilitar o acesso ao Poder Judiciário. Tudo isto, com o apoio das Organizações não Governamentais (ONGs) que participariam lado a lado do sistema, com campanhas de conscientização dos direitos de seus associados<sup>16</sup>, através da imprensa, impressão de cartilhas e folhetos, sites na ‘internet’, cursos, revistas, entre outras formas de divulgação do direito.

Na verdade, o órgão que deveria ser o mais interessado em proporcionar o acesso à justiça, quase não possui programas de divulgação de conhecimento do direito. Os tribunais<sup>17</sup> deveriam assumir uma parte destes encargos com esclarecimentos de âmbito municipal, estadual e federal à população, objetivando facilitar o acesso à justiça.

Nesse contexto, as questões cotidianas poderiam ser esclarecidas pelos órgãos do Poder Judiciário, com a publicação de folhetos ou cartilhas instruindo o cidadão como resolver seus problemas com a justiça e ter acesso junto ao Poder Judiciário<sup>18</sup>.

Entretanto, como se vê, não basta ao Poder Judiciário buscar melhorar o acesso à justiça com o aperfeiçoamento dos instrumentos e condições materiais de trabalho, mas deve também assegurar a

<sup>15</sup> Ministérios, Procuradorias, Secretarias Estaduais, órgãos do Poder Judiciário (Ministério Público e Tribunais Superiores) entre outros.

<sup>16</sup> Os programas que devem a ser desenvolvidos pela sociedade com a finalidade de facilitar o acesso à justiça, consiste em um plano integrado de ações entre todos os seguimentos sociais, a saber: (i) impressão de cartilhas; (ii) distribuição de folhetos explicativos; (iii) divulgação dos direitos em sites informativos na internet; (iv) realização de cursos na comunidade local; (v) campanhas publicitárias na imprensa falada e escrita; (vi) programas na televisão da conscientização dos direitos; (vii) revistas especializadas para educação dos direitos; (viii); entre outras formas criativas de divulgação do conhecimento do direito. No Brasil, já existe uma série de eventos que buscam disseminar o conhecimento do direito na sociedade, tais como: a) O Programa da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) do Paraná na Televisão; b). A “Revista Consumidor S.A.” do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC); c) o site na internet da Associação de Defesa e Orientação do Cidadão (ADOC); c). As diversas cartilhas de instruções ao consumidor publicadas pelo IDEC e ADOC, informando os direitos básico do consumidor; d). Cartilhas publicadas pelo PROCON/PR em defesa dos direitos dos consumidores.

<sup>17</sup> A difusão do conhecimento do direito pode ser efetuada por todos os órgãos do Poder Judiciário, dirigindo suas explicações as diversas parcelas da sociedade em que atuam estes tribunais: Tribunais dos Estados, Tribunais Federais, Tribunais do Trabalho, Tribunais Militares, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Militar e Supremo Tribunal Federal.

<sup>18</sup> **Exemplos:** Como pedir o divórcio? Como receber o empréstimo compulsório? Como resolver o problema da prestação da casa própria? Como receber a diferença do FGTS? Como devo proceder para instaurar um processo no Juizado Especial? Como pedir pensão alimentícia? Como pedir a separação? Quais são os meus direitos trabalhistas? Quem pode pedir justiça gratuita? Como pedir assistência judiciária? Como pedir indenização por dano moral?

disseminação do conhecimento do direito<sup>19</sup> com vistas a possibilitar e facilitar ao acesso à justiça a todas as classes sociais<sup>20</sup>.

### 2.3. Da pobreza e seus efeitos

A dificuldade da população pobre<sup>21</sup> do acesso as informações que possibilitem o conhecimento do direito, acrescida do valor das custas processuais do processo nos tribunais, acarreta barreiras socialmente intransponíveis para o acesso à justiça, haja vista o nível precário

das condições econômicas da sociedade brasileira.

No Brasil, presenciamos uma acentuada concentração de renda<sup>22</sup>, concomitantemente com a crescente miséria da população. A situação é crítica, pois quase 40 % da população urbana sobrevive abaixo da linha da pobreza<sup>23</sup>. O recente estudo divulgado pela Fundação Getúlio Vargas, coordenado pelo economista Marcelo Neri, chefe do Centro de Políticas Sociais da instituição, revela que cerca de 50 milhões de pessoas vivem abaixo da linha da

<sup>19</sup> Outro fator que contribui para a ausência do conhecimento do direito é a baixa escolaridade da população. O Brasil possui 15,6 % de pessoas analfabetas (conforme dados: PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento). Isto representa mais de 26 milhões de analfabetos, sem considerar a baixa escolaridade brasileira. Como exigir o conhecimento do direito à população com baixa escolaridade ou analfabeta? Como exigir a interpretação de textos legais complexos? Estes questionamentos não diminuem a importância das campanhas de difusão do conhecimento de direito, mas sem dúvida demonstram as dificuldades da sociedade em disseminar o uso do direito. Nesse contexto, deve as campanhas de disseminação do uso do direito atingir também esta fatia da sociedade.

<sup>20</sup> Observou Antonio Celso Aguillar Cortez que o importante é sempre ter em mente a realidade de nosso povo. E complementa: “Em acórdão publicado na RT 678/76, o Des. Mozart Costa de Oliveira, da 2ª CC do TJSP, e membro da Associação de Juizes para a Democracia, observou com base em dados da UNESCO que cerca de 40 % da população brasileira vive em situação tida tecnicamente como de miséria e lembrou que “em face das regras programáticas, de natureza social e de solidariedade, assim do Direito das Gentes (Declaração Universal da ONU, 1948, c/c pactos de 1967 e 76), como da CF/88 (preâmbulo, art. 1º, art. 3º) – todas elas regras jurídicas, não recomendações morais – temos de interpretar as necessidades sociais dessa gente como interesses difusos, soltos e perdidos no âmbito dessa imensa massa social, disforme, indefinida”. (In: Revistas dos Tribunais. São Paulo. nº 692, p. 199).

<sup>21</sup> Para Karine Souza Silva os índices de pobreza tem crescido de forma assustadora: “O panorama da pobreza na América Latina é de extrema gravidade. A Comissão Latino-americana do Caribe sobre o Desenvolvimento Social informa que entre 1980 e 1990 o total de pobres aumentou em 60 milhões, chegando a 196 milhões o número de latino-americanos com rendas inferiores aos 60 dólares mensais. Isto significa que 46 % da população total não consegue suprir suas necessidades fundamentais. Vale ressaltar que a extrema pobreza (com rendas menores de \$ 30 dólares mensais) também aumentou no mesmo lapso de tempo e afeta 94 milhões de pessoas” (In: Globalização e Exclusão Social. Curitiba: Juruá, 2000, p. 130)

<sup>22</sup> “Por exemplo, a renda dos 10 % mais ricos era 34 vezes maior que a dos 10 % mais pobres em 1960; essa relação passa para 40 vezes em 1970, 47 vezes em 1980 e atinge 78 vezes no censo de 1991.” (In: BENJAMIN, Cesar; ALBERTI, Ari José; SADER, Emir, et. al. Opção Brasileira. Rio de Janeiro: Contraponto, 1998, p. 91)

<sup>23</sup> Por abaixo da linha da pobreza entenda-se a população que ganha menos de US\$ 1,00 (um dólar) por dia: “Isso contribui fortemente para o agravamento de um novo problema estrutural no Brasil: a formação de bolsões de pobreza absoluta dentro das cidades ou em sua periferia imediata. Quase 40 % da população urbana brasileira vive abaixo da linha de pobreza. Não há mais bolsões isolados, e nem a pobreza decorre necessariamente da inserção profissional das pessoas em atividades de baixa produtividade. Hoje, os pobres se espalham por todos os setores da economia, inclusive entre os servidores públicos e os empregados de empresas privadas modernas.” (In: BENJAMIN, Cesar; ALBERTI, Ari José; SADER, Emir, et. al. Opção Brasileira. Rio de Janeiro: Contraponto, 1998, p. 90)

pobreza<sup>24</sup>.

Na análise da População Economicamente Ativa (PEA), a situação não é diferente e pode ser melhor visualizada pelo seguinte quadro:

QUADRO Nº 01: DISTRIBUIÇÃO DE RENDIMENTO NO INTERIOR DA POPULAÇÃO ECONOMICAMENTE ATIVA (PEA)

Agentes	personas	% DO PEA	% ACUMULADO
sem declaração	835.543	1,2	1,2
sem rendimento	10.513.919	15,1	16,3
menos 1 salário mínimo	15.387.922	22,1	38,4
1 a 2 salários	14.204.236	20,4	58,8
2 a 3 salários	8.425.061	12,1	70,9
3 a 5 salários	8.425.061	12,1	83,0
5 a 10 salários	7.032.489	10,1	93,1
10 a 20 salários	3.202.915	4,6	97,7
+ de 20 salários	1.531.829	2,2	100,0

FONTE: FIBGE<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Veja notícia veiculada no site da “Folha On Line” em 09 de julho de 2001 – [www.uol.com.br/fofha/brasil/](http://www.uol.com.br/fofha/brasil/) Custa uma ida ao cinema a menos por mês para cada brasileiro a erradicação da miséria absoluta no Brasil, drama que atingia 50 milhões de habitantes em 1999, calcula a Fundação Getúlio Vargas (FGV) em estudo divulgado nesta segunda-feira. “A nossa saga é também o nosso trunfo, temos uma grande legião de indigentes, mas do outro lado uma massa enorme de gente para transferir renda”, avalia o coordenador do estudo da FGV, Marcelo Neri. Com a transferência mensal de 14,6 reais em média por brasileiro com renda acima de 80 reais por mês, portanto acima da linha de miséria, essa legião de indigentes teria condições de pelo menos ingerir a quantidade mínima de calorias estabelecida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) para um ser humano sobreviver, explica Neri. “Com 1,7 bilhão de reais a mais por mês, ou seja, quatro % de toda renda familiar nacional, você acaba com a fome no país, um valor bem abaixo do que é gasto pelo governo em políticas sociais”, acrescentou. Feito em 11 estados, levando em conta cidades com mais de 100 mil habitantes, o estudo, intitulado “Mapa do fim da fome”, utiliza dados de 1996 a 1999 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). “Esse estudo não deve ser lido como a defesa de políticas compensatórias, mas é útil para traçar o alvo das políticas e para organizar as fontes de financiamento”, frisou Neri. Ele ressalta que não basta criar um fundo da pobreza e adicionar esses recursos, como o que foi sancionado recentemente pelo presidente Fernando Henrique Cardoso na semana passada, mas saber o quanto é necessário e de que forma poderá chegar a quem precisa. O Brasil, lembra ele, já dispõe de uma verba equivalente a 21% do Produto Interno Bruto (PIB) — cerca de 1 trilhão de reais em 2000 — para programas sociais, “o problema é que nunca chega aos indigentes, sempre erra o alvo”, critica. Para Neri, a solução seria a criação de metas sociais para serem atingidas com a mesma seriedade que se perseguem as metas inflacionárias, e, para isso, seria necessária a criação de um índice da pobreza, a exemplo do que ocorre com a inflação. “O governo e a sociedade se comprometeriam com uma determinada trajetória de redução da pobreza, como estão fazendo em relação ao racionamento de energia”, compara. “Se o cidadão comum perceber o baixo custo da empreitada pode se motivar a tomar ações solidárias”, completa Neri. Para começar, o melhor caminho seria uma “força-tarefa” voltada para o Estado do Maranhão, o Estado mais pobre da União, com 62,3% da sua população vivendo em estado de total indigência. São Paulo é o lugar com menos miseráveis, 11,5% da população, e o Distrito Federal também fica abaixo da média do país (29,3% da população), com 18%, mostra o estudo. O índice de miséria abaixo da média geral próximo ao poder talvez explique a demora de políticas eficientes, ironiza Neri ou, o motivo seja mesmo o fato de 45% dos miseráveis serem crianças. “As crianças até 15 anos representam 45% do total de indigentes no país, só que elas não votam”, lamenta o economista.”

<sup>25</sup> BENJAMIN, Cesar ... [et. al.]. *A opção Brasileira*. Rio de Janeiro: Contraponto, p.192, 1998.



Denota-se do quadro supra que 83 % (oitenta e três por cento) da população economicamente ativa nacional não possui condições econômico-financeiras para arcar com as custas judiciais, eis que sobrevivem com renda mensal de até 05 (cinco) salários mínimos, cujos rendimentos são utilizados para as despesas básicas de moradia, alimentação, saúde, educação, transporte, entre outras. Isto significa, que na justiça cível do Estado do Paraná<sup>26</sup>, onde os cartórios são privatizados e as custas processuais quase sempre ultrapassam três salários mínimos, grande parte da população economicamente ativa não possui condições de arcar com as custas processuais.

Parece que a primeira alternativa que salta aos olhos para a solução deste impasse seria a assistência judiciária para todos, com a extinção das custas processuais. A propósito, a simples isenção das custas judiciais não resolveria a questão, mesmo considerando que a exclusão das custas processuais traria benefícios ao litigante de menor poder aquisitivo.

A isenção irrestrita das despesas processuais provavelmente beneficiariam as classes privilegiadas, além de se exigir a cobrança de novos impostos para o rateio do pagamento das despesas do processo por toda a sociedade<sup>27</sup>.

Além disso, as partes litigantes necessitariam da contratação de um advogado, de peritos, assistentes, entre outros profissionais, encarecendo os custos do trâmite processual.

Some-se ainda, que a contratação de advogados e auxiliares da justiça gratuitamente ocasiona baixa qualidade de serviços. Segundo Boaventura de Souza Santos no imediato pós-guerra, vigorava na maioria dos países a assistência judiciária gratuita, registrando que a “qualidade dos serviços jurídicos era baixíssima, uma vez que, ausente a motivação econômica, a distribuição acabava por recair em advogados sem experiência e por vezes ainda não plenamente profissionalizados”<sup>28</sup>.

Nos parece que mesmo fornecendo aos necessitados advogados e auxiliares da justiça competentes, corremos o risco do profissional contratado para a defesa de um pobre não o defender de maneira idêntica se estivesse sido contratado por uma pessoa de posses. Ademais, a adoção deste sistema – gratuidade integral de todas as despesas processuais –, somente estaria a resolver os obstáculos econômicos do acesso à justiça, deixando adormecido e sem qualquer solução as barreiras sociais e culturais da sociedade.

Em outras palavras, a solução econômica de acesso à justiça não resolveria a educação jurídica dos cidadãos e a conscientização dos direitos sociais dos trabalhadores, consumidores, inquilinos, jovens, mulheres, criança, negros, entre outros<sup>29</sup>.

Nesse contexto, a melhor solução seria acabar com os milhões de miseráveis, com vistas a modificar o gravíssimo quadro social do País, pois estes excluídos sequer são agraciados com os

<sup>26</sup> Esta conclusão também se aplica para o espaço local, ou seja, para a cidade de Ponta Grossa - Paraná.

<sup>27</sup> “Há quem afirme que a Justiça não é igual para todos. O rico contrata bons advogados e pode, assim, ter realmente assegurada ampla defesa e o contraditório. E o pobre, aquele brasileiro e brasileira, verdadeiros pés descalço e descamisado que até já perdeu o emprego? Como lhe assegurar ampla defesa e o contraditório? Os Estados, embora deficientes, ainda mantêm suas defensorias públicas. (...) Como então deve ser a acessibilidade econômica à Justiça? Para uns, a isenção de sacrifício econômico ao litigante acarretaria mais inconvenientes do que vantagens: os ricos acabariam favorecidos uma vez que os gastos com atuações judiciais devem ser suportados por todos. Além do que, uma justiça indiscriminadamente gratuita contribuiria para fomentar o número de demandas, ou seja, litigar por litigar.” (In: MACHADO, Agapito. Revista dos Tribunais. São Paulo: n° 677, p. 273).

<sup>28</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Pela mão de Alice: O Social e Político na Pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1997, 4ª ed., p. 171.

<sup>29</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Op. cit. p. 171.

direitos fundamentais de primeira e segunda geração<sup>30</sup>, quanto mais com a possibilidade de acesso à justiça.

Os fatos políticos, sociais e econômicos ocorridos no Brasil, demonstram a política neoliberal implementada em todos os setores pelo Governo Federal. As esperanças de se estipar da sociedade

brasileira os milhões de excluídos é muito distante, por conseqüência, torna-se também impossível eliminar a pobreza. O pleno acesso à Justiça só será possível com a erradicação da pobreza ou com mecanismos que asseguram efetivamente o acesso dos miseráveis e excluídos, o que nos parece impossível diante das políticas neoliberais impostas pelo governo<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Em artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul o Professor Teori Albino Zavascki apresentou a seguinte classificação dos direitos fundamentais de primeira, Segunda e terceira geração: Liberdade, Igualdade e Fraternidade, respectivamente à “Um olhar para a história do direito moderno evidencia, com efeito, que no decorrer do século XVIII começou a brotar e ganhar corpo, no mundo ocidental, a idéia dos chamados “direitos fundamentais”, vindo eles a alcançar significado universal com a célebre “Declaração dos Direitos do Homem” da Revolução Francesa. O gênio francês conseguiu sintetizar em seu lema revolucionário, os princípios básicos da dignidade humana: liberdade, igualdade e fraternidade. (...) Assim, o século XIX foi tomado pela normatização do primeiro desses ideais: **os direitos fundamentais de liberdade**, por isso denominados “**direitos de primeira geração**”. Naquele século, ganharam densidade normativa os direitos civis e políticos, direitos do indivíduo contra o Estado. Quebrou-se a espinha dorsal do Estado absolutista, não intervencionista, garantidor das liberdades individuais, com escassa margem de atuação nas relações sociais. O liberalismo individualista – substrato ideológico dos direitos de primeira geração tinha como princípio político o de que os homens e a sociedade por eles formada têm que realizar diretamente o seu próprio destino. Ao Estado caberia, apenas, deixar as pessoas agirem livremente. Imaginava-se que, rompida a opressão estatal, os direitos de liberdades fariam frutificar uma espécie de harmonia espontânea na convivência sociopolítica. (...) E então, a grande crise do Estado liberal em fins do século passado, fez a humanidade dar um passo adiante. Sem renunciar aos direitos de liberdade, conquistados a duras penas, sem voltar atrás no longo caminho percorrido, o novo século já nasceu iluminado pela necessidade de implementar os direitos de igualdade. A doutrina social da igreja, as filosofias igualitárias e humanistas, a Constituição Mexicana de 1917, a Alemã de 1919, foram marcos importantíssimos na configuração de uma “**segunda geração**” de direitos fundamentais: **os chamados direitos econômicos e sociais**. Operou-se, na verdade, um fenômeno de expansão qualitativa dos próprios direitos de liberdade. Já não se buscava, apenas, assegurar a liberdade do indivíduo em face do Estado, mas, mais que isso, procuravam-se os meios aptos para assegurar a liberdade do indivíduo em face dos demais indivíduos. Em outras palavras, os direitos sociais e econômicos entraram na história do constitucionalismo pela indeclinável obrigação ética e jurídica de serem estabelecidos padrões mínimos de uma **sociedade igualitária**. (...) O esgotamento do modelo, todavia, faz com que, mais uma vez, os homens e as mulheres do nosso tempo sejam chamados a dar um novo e importante passo à frente. (...) Nasceram, assim, neste limiar de um novo século, os chamados direitos de “**terceira geração**”, inspirados nos valores da solidariedade. (...) O século XXI há de ser marcado, necessariamente, pelo signo da fraternidade. O Estado do futuro não deverá ser apenas um Estado Liberal, nem apenas um Estado do social: **precisará ser um Estado da solidariedade entre os homens**.” (In: ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Fundamentais de Terceira Geração. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Síntese, v. 15, 1998, p. 227-232 – grifou-se).

<sup>31</sup> “A estrutura do Estado arquitetado pelo governo FHC tem um perfil liberal e conservador. Não enfrenta o problema da concentração da riqueza e da renda nacional como elementos necessários à construção de um Estado com capacidade efetiva de atuação na área social e capaz de orientar um processo de crescimento econômico para o país. A reforma implementada pelo Governo FHC desmonta o Estado, a partir do aprofundamento da estratégia privatizante, inaugurada por Collor de Mello. O governo FHC empreendeu um desmonte da máquina pública, com demissões de funcionários, a fragilização da economia nacional devido a abertura irrestrita das importações, o desmonte da seguridade social, através da supressão de direitos previdenciários e a quebra dos princípios do SUS – Sistema Único de Saúde devido à criação das Organizações Sociais. Para tanto, as áreas colocadas como estratégicas para a reforma do Estado foram: a privatização, a reforma administrativa e a reforma previdenciária, ficando para o segundo mandato a reforma tributária, que não pretende alterar estruturalmente a concentração de riquezas e rendas no país. As reformas foram colocadas como mera questão técnica, administrativa, sem conotações de ordem societária, embora representem uma alteração na estrutura e funcionamento do Estado brasileiro, com claro tom privatizante. As reformas liberais, empreendidas pelo Governo FHC, evidenciam a ausência de uma preocupação do governo e das elites econômicas, com a alteração do grave quadro social do país.” (In: COSTA, Lúcia Cortes da. Pesquisa & Debate. São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Economia Política/Departamento de Economia da Faculdade de Economia e Administração da PUC-SP, v. 11, n° 17, 2000).

## 2.4 Da lentidão da Justiça

A morosidade na solução de conflitos consiste na crítica mais ferrenha dirigida ao Poder Judiciário. Na medida que a Constituição assegura o acesso à justiça, concomitantemente com a garantia da apreciação judicial de qualquer lesão ou ameaça a direito, o Estado na prática tem criado normas e exigências que dificultam o acesso aos tribunais<sup>32</sup>. Além disso, diversos outros fatores práticos dificultam um julgamento definitivo e rápido pelo Poder judiciário, tais como: (i) instrumentos e condições materiais de trabalho; (ii) aprimoramento nos procedimentos administrativos e legais dos tribunais; (iii) reorganização judiciária; (iv) excesso de trabalho; (v) excesso de formalismo e ritualismo descrito em nossos códigos (vi) formação de juízes e bacharéis de direito comprometidos com a preservação do acesso à justiça, entre outros<sup>33</sup>.

Por sua vez, o legislador tem facilitado o acesso da sociedade à justiça com a vigência da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), do

Código de Defesa do Consumidor que instituiu a ação coletiva (Lei 8.078/90), da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/95), da Lei antitruste (Lei 8.894/94), do Estatuto da Criança e do adolescente (Lei 8.069/90), que trouxeram várias transformações de acesso coletivo da sociedade, com garantia de proteção aos direitos difusos, coletivos e individuais, facilitando ao acesso da população mais carente ao Poder Judiciário sem qualquer ônus em razão da isenção das despesas processuais, além de permitir que sociedade civil (associações e sindicatos), em conjunto com os órgãos públicos tenham legitimidade para propositura das ações de interesses difusos, coletivos e individuais.

Apesar dos enormes esforços que estão sendo feitos no Brasil e no mundo, a demora das decisões judiciais traz um risco às partes, traduzindo muitas vezes em danos irreparáveis aos litigantes<sup>34</sup>.

Mesmo que a lentidão do processo não seja somente um problema brasileiro, a

<sup>32</sup> A título de exemplo, transcrevemos as palavras do eminente Juiz Federal da 4ª Vara do Ceará Doutor Agapito Machado: "Tanto no Governo passado, como no atual, foram sancionadas leis resultantes de Medidas Provisórias, que visavam impedir a concessão de liminares e até proíbem a imediata execução de julgados de 1º grau, em determinadas matérias. É o caso de se indagar: dispondo a CF/88, no art. 5º, XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", como pode ser interpretado o poder cautelar geral do juiz: restrito ou amplo? Desde quando julguei pela concessão do primeiro mandado de segurança na 5ª reg., dano pela inconstitucionalidade do Plano Collor I (sobre a retenção da poupança), tive também de julgar, *incidenter tantum*, pela inconstitucionalidade da Lei 8.076/90, que proíbe a concessão de liminar e a imediata execução do julgado." (In: Revistas dos Tribunais. São Paulo. nº 677, p. 272).

<sup>33</sup> Para Sidnei Agostinho Beneti o "acesso à Justiça efetiva, de resultados concretos, não é questão retórica, mas prática. Passa pelos instrumentos e condições materiais de trabalho, em que o Judiciário tem melhorado muito (cf. protocolos integrados, informatização parcial, unificação de precatórios, estenotipia, intimações pelo jornal oficial, recolhimento de custas em bancos, etc., muito do que já se fez – p. ex. vide JUTACRIM 83/535, homenagem ao Des. Bruno Afonso André). (...) Sem o novo profissional do Direito, que tenha horror à forma vazia, abomine trazer à prática a teoria sem efeito concreto; sem o profissional livre para criar e desprendido para deixar novas formas de andamento das informações contidas nos autos, desapegado de interesses pessoais, mesquinhos e de corporativos no resultado prático, que deve caracterizar o acesso à justiça como instrumento adequada convivência social, na parte em que possível realizar-se por intermédio do Poder Judiciário – ficando os desajustes de Justiça, para a correção nos outros foros da organização social. (In: Revista dos Tribunais. São Paulo. nº 715, p. 378).

<sup>34</sup> A demora da prestação jurisdicional não ocorre somente em nosso país. Sidnei Agostinho Beneti em artigo publicado na Revista dos Tribunais nº 715/377, afirma: "a despeito, especialmente, da demora, causada pelo entulhamento dos grandes números, o processo brasileiro não precisa humilhar-se no mundo."

consciência da sociedade nos dias atuais passa a exigir a celeridade nos feitos. Para tanto, deve o Estado aumentar os investimentos nas estruturas das organizações judiciais, difundir através de seus órgãos o conhecimento do direito, erradicar a pobreza em nosso país e assegurar o acesso à ordem jurídica justa. Em outras palavras, a consciência social hodierna brasileira passa a exigir que os tribunais nacionais assegurem o acesso à justiça, através da modernização do processo e de procedimentos operacionais e processuais, objetivando atender os anseios sociais de uma justiça equânime e justa para todos.

Finalizando, a sociedade brasileira exige transformações<sup>35</sup> que possibilitem o acesso à ordem jurídica justa. É a consciência dos órgãos públicos, da magistratura, do executivo, do legislativo e da sociedade com um todo, ou seja, o clamor nacional contra a negação de acesso à justiça da população.

Neste contexto, lembramos da conhecida frase de Marx e Engels: "Não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência."<sup>36</sup>

## 3. Acesso aos Tribunais – Cenário Nacional

O direito fundamental do **acesso à Justiça** se encontra sedimentado em nossa

Constituição, incumbindo ao Estado a prestação de assistência jurídica integral aos necessitados (Art 5º, LXXIV)<sup>37</sup>. Não obstante a garantia constitucional de acesso à justiça, se observa pela análise social e factual da sociedade que se trata de um direito estritamente formal, em decorrência dos inúmeros obstáculos e fatores que dificultam o acesso ao sistema jurídico nacional.<sup>38</sup>

A propósito, isto pode ser comprovado pela análise das informações existentes no "Banco de Dados do Poder Judiciário"<sup>39</sup>. Senão vejamos: A média nacional, no ano de 2000, é de 01 (um) juiz para cada 22.680 habitantes, enquanto na Alemanha, a média é de 01 (um) juiz para cada 3.000 habitantes.

No Paraná está média é de 01 (um) juiz para cada 20.426 habitantes. O Paraná possui 459 juízes (em 2000) para uma população de 9.375.592 habitantes (em 1999). Desta forma, para termos os mesmos padrões médios da Alemanha, seria necessário 3.125 juízes somente no Paraná.

Ocorre que no Brasil o número de juízes a nível nacional é de 7.231 (em 2000) para atender uma população de 163.998.652 habitantes (em 1999), sendo que o ideal considerando a média na Alemanha deveria ser de 54.666 juízes.

No ano de 2.000 foram distribuídos 11.207.948 processos em primeira instância, 1.741.182 em Segunda instância e 244.911 nos

<sup>35</sup> Marx e Engels nas teses dirigidas a Feuerbach – "Tese XI – Os filósofos se limitaram a interpretar o mundo de diferentes maneiras; o que importa é transformá-lo". (In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. A ideologia Alemã. São Paulo: Hucitec, 1991, 8ª edição, p. 14).

<sup>36</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. A ideologia Alemã. São Paulo: Hucitec, 1991, 8ª edição, p. 37).

<sup>37</sup> Art. 5º, LXXIV, CF/88: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". O inciso XXXV do artigo 5º da Carta da República ratificou o princípio do direito de acesso à justiça: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

<sup>38</sup> A título de ilustração, os obstáculos de maior relevância do acesso do cidadão à Justiça são: (i) lentidão do processo judicial; (ii) altos custos processuais; (iii) descrédito do Poder Judiciário; (iv). desconhecimento do direito pela sociedade; e (v) pobreza da população.

<sup>39</sup> Dados estatísticos do Poder Judiciário extraído do site do Supremo Tribunal Federal em 26 de junho de 2001: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

Tribunais Superiores. Em outras palavras, o número de processos distribuídos em primeira instância em comparação com o número de habitantes do país (1999 à 163.998.652), corresponde ao percentual de 6,8 %. Da mesma forma, se compararmos o número de processos distribuídos em primeira instância com a População Economicamente ativa (PEA à 69.558.975), este percentual passa para 16,1 %.

A propósito, das sentenças prolatadas em primeira instância, em média 15,5 % apresentam recursos aos tribunais Estaduais, Regionais e do Trabalho. Da mesma forma, dos

acórdãos de Segunda instâncias, aproximadamente 14 % dos processos apresentam recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

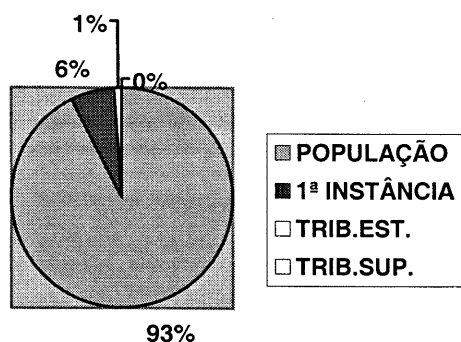
Por último, comparando-se o número de processos distribuídos nos Tribunais Estaduais, Regionais e do Trabalho (1.741.182), com a população no ano de 1999 (163.998.552), tem-se o percentual de 1,0% da população com acesso aos tribunais estaduais, regionais e do trabalho. Já para os Tribunais Superiores (244.911), tem-se 0,14 % da população com acesso ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

**QUADRO Nº 02 – QUADRO COMPARATIVO**  
QUADRO COMPARATIVO DE PROCESSOS DISTRIBUÍDOS COMPARANDO  
NÚMEROS DE JUÍZES E A RELAÇÃO CARGO HABITANTES

AGENTES	NÚMERO HABITANTE	NÚMERO JUÍZES	RELAÇÃO CARGO/HAB	PROCESSOS 1ª INSTÂNCIA	PROCESSOS TRIBUNAIS	% 1ª INST.	PROCESSOS STJ+STF	% 1ª INST.
BRASIL	163.998.652	7.231	22.680	11.207.948	1.741.182	15,54	244.911	2,19
PARANÁ	9.375.592	459	20.426	289.790	15.986	5,52	3.293	1,14

**FONTE:** Banco de Dados do Poder Judiciário: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

**QUADRO Nº 03 – GRÁFICO** – Comparativo do Número de processos distribuídos no ano de 2000, em 1ª Instância, Tribunais Estaduais, regionais, do Trabalho e Tribunais Superiores com a população Brasileira no ano de 1999.



**FONTE:** Banco de dados do Poder Judiciário: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

Da análise destes números pode-se concluir que a maioria da população não possui acesso à Justiça, em especial o acesso aos tribunais Estaduais, Regionais e Superiores. Conclui-se ainda, que somente uma parcela mínima da população possui efetivamente acesso à Justiça, pelos diversos fatores e obstáculos materiais impostos pelo sistema, concomitantemente com a lentidão da outorga da prestação jurisdicional em decorrência da escassez de magistrados.

## 4. Do Acesso aos Tribunais no Espaço Local

### 4.1 Ponta Grossa/PR

O Espaço Local delimitado para a coleta de dados refere-se a cidade de Ponta Grossa<sup>40</sup>. A cidade está a 118 km de distância da capital paranaense e possui uma população de 286.647 habitantes<sup>41</sup>.

Ponta Grossa tem a sua história relacionada aos tropeiros, que passavam pela região dos campos gerais conduzindo gado do Rio Grande do Sul para a região sudeste. A instalação de estrada de ferro passando por Ponta Grossa em 1893, intensificou seu desenvolvimento, atraindo população para o local. A cidade foi desenvolvendo-se com sua economia baseada na agricultura<sup>42</sup> e na invernagem. A partir da década de 1970 passou a desenvolver culturas agrícolas voltadas para a exportação (soja, trigo) e o desenvolvimento

da industrialização<sup>43</sup> que tornou-se mais evidente nos anos 1990.

Ponta Grossa tem como pontos importantes da sua economia a madeira, a agricultura, a metalúrgica e a indústria de transformação de alimentos. Com o desenvolvimento de atividades de serviços, a cidade passou também a desenvolver o setor terciário. Ponta Grossa atrai a população das cidades vizinhas, especialmente para atendimento de saúde, pois conta com hospitais com nível de especialização e laboratórios de análises clínicas.

No espaço local – cidade de Ponta Grossa – Estado do Paraná –, efetuamos uma pesquisa nas varas cíveis da justiça estadual, federal e no juizado especial, através de questionário composto de 10 (dez) perguntas abertas.<sup>44</sup>

A pesquisa<sup>45</sup> buscou focalizar o número de processos em trâmite em cada vara, o número de processo recebidos por mês, o número de sentenças proferidas por mês, o valor médio das ações, o custo médio das perícias realizadas, o número de processo que utilizam a justiça

<sup>40</sup> Dados sobre Ponta grossa podem ser obtidos: [www.paranacidade.org.br](http://www.paranacidade.org.br)

<sup>41</sup> Censo IBGE 2000.

<sup>42</sup> Inicialmente na produção de erva-mate e na extração de madeira. A invernagem era a engorda do gado vindo do Rio Grande do Sul com destino de comercialização no sudeste.

<sup>43</sup> A industrialização a partir de 1970 foi alavancada pelo processamento do soja, através das empresas: SANBRA S/A, CARGILL Agrícola, COINBRA, Anderson Clayton e INCOPA.

<sup>44</sup> A pesquisa foi respondida pelas 04 varas cíveis estaduais; 01 vara cível federal e o juizado especial todas da Comarca de Ponta Grossa – Estado do Paraná.

<sup>45</sup> A pesquisa foi protocolada junto as varas cíveis estadual, federal e juizado especial no dia 04 de junho de 2001, através de ofício expedido pela Coordenação do Mestrado de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa – Paraná (UEPG). (i) **JUSTIÇA FEDERAL:** Não houve dificuldade para o retorno do questionário. As respostas do questionário foram encaminhadas pela Justiça Federal diretamente a Secretaria do Mestrado de Ciências Sociais Aplicadas da UEPG - duas (02) perguntas do questionário não foram respondidas, por falta de informações e registro. (ii) **JUSTIÇA ESTADUAL:** As respostas dos questionários somente foram possíveis após 03 (três) visitas e entrevista pessoal com Diretor do Fórum Cível explicando detalhadamente o objetivo da pesquisa. Após este contato, a pesquisa foi entregue no dia 03 de julho de 2001, sendo que cinco perguntas não foram respondidas. (iii) **JUIZADO ESPECIAL:** A resposta do questionário foi obtida após vários telefonemas, 03 visitas pessoais e explicação detalhada da pesquisa e seus objetivos. O Juiz Diretor Supervisor do Juizado Especial designou um funcionário para responder o questionário, sendo que 03 perguntas não foram respondidas. A resposta da pesquisa foi entregue no dia 03.07.2001.

gratuita, o prazo médio de solução de um processo e o número de execuções.

A propósito, as dificuldades para a concretização das pesquisas empíricas é compreensível no campo jurídico, em decorrência da falta de tradição em pesquisas desta natureza,<sup>46</sup> em especial a pouca receptividade do órgãos contatados para a prestação de informações.

Nessa cadênciã, foram efetuadas perguntas<sup>47</sup> com escopo de responder aos seguintes *objetivos da pesquisa*: (i) Qual o percentual de processo em trâmite com benefício da justiça gratuita ? (ii) Qual as despesas processuais média na Justiça Estadual e/ou Federal ? (iii) Qual as despesas processuais com peritos ? (iv) Qual o prazo médio para a solução de um processo ?

<sup>46</sup> Nesse contexto, a Professora Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca da Universidade Federal Fluminense, assim se manifesta sobre a questão: "Apesar das dificuldades, a pesquisa jurídica precisa investir no conhecimento sociológico das relações sociais do cotidiano, de modo a captar também as tendências nas práticas sociais, favoráveis ou não ao direito vigente. Exercitar o olhar crítico sobre o direito e seus operadores é uma exigência da situação atual da sociedade em um país onde a violência tende a substituir a lei e onde os interesses setoriais dominam quando se trata de delinear políticas econômicas e sociais globais. (...) A postura democrática dos operadores do direito, como dos juristas deve ser propugnada nas pesquisas que tematizam o universo jurídico relacionando-o continuamente com os fatos do dia a dia. A metodologia sócio-jurídica, no que lhe compete, pretende atender a essa meta contribuindo para o conhecimento da relação complexa e ambígua entre a produção jurídica dos profissionais e a cultura dos leigos, fazendo da atividade científica uma fonte esclarecedora da importância da participação para a construção de uma ordem jurídica adequada e justa." – (In: FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Porto Alegre: Síntese, v. 1, 1998, p. 126-126).

<sup>47</sup> As dez perguntas da pesquisa são: 1). Quantos processos tramitam nesta vara ? 2). Quantos processos são recebidos por mês ? 3). Quantas sentenças são proferidas por mês ? 4). Qual o valor médio das ações em trâmite nesta Vara ? 5). Qual o valor médio cobrado pelos peritos judiciais ? 6). Quantos processo utilizam a justiça gratuita ? 7). Quantas sentenças são proferidas por mês de processos com justiça gratuita ? 8). Qual o prazo médio de solução de um processo ? a). com recurso aos tribunais; b) sem recurso aos tribunais; 9). Dos processos que tramitam quantos são pessoas físicas ou jurídicas? 10). Quantos processos que tramitam são execuções?

## 4.2. Do Resultado da Pesquisa

QUADRO Nº 04 – TABULAÇÃO DA PESQUISA

AGENTES	1ª VARA CÍVEL	2ª VARA CÍVEL	3ª VARA CÍVEL	4ª VARA CÍVEL	TOTAL JUSTIÇA CÍVEL	MÉDIA JUSTIÇA CÍVEL	JUIZADO ESPECIAL CÍVEL	VARA FEDERAL
Nº processos tramitam na vara	1.845	2.057	2.232	1.515	7.649	1.912	3405	3.178
Nº processos recebidos/mês	72	84	92	73	321	80	265	300
Nº sentenças proferidas/mês	64	76	62	57	259	65	383	75
Valor médio das ações	NI	5.000	5.957	5.000	15.957	5.319	NI	1.000
Valor médio cobrado pelos peritos	NI	2.500	2.500	1.000	6.000	2.000	NI	500
Nº processos na Justiça Gratuita	554	617	670	455	2.295	574	3405	1000
Nº sentenças Justiça Gratuita/Mês	NI	7	7	8	22	7	383	NI
Prazo médio solução dos processos(*)	30	30	60	30	150	38	NI	30
Nº processos pessoa física/jurídica(**)	NI	0,60	0,70	NI	1	0,65	NI	NI
Nº processos tramitando que são execuções	1.005	270	846	538	2.659	665	NI	1.300

FONTE: Levantamento efetuado pelo autor nos meses de junho e julho de 2.001.

**Legenda:** NI – Dados não informados à principais respostas: (i) não podemos precisar; (ii) não temos este dado; (iii) dado não disponível; (iv) em branco – somente um traço; (v) não há registro.

(\*) Prazo médio em número de meses: O prazo médio em primeira instância é de 06 meses; o recurso nos tribunais mais 24 meses, totalizando em média 30 meses para a solução de um processo.

(\*\*) – Dado fornecido em percentual: Onde se lê "0,60": significa que 60 % dos processo que tramitam são de pessoas jurídicas e o restante de pessoa física; Na média 65 % dos processos em trâmite são de pessoas jurídicas e 35 % de pessoas físicas.

**Juizado Especial Cível:** Todos os processos em trâmite no Juizado Especial Cível são isentos de custas judiciais.

Da análise do Quadro nº 04 supra referenciado em conjunto com os objetivos da pesquisa pode-se concluir que:

#### 4.2.1. Questões sobre o Trâmite, Custas e Prazos da Justiça

##### Qual o percentual de processo em trâmite com benefício da justiça gratuita?

**Resposta:** O percentual médio de processos em trâmite com justiça gratuita nas varas cíveis da Comarca de Ponta Grossa e federal corresponde a de 30 % (trinta por cento) do total de processos ajuizados<sup>48</sup>. Por outro lado, no Juizado Especial Cível os 3.405 processos em trâmite são isentos de custas judiciais, por força da lei.<sup>49</sup>

##### Qual as despesas processuais médias na justiça Estadual e/ou Federal?

**Resposta:** (i) Na justiça Estadual o valor médio das custas processuais de uma ação sem perícia judicial é de R\$ 286,64; com perícia R\$ 2.286,64; com recurso para o Tribunal de Alçada ou Tribunal de Justiça R\$ 2.290,39; com recurso

aos Tribunais Superiores R\$ 2.440,39<sup>50</sup>. (ii) Na Justiça Federal o valor médio das custas processuais de uma ação sem perícia judicial é de R\$ 10,00; com perícia R\$ 510,00; com recurso ao Tribunal Regional Federal R\$ 510,00; com recurso aos Tribunais Superiores R\$ 650,00. (iii) No juizado Especial em primeira instância as custas processuais são isentas; para recorrer a turma recursal do Juizado Especial – R\$ 3,75.

##### Qual as despesas processuais com peritos judiciais?

**Resposta:** Na justiça Estadual: R\$ 2.000,00; Na justiça Federal: R\$ 500,00<sup>51</sup>.

##### Qual o prazo médio para a solução de um processo?

**Resposta:** Na Justiça Estadual e Federal o prazo médio de um processo em primeira instância é de 06 meses e com recurso aos tribunais de 24 meses, totalizando 02 (dois) anos e 06 (seis) meses<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Na justiça Estadual (7.649) e Federal (3.178) tramitam **10.827** processos, sendo que **3.295** estão com os benefícios da justiça gratuita, portanto, **30,4 %** dos processos em trâmite são beneficiários da justiça gratuita.

<sup>49</sup> Com efeito, se incluirmos os **3.405** processos isentos de custas judiciais em trâmite no Juizado Especial Cível, temos os seguintes resultados: (i) número de processo em trâmite nas Justiças Estadual, Juizado Especial Cível e Justiça Federal = **14.232**; (ii) número de processos beneficiários da justiça gratuita na Justiça Estadual, Juizado Especial Cível e Justiça Federal = **6.700**; (iii) percentual dos processos em trâmite na Justiça Estadual, Juizado Especial Cível e Justiça Federal = **47,07 %**.

<sup>50</sup> **Justiça Estadual:** O valor médio das ações em trâmite nas varas cíveis da Comarca de Ponta Grossa corresponde a quantia de R\$ 5.319,00; Em consulta a Tabela de Custas do Estado do Paraná temos: Depósito judicial: R\$ 255,00, acrescido da Taxa Judiciária de R\$ 10,64 e da distribuição de R\$ 21,00, totalizando R\$ 286,64 de custas judiciais para distribuição de um processo. O valor médio de uma perícia judicial é de R\$ 2.000,00; das custas de apelação de R\$ 3,75; das custas para os Tribunais Superiores de R\$ 150,00; totalizando R\$ 2.440,39; não estão sendo computadas as custas com oficial de justiça (R\$ 35,00 por ato), custas com postagem; certidões, entre outras. **Justiça Federal:** As custas judiciais na justiça federal correspondem em 1 % (um por cento) do valor da ação. Desta forma, o valor médio das ações em trâmite na Vara Federal de Ponta Grossa é de R\$ 1.000,00; Isto significa uma custa judicial de R\$ 10,00; O valor médio das perícias judiciais R\$ 500,00; das custas de apelação R\$ 8,00; das custas para os Tribunais Superiores R\$ 150,00; totalizando R\$ 650,00. As custas para os Tribunais Superiores foram fixadas em R\$ 150,00 para ambas Justiças, podendo este valor ser superior ou a menor, pois além da taxa do recurso existe uma taxa por número de folhas.

<sup>51</sup> A Associação Nacional dos Mutuários denunciou a falta de critérios para definir os preços praticados pelos peritos judiciais na Justiça Estadual. Veja parte da denúncia publicada na Gazeta do Povo com a seguinte manchete: **“JUSTIÇA: ASSOCIAÇÃO DENUNCIA FALTA DE CRITÉRIOS PARA QUE SEJAM ESTABELECIDOS OS CUSTOS DO SERVIÇO – VALOR DE PERÍCIA JUDICIAL VARIA 378 % - PREÇO ALTO DESESTIMULA CIDADÃOS A BUSCAR NA JUSTIÇA A GARANTIA DE SEUS DIREITOS (...)** – O Diretor regional da ANM, Luiz Alberto Copetti, informa que o levantamento realizado pela entidade indica que enquanto 70 % dos peritos cobram R\$ 500,00 alguns profissionais chegam a cobrar R\$ 1.890,00 para realizar o mesmo trabalho. O diretor regional avalia que este procedimento deve ser desestimulado pela cúpula do poder judiciário do estado porque as cobranças abusivas tendem a desencorajar as pessoas a ingressar na Justiça em busca de seus direitos.” (In: GAZETA DO POVO. Direitos & Deveres do Consumidor. Terça-feira. 1º de maio de 2.001).

<sup>52</sup> Uma das varas cíveis da Comarca de Ponta Grossa informou um prazo médio de 05 (cinco) anos para a solução de processos com recursos nos tribunais. As demais varas cível e federal informaram em média 30 meses, ou 02 anos e 06 meses. Por esta razão a média das varas cíveis foi de 38 meses.

## 5. Conclusões

A sociedade deve exigir que o Estado promova a proteção dos direitos e o acesso aos tribunais. Com efeito, cabe ao Estado aperfeiçoar e modernizar a ordem jurídica, de forma justa, célere e eficiente, com apoio e participação de todos os cidadãos.

Em outras palavras, o Estado deverá manter o que existe de bom na Justiça e equipá-la com melhores ferramentas de trabalho, através da criatividade operacional, legislativa e econômica dos três poderes estatais a nível federal, estadual e municipal, concomitantemente com a participação e cooperação das organizações, associações privadas e demais foros sociais.

Em síntese, com a presente pesquisa, chegamos à seguinte conclusão:

*a) O acesso à justiça consiste na proteção de qualquer direito, sem qualquer restrição econômica, social ou política. Não basta a simples garantia formal da defesa dos direitos e o acesso aos tribunais, mas a garantia da proteção material destes direitos, assegurando a todos os cidadãos, independentemente de classe social, a ordem jurídica justa;*

*b) Não basta a melhora do acesso à justiça com o aperfeiçoamento dos instrumentos e condições materiais de trabalho, devem os programas assegurar a disseminação do conhecimento do direito com vistas a possibilitar o acesso à jurisdição a todas as classes sociais, haja vista que 33 % (trinta e três por cento) da população não*

*utiliza a justiça porque não sabe ou não conhece seus direitos.*

*c) A disseminação do conhecimento do direito é dever de toda a sociedade, com a finalidade de facilitar o acesso à justiça, devendo ser estabelecido um plano integrado de ações entre todos os seguimentos sociais, através da impressão de cartilhas, distribuição de folhetos explicativos, divulgação de direitos em sites na ‘internet’, realização de cursos da comunidade local, campanhas publicitárias na imprensa falada e escrita, programas de televisão de conscientização dos direitos, revistas especializadas para a educação dos direitos, juizados itinerantes como os implantados no Estado de São Paulo e na Operação Praias no Paraná, entre outras formas;*

*d) A realidade social brasileira demonstra que a maioria da população necessita da assistência jurídica integral, pois são excluídos. Os números não mentem: 50 milhões abaixo da linha da pobreza<sup>53</sup> à 70 % da população tem renda familiar de até 03 (três) salários mínimos<sup>54</sup> à 83 % da população dos assalariados tem renda mensal de até 05 (cinco) salários mínimos<sup>55</sup> à 10 % mais ricos apropriam-se de 50,6 % da renda nacional à 10 % mais pobres apropriam somente 7 % da renda nacional<sup>56</sup>;*

*e) A exclusão social e a pobreza são os maiores obstáculos de acesso à justiça. O pleno acesso à justiça só será possível com a erradicação da pobreza ou com a inclusão dos excluídos no processo de democratização da justiça, através de mecanismos que assegurem aos miseráveis à ordem jurídica justa;*

<sup>53</sup> Fonte: Fundação Getúlio Vargas.

<sup>54</sup> Fonte: FIBGE, citado em César Benjamin (et. al.), Opção Brasileira, Contraponto, 1998, p. 191.

<sup>55</sup> Fonte: FIBGE, ob.cit., p.191.

<sup>56</sup> Fonte: FIBGE, ob. cit, p.192.

f) A lentidão da justiça não é somente um problema brasileiro, mas a sociedade nos dias atuais passa a exigir a celeridade dos feitos. O Estado deve aumentar os investimentos nas estruturas das organizações sociais, difundir através de seus órgãos o conhecimento do direito, promover uma melhor distribuição de renda com escopo de erradicar a pobreza, objetivando atender os anseios sociais de uma justiça equânime e justa para todos;

g) O judiciário está sobrecarregado, em razão do número reduzido de juízes. No Paraná existe 459 juízes para uma população de 9.375.592 habitantes, o que equivale 01 (um) juiz para cada 20.426 habitantes. Na Alemanha a média é de 01 juiz para cada 3.000 habitantes. No caso seriam necessários 3.125 juízes somente Paraná, para manter os mesmos níveis médios da Alemanha à A nível nacional temos 7.231 magistrados, seriam necessários 54.666 juízes<sup>57</sup>;

h) O princípio do duplo grau de jurisdição – o direito de recursos das decisões de primeira instância -, não beneficia a maioria da população. Vejam os números: No ano de 2.000, a nível nacional, foram distribuídos 11.207.948 processos em primeira instância, 1.741.182 em Segunda instância e 244.991 nos Tribunais Superiores. Isto significa que do total de processos distribuídos 15,5 % apresentam recursos aos Tribunais Estaduais, Regionais e do Trabalho e 2,18 % apresentam recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, comparando o número de processos distribuídos com a população do país no ano de 1999

(163.998.552), temos os seguintes resultados: (i) 6,8 % da população bateram as portas do Poder Judiciário; (ii) 1,0% da população recorreram aos Tribunais estaduais, regionais e do trabalho; (iii) 0,14 % da população com acesso ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Portanto, quer nos parecer que os recursos aos tribunais devem ser restringidos e somente seriam admitidos em casos especiais previstos em lei;

i) No espaço local, chegamos a seguinte conclusão:

1) 30 % dos processos em trâmite na justiça estadual e federal são de justiça gratuita;

2) As custas judiciais são elevadas. O que impossibilitaria a maioria da população em pleitear seus direitos no judiciário à Justiça Estadual: as custas podem chegar a R\$ 2.440,39 à Justiça Federal: as custas podem chegar a R\$ 650,00;

3) Os honorários periciais na justiça estadual são abusivos e extorsivos, podem chegar a R\$ 2.000,00 por processo; Na justiça Federal em média de R\$ 500,00;

4) O prazo médio para julgamento de um processo é de 2 anos e 06 meses, em ambas as justiças<sup>58</sup>;

j) Os Juizados Especiais Cíveis estão contribuindo para a agilização dos processos e o acesso à justiça<sup>59</sup>. No Brasil existem 2.559 Juizados Especiais Cíveis e Criminais, foram ajuizadas 1.096.871 processos. No Paraná temos 218 Juizados Especiais Cíveis e Criminais, foram ajuizados 126.187 processos, sendo solucionados 113.222 do total de

<sup>57</sup> Fonte: Banco de dados do Poder Judiciário: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>58</sup> Fonte: pesquisa realizada pelo autor nos meses de junho e julho de 2.001.

<sup>59</sup> As ações distribuídas nos Juizados Especiais estão isentas das despesas processuais.

processos ajuizados<sup>60</sup>. Em Ponta Grossa, temos em trâmite no Juizado Especial 3.405 processos, foram proferidas nos últimos dois anos 5.939 sentenças de mérito e diversas, 14.435 despachos, 3.060 audiências, ouvidas 701 pessoas<sup>61</sup>.

k) Os juizados Especiais Cíveis e Criminais estão efetuando uma revolução no Poder Judiciário e podem ser tornar o grande marco da justiça brasileira na democratização do acesso aos Tribunais. à Exemplificando: No Estado de São Paulo os Juizados Especiais já atendem 50 % da demanda da Justiça à O Estado de São Paulo criou os Juizados Especiais Itinerantes, através de unidades móveis do Tribunal de Justiça, as quais se deslocam aos bairros mais distantes e com alta densidade populacional à O sucesso dos Juizados Especiais pode ser medido pelos seguintes dados: No de 1996 – ano de sua criação – foram distribuídos setenta mil (70.000) processos, no ano 2000 quatrocentos mil (400.000) processos no Estado de São Paulo<sup>62</sup> à No Paraná, o Juizado Especial Cível e Criminal também teve unidades móveis, mas somente se verificou na operação praias, no litoral paranaense.

## 6. Bibliografia

AGUSTINI, Camila. **Juizados Itinerantes: a democratização do acesso à Justiça**. Carta Maior: [www.catamaior.com.br](http://www.catamaior.com.br) – 11.07.2001.

ALEGRE, Carlos. **Acesso ao Direito e aos Tribunais**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 7.

BASSO, Maristela. **Alternativo-Extrajudicial de Solução de Conflitos de Interesses**. São Paulo; Revista dos Tribunais, v. 733, Nov/96, p. 11-23.

BRASIL. **Constituição Federal**. Curitiba: Juruá, 1999.

BRASIL. **Banco de dados do Poder Judiciário**. Supremo Tribunal Federal: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) -26.06.2001.

BRASIL. PNAD – **Pesquisa efetuada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no [IBGE] em 1988** - publicada no ano de 1990.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Demora Judiciária e Acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 715, Mai/95, p. 377-378.

BENJAMIN, Cesar ... [et. al.]. **A opção Brasileira**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1998.

CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CARNEIRO, ATHOS GUSMÃO. **Juizados de Pequenas Causa – Lei Estadual Receptiva**. Revista Ajuris, v. 33, Mar/85, p. 7-14.

CARRION, Eduardo K. M. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Síntese, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 13, 1997, p. 117-121.

CORTEZ, Antonio Celso Aguillar. **Acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 692, jun/93, p. 198-201.

<sup>60</sup> Fonte: Banco de dados do Poder Judiciário: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>61</sup> Fonte: Juizado Especial Cível da Comarca de Ponta Grossa – Estado do Paraná.

<sup>62</sup> AGUSTINI, Camila. Juizados Itinerantes: a democratização do acesso à justiça. São Paulo: carta maior, [www.cartamaior.com.br](http://www.cartamaior.com.br), 11.07.2001.

- COSTA, Lúcia Corte da. **O governo FHC e a reforma do Estado Brasileiro**. São Paulo: Programa de Estudos Pós-graduados em Economia da PUC-SP, Revista: Pesquisa & Debate, v. 11, 2000, p. 49-79.
- COSTA, Lúcia Corte da. **Uma discussão humanitária da Globalização**. São Paulo: Programa de Estudos Pós-graduados em Economia da PUC-SP, Revista: Pesquisa & Debate, v. 10, 1999, p. 30-54.
- DUARTE, Francisco Carlos; STONOGA, Andreza Cristina. **Acesso à Justiça, SFH e Contratos de Gaveta**. Curitiba: Juruá, Boletim Informativo Juruá nº 270, 11 a 20 de outubro de 2000.
- FARIA, José Eduardo ... [et. al.]. **Direito e Justiça: A função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1994.
- FELKER, Reginald D. H. **A reforma do judiciário na América Latina, o Direito do Trabalho e o papel da advocacia**. Jornal Síntese. Porto Alegre: Síntese, abr/2001, ano 4, nº 50.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Julex, v. I, 1ª ed., 1989.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **O acesso ao poder judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 686, dez/92, p. 19-34.
- FIORI, José Luís ... [et. al.]. **Poder e Dinheiro**. Petrópolis: Vozes, 1998.
- FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. **Pesquisa sobre o Poder Judiciário – Considerações Metodológicas**. Porto Alegre: Síntese, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, v. 1, 1998, p. 111-127.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.
- GAZETA DO POVO. Direitos & Deveres do Consumidor. Terça-feira, 1º de maio de 2001. **Valor da Perícia Judicial varia 378 %**.
- LACERDA, Galeno. **O Juiz e a Justiça no Brasil**. Revista Ajuris, vol. 53, Nov/91, p. 50-86.
- LAGRASTA NETO, Caetano. **Meios Alternativos: Uma interpretação política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 665, mar/91, p. 40-46.
- LIMA FILHO, Francisco das C. **Os movimentos de acesso à justiça nos diferentes períodos históricos**. Porto Alegre: São Paulo, CD ROM Juris Síntese, Nov/dez/2000, nº 26.
- LIPPMANN, Ernesto. **Assistência Judiciária – Obrigação do Estado na sua prestação – o Acesso dos carentes à justiça visto pelos Tribunais**. Porto Alegre: Síntese, CD ROM – Síntese Millennium nº 29, RJ nº 228, Out/96, p. 35.
- LOWEN, Cicilian Luiza. **Favelas: um aspecto da expansão urbana de Ponta Grossa - Pr**. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual Paulista, Campus Júlio de Mesquita. Rio Claro, 1990.
- MACHADO, Agapito. **Do acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 677, mar/92, p. 270-274.
- MARX, Karl; ENGELS Friedrich. **A ideologia Alemã**. São Paulo: Hucitec, 1991.
- MELLO, Celso. **49º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Pronunciamento feito na 41ª Seção Ordinária do Supremo Tribunal Federal, publicado no Diário da Justiça de 02.02.1998 – Publicada na ST nº 104 – Fev/98, p. 122, Poto Alegre: CD ROM – Juris Síntese Millennium nº 29.

- PINTO, Róbson Flores. **A Garantia Constitucional da Assistência Judiciária Estatal**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 03, p. 101.
- RAMOS, Glaucio Gumerato. **Assistência jurídica integral ao necessitado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 765, jul/99, p. 48-58.
- RAMOS FILHO, Wilson ... [et. al.]. **Direito e Neoliberalismo**. Curitiba: EDIBEJ, 1996.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **O foro universitário como instrumento efetivo de acesso à justiça e melhoria da qualidade do ensino jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 712, fev/95, p. 320-325.
- RODRIGUES, Luiz Fernando de Abreu. **O Espírito das Leis**. Tradução de L'esprit des lois de Montesquieu. Curitiba: Juruá, 2000.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.
- RT-INFORMA. **O braço social da justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano III, nº 13, maio/junho 2001, p. 4/5.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1997.
- SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SANTOS, Milton. **O espaço do cidadão**. São Paulo: Nobel, 5ª ed., 2000.
- SILVA, DE PLÁCIDO. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1978.
- SILVA, Karine de Souza. **Globalização e exclusão social**. Curitiba: Juruá, 2000.
- SILVA, Marcos Alves da. **O judiciário e o Estado Brasileiro: Poder, democracia e Estado de Direito**. Porto Alegre: Síntese, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 33, 2000, p. 225-239.
- SIQUEIRA, Aparecida da Silva. **Liberdade – Um princípio Constitucional**. Porto Alegre: Síntese. CD ROM – Juris Síntese nº 27.
- SIQUEIRA, Bruno Luiz Weiler. **Direito de acesso à justiça garantia de cidadania**. Porto Alegre: Síntese, CD ROM – Juris Síntese Millennium nº 29.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **A Garantia do Processo Legal**. Seleções Jurídicas COAD – ADV – 04/92, p. 29/35.
- TREVISAN, Zizi ... [et. al.]. **Questões de Cidadania**. São Paulo: Cliper, 1998.
- WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.
- WELFFORT, Francisco C. **Os clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 2001.
- ZAVASCHI, Teori Albino. **Direitos Fundamentais de Terceira Geração**. Porto Alegre: Síntese, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 15, 1998, p. 227-232.

# Algumas reflexões por ocasião dos 10 anos do MERCOSUL\*

*Dr. Agustín Espinosa-Lloveras\*\**

Os discretos festejos dos primeiros dez anos do Tratado de Assunção e a situação gerada a partir da recessão na Argentina, coincidiram para marcar uma etapa importante no processo de integração do MERCOSUL, que está sendo avalizada com extremo cuidado por parte dos governos dos quatro países e por nossas sociedades no conjunto.

Nos últimos meses as manchetes dos principais jornais do Brasil, Argentina e Uruguai, apresentavam uma visão apocalíptica do processo: “O fim de um sonho”, “Mercosul, uma morte anunciada”, etc.

O fato é que depois de quase sete anos de crescimento ininterrupto dos intercâmbios entre os quatro sócios e com um aumento na importância da participação nos mercados, ao final de 1998 se ingressou numa etapa de contração econômica. Esta contração teve origens extra-regionais e agravou-se pela desvalorização do real no Brasil no início de 1999. O novo alinhamento da paridade cambial, resultado de uma decisão da política econômica do Brasil, teve impacto nos fluxos comerciais e gerou a primeira crise de importância no processo.

Reconhecendo alguns destes problemas, se iniciaram tímidos trabalhos em matéria de seguimento da conjuntura e de coordenação de políticas macroeconômicas, os quais têm avançado consideravelmente nos últimos tempos.

Concomitantemente, com a reativação no Brasil no ano 2000, se trabalhou no que chamou-se a agenda de relançamento com o objetivo de dar novo impulso ao processo em todas as frentes e, em verdade, se alcançaram alguns progressos. Entretanto a situação na Argentina que todos conhecemos, tem provocado uma reversão grave no processo.

Esta situação regional, em especial devido a crise na Argentina e a desaceleração da atividade econômica no Brasil, apresenta hoje um importante obstáculo ao processo de integração, mais certamente não representa o fim do mesmo, nem seu congelamento.

Não vale a pena aqui enfatizar o estado atual do MERCOSUL que é conhecido por todos. Mas, é um fato, estamos frente à crise mais importante que nos toucou viver desde a sua criação. É difícil abstrair-se do “clima de crise”

---

\* Palestra proferida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, em 08 de agosto de 2001. De gravação e publicação autorizada pelo autor. As opiniões aqui defendidas, são pessoais e não refletem necessariamente as posições do Governo Uruguaio.

\*\* Embaixador do Uruguai. Professor da Faculdade de Direito de Montevidéo, (Licenciatura em Relações Exteriores)



que flutua hoje sobre o MERCOSUL, para avaliar os dez anos da sua existência, pois pode-se perder a objetividade na análise dos benefícios e, o que é mais grave, exagerar o pessimismo ao fazer previsões sobre o futuro do mesmo.

Tentando fazer uma avaliação objetiva, eu diria que, desde o ponto de vista econômico, existem razões para afirmar com convicção, que o MERCOSUL é um êxito. O MERCOSUL tem sido uma resposta para o problema de acesso ao mercado, quando o mercado internacional não estava gerando o acesso adequado a nossos exportadores, pelo menos nas condições atuais. Tem sido, também, um mecanismo para melhorar a competitividade de nossas economias, o que nos tem permitido uma melhor inserção no mercado internacional, apesar dos protecionismos ainda reinantes. Também tem gerado um impacto nas correntes diretas de investimentos estrangeiros, junto com os processos de abertura econômica e comercial que os quatro países tem levado adiante. Isto conduziu a um processo de modernização das economias dos quatro, algo que teria sido mais difícil de fazer isoladamente.

Como exemplo do que o MERCOSUL tem significado na economia do menor sócio que é meu país, desejo ressaltar que durante estes dez anos, a economia uruguaia cresceu quase 40% as exportações de bens e serviços aumentaram 80% e as importações 170%. No triênio 1988/1990, prévio à assinatura do Tratado de Assunção, Uruguai exportou 1.560 milhões de dólares anuais, e uma década depois houve um incremento superior a 50%. Se excluirmos o MERCOSUL, o crescimento das exportações teria alcançado somente 10%.

Outro elemento positivo é o fato de que as administrações e os negociadores dos quatro países começaram a trabalhar em conjunto e a se conhecer, num processo de aprendizado mútuo e na busca de objetivos comuns, o que também é de importância crucial num projeto de integração.

Não podemos esquecer que se negociaram importantes Acordos de Associação que vinculam o Chile e a Bolívia ao MERCOSUL. Paralelamente se iniciou um processo similar com a CAN e com o México. Nesse sentido, o MERCOSUL tem sido, e continua sendo um fator dinamizador da integração latino-americana.

Estimamos que estas são respostas importantes, que tiveram um impacto profundo nos quatro países e que devem ser preservados neste momento de crise e revisão.

Neste aspecto, quero deter-me brevemente no caráter essencial do MERCOSUL, como um projeto de elevado sentido histórico, político e estratégico, entre quatro nações do Cone Sul. Como tal, o Tratado de Assunção consagra em primeiro lugar, um esquema de cooperação entre seus sócios com o objetivo final de alcançar um grau importante de integração, depois da recuperação da democracia na região. Para alcançar esse objetivo, foram criadas instituições e adotados mecanismos jurídicos de solução de controvérsias, acordos, nesta etapa, com a cooperação entre os Estados, mais que os próprios de um esquema de integração purista e abstrato. Conseqüentemente, a composição dos órgãos está nas mãos dos Governos, as denúncias são implantadas pelos mesmos e, fundamentalmente, o controle de seu cumprimento corresponde também eles. Tudo isso não é, em nossa opinião, depois destes 10 primeiros anos, uma deficiência do sistema, senão conseqüência de uma etapa na evolução de um processo de cooperação política entre Estados, na direção de um processo de integração econômica mais ambicioso.

É por isso que acreditamos que é bom que a integração governamental entre os sócios se produza assim de cada Governo tenha priorizado os seus próprios interesses e os de seus setores produtivos e sociais, pela necessidade comum de aperfeiçoar a união

aduaneira. E se é verdade que a última nem sempre coincide com os primeiros, entendemos que não há outra forma de avançar no processo, levando em conta a gênese do mesmo, o marco histórico-político no qual está crescendo e as conjunturas internas de cada sócio. Forçar este mecanismo é tão estéril quando impensável.

Desejo enfatizar que a integração não pode ser considerada desde um ponto de vista estritamente comercial ou de produtos, é muito mais importante que isto.

Neste sentido, eu quero lembrar a vocês que em matéria de infra-estrutura e serviços, estamos assistindo a um processo extraordinário na região, nos basta pensar nos temas de integração energética que têm e terão um enorme impacto na vida diária de todos os habitantes e na atividade econômica em geral. Fica, entretanto, muito para ser feito nesta área, para enfrentar melhor a crise como a energética que hoje afeta o Brasil.

Finalmente, desde o ponto de vista político, não temos que esquecer que o MERCOSUL tem servido também de firme âncora ao processo democrático na região, impedindo desbordes e situações que poderiam ter levado, em alguns casos, à ruptura institucional. Somente a instituição da chamada cláusula democrática, por si só, justificaria todo o processo e todos os esforços empreendidos até agora.

Em resumo, um processo de integração desta envergadura não se pode dar em forma totalmente harmoniosa sem discussões ou problemas. O processo da União Européia é um exemplo disto. Não é possível pensar que não existam problemas.

A situação da Argentina, no entanto, apresenta um giro no processo provavelmente em outra direção, ao menos temporariamente, e requererá um grande esforço para determinar para onde se dirige o bloco, como eu já disse antes.

Faremos agora algumas reflexões sobre as novas definições que o processo exige para

encontrar novamente seu sentido estratégico.

Em primeiro lugar, nos referiremos aos aspectos jurídicos e institucionais, tão discutidos e questionados.

A questão jurídica continua sendo o grande desafio. Mas não esqueçamos que o processo de integração, seja qual for o modelo escolhido, é uma sucessão de providências jurídicas, na medida que a vontade política esteja acorde com as limitações dos ordenamentos normativos nacionais. Os Estados Parte podem refletir sobre a conveniência ou não, de dotar-se de órgãos supranacionais ou intergovernamentais, sem optar necessariamente o exclusivamente por uma ou outra hipótese.

Porém segundo nossa opinião, o grande desafio jurídico do MERCOSUL como processo de integração, continua sendo ainda o regime de incorporação do acervo normativo, seja o que diz respeito à produção do MERCOSUL seja respeito da elaboração de documentos jurídicos entre os Estados Parte.

Com certeza, o regime dualista da incorporação de normas previsto nas Constituições nacionais dos Estados Parte, revela, no estado atual, uma grande apreensão, porque cria um descompasso muito grande entre a elaboração da norma MERCOSUL e sua validade e eficácia no plano interno de cada país.

Nesse sentido, a questão contempla a seguinte ordem de preocupação: a primeira, no plano da reciprocidade de direitos e obrigações, enquanto a norma não esteja vigente concomitantemente em todos os Estados Parte; e a segunda, com relação à obrigatoriedade de sua observância no plano interno e internacional.

Paraguai e Argentina, em suas reformas constitucionais de 1992 e 1994, já deram esse grande passo, sem poder, contudo, resolver o problema de forma definitiva.

Em síntese esta salto qualitativo deve ser estimulado no plano interno de cada país, porque o eixo da discussão não está no plano das relações internacionais senão especial e principalmente, no terreno constitucional. Em outras palavras, o futuro do marco institucional do MERCOSUL começando pelo regime de incorporação de normas, não é uma questão que possa ser resolvida à luz da experiência de outros modelos de integração ou da Convenção de Viena de Direito dos Tratados, senão do Direito Constitucional de cada Estado Parte.

Em resumo, o momento histórico para a renúncia parcial das soberanias nacionais no MERCOSUL não chegou ainda. Um lento, porém seguro, avanço do processo de integração, baseado, como dizia o Chanceler Lafer, na “criação de confiança” entre seus membros (confidence building), é a única via legítima para lograr esses câmbios culturais necessários em cada sócio, que se traduzirão progressivamente num trânsito natural, desde a reforma de nossas constituições no que tem a ver com a internação dos acordos internacionais, até alguma forma com características supranacionais – que todos achamos necessária – mas que não é, hoje, condição *sine qua non* para a conformação de um processo de integração econômica, senão uma condição para seu aperfeiçoamento.

Finalmente, não esqueçamos que em 1991, se desenhou um Tratado de Assunção que não foi concebido como um texto fechado e concluso.

Ao contrário, foi concebido como um tratado preliminar, que organiza uma estrutura institucional e orgânica provisória e deixa aberto o caminho para seu aperfeiçoamento e desenvolvimento. Este aperfeiçoamento, que também inclui o progresso institucional, será o resultado também dessa “cultura da integração” dos Estados Parte, que não admite modelos nem pressões, além das que determinam suas próprias experiências vividas no decorrer da

administração de um processo tão dramático – no bom sentido da expressão – como é o da cooperação e da integração regional, a partir do isolamento e a desconfiança recíproca. Porque não devemos esquecer que essa era a situação dos nossos países até fins da década de oitenta.

Essa “cultura da integração” de que eu falava passa pela substituição de políticas nacionais por políticas compartilhadas, e esse processo não é obra de negociadores diplomáticos unicamente, senão de todos os atores da sociedade civil: acadêmicos, parlamentares, formadores de opinião, de cada um de nós.

Nesse sentido, enfatizar na educação e na cultura dos cidadãos do MERCOSUR, é uma tarefa prioritária. Sempre lembro do que dizia Maurice Schumann referindo-se à construção européia. da qual foi um dos artífices: “Si eu tivesse que começar de novo, começaria pela educação e a cultura”.

– Outro aspecto importante a encarar seriamente é o da coordenação macroeconômica. Destaco este ponto porque nesta etapa os problemas macroeconômicos tem provocado um grave impacto sobre o processo comercial deteriorando sua marcha e impedindo de avançar nos aspectos de coordenação macroeconômica que no futuro derivariam, talvez, na criação de uma moeda comum. Existem contradições internas entre os quatro devido aos instrumentos utilizados, que dificultam seriamente o avanço neste ponto.

A necessidade de arbitrar mecanismos de controle monetário entre os sócios é uma responsabilidade urgente e iniludível. Hoje, os instrumentos cambiais aplicados por alguns sócios constituem barreiras ao comércio intra-zona, impossíveis de franquear.

– Finalmente, assinalo algumas outras definições urgentes que, no meu ponto de vista, requer o MERCOSUL.

– Em primeiro lugar, destaco que, para um país menor como o Uruguai, os problemas existentes, hoje, no acesso ao mercado para uma produção pouco diversificada e voltada à exportação, não estão justificando o esforço de ajuste realizado que, vele recordar, foi muito importante e com um elevado custo político.

– Em segundo lugar, a falta de regulamentações adequadas em matéria de políticas públicas, que distorsionam a competência e os regimes de incentivos existentes, mais os problemas de acesso ao mercado já mencionados, geram desequilíbrios nas correntes de investimentos entre os quatro, que dificultam enormemente o processo, ao gerar percepções negativas sobre a distribuição dos benefícios do mesmo.

– Em terceiro lugar temos que incentivar muito mais os investimentos intra MERCOSUL e integrar as cadeias produtivas entre os quatro parceiros.

– Em quarto lugar, a nova etapa requererá definições, imaginação e capacidade de liderança, em particular da economia mais importante, devendo-se responder a novas e importantes perguntas: Qual será a direção do novo processo? Manterá-se o objetivo de UA ou se preferirá trabalhar sobre uma ZLC? Como se ajustarão as instituições a este novo conceito ou objetivo? Como se trabalhará na negociação com outros blocos? Isto implicará numa posição debilitada frente ao ALCA? Como se enfrentará a negociação com a União Européia no único mecanismo bloco a bloco existente? A urgência da agenda externa do MERCOSUL, obriga a adotar decisões nesta área, onde nosso processo tem gerado uma “imagem de marca” no mundo.

A Cúpula de Assunção realizada no 22 de junho passado, foi um encontro importante e deu resposta a várias destas questões. Nela os Presidentes do MERCOSUL reafirmaram seu compromisso com a construção do Mercado Comum do Sul e a importância do processo como um instrumento essencial para promover a

democracia representativa, o desenvolvimento econômico e a equidade social na região significando na história recente, a mais importante definição estratégica dos quatro países.

Ao mesmo tempo a reunião de Cúpula de Assunção foi uma demonstração de pragmatismo. Reconhecendo os problemas conjunturais e os estruturais que o processo está enfrentando conseguiu ter a flexibilidade necessária para incorporar estes problemas e ir administrando-os. A flexibilidade num processo de integração desta natureza é um elemento essencial. Sem flexibilidade este tipo de processo não pode adaptar-se às circunstâncias cambiantes e voláteis e por tanto não está em condições de absorver e resolver os desafios. Um elemento crucial é a revisão do Arancel Externo Comum do MERCOSUL e nesta reunião deu-se um impulso fundamental a estes trabalhos no sentido de que é um instrumento que deve adequar-se permanentemente às necessidades da inserção competitiva do bloco e dos quatro países no mercado internacional.

Outro elemento relevante do processo foi a implementação das primeiras iniciativas em matéria de infraestrutura originadas da Reunião de Presidentes da América do Sul em agosto de 2000 com o lançamento formal do Eixo de Integração MERCOSUL – Chile, tema que os quatro presidentes mencionam especificamente no Comunicado Conjunto emanado da Cúpula.

Um dos elementos mais importantes resultante dessa Cúpula refere-se ao relacionamento externo do MERCOSUL. Em primeiro lugar deve-se destacar a decisão de iniciar contatos com os EE.UU para explorar a possibilidade de um Acordo 4 + 1, no marco do chamado Rose Garden Agreement. Esta é uma iniciativa de grande importância porque permite reativar este acordo marco e explorar com os EEUU a possibilidade de chegar a um Acordo de Livre Comércio que confirmaria o MERCOSUL como o primeiro interlocutor dos EEUU na América.

Neste sentido se decidiu conceder um mandato à Presidência Pro Tempore do MERCOSUR, agora exercida pelo Uruguai, para convocar o Conselho Consultivo sobre Comércio e Investimentos previsto no Artigo 1 do Acordo assinado entre os Estados Partes do MERCOSUL e o Governo dos Estados Unidos da América, em 19 de junho de 1991, com o objetivo de examinar a possibilidade de iniciar negociações bilaterais no formato 4 + 1, dirigidas a melhorar o acesso a mercados. Outrossim, decidiu-se organizar um Grupo Negociador integrado por um negociador em tempo integral de cada Estado Parte e presidido por um coordenador, mecanismo inédito até o presente no MERCOSUL.

É também necessário destacar a importância da reunião MERCOSUL – União Européia realizada em Montevideu em julho passado. Nesta reunião a UE deu um passo substancial para o processo negociador entre ambos blocos, com a apresentação de uma oferta de acesso a mercado que abrange todo o universo de produtos, incluindo os produtos agrícolas. O significado da apresentação desta oferta vai além da negociação porque é feita num momento de crise muito séria na Argentina e consequentemente representa um gesto de respaldo político ao processo de grande importância, porque o MERCOSUL deve negociar com a UE como bloco. A apresentação desta oferta, para a qual o MERCOSUL deverá dar resposta no máximo até o mês de outubro, adianta consideravelmente o processo de negociação, levando-o inclusive a uma etapa mais avançada que a do próprio ALCA.

Um último ponto vinculado com a situação da Tarifa Externa Comum após a Cúpula de Assunção. Como é de conhecimento, posterior à Resolução nro. 258 da Argentina reduzindo a tarifa para bens de capital e outros produtos, Paraguai também realizou modificações na TEC (aumento 10% incluído comércio intra MERCOSUL) e Uruguai aumentou a taxa estatística para 3% incluindo o

comércio intra comunitário. No final de julho Brasil decidiu reduzir as tarifas para mais de 540 posições arancelarias no setor químico e farmacêutico. Considerando estas medidas, os quatro Presidentes do MERCOSUL, reunidos em forma extraordinária em Lima (por ocasião da posse do Presidente Toledo), deram novamente uma demonstração de pragmatismo aprovando as modificações realizadas em forma unilateral na TEC até agora e decidindo que no futuro nenhuma modificação poderá ser feita em forma unilateral.

Como reflexão final, diria que os processos de integração passam, durante sua evolução, por problemas externos e internos que afetam seus desdobramentos naturais. Foi assim na Europa, especialmente na década dos anos sessenta, e está sendo assim no MERCOSUL hoje, como foi há três anos atrás. Seria surpreendente se o MERCOSUL hoje não apresentasse sinais de fadiga, pela combinação das crises financeiras com os problemas naturais da consolidação e aprofundamento do processo negociador. Quando surgem essas dificuldades, como as que afetaram o Brasil em 1998, ou a Argentina este ano, as contradições que sempre existiram, entre as medidas de política econômica, sejam de índole monetária, fiscal ou tarifária, adotadas em conjunto pelo MERCOSUL, passam a ter uma visibilidade maior. Esta realidade faz aumentar, no exterior e em círculos domésticos também, as incertezas em quanto ao futuro e inclusive à sobrevivência do que, acredito ainda, é hoje a ação com mais êxito da política externa de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Frente à vitalidade que o Embaixador do Rego Barros chamara dos “anos mágicos do MERCOSUL” entre 1991 e 1998, tem que se entender o desencanto dos últimos três anos. Isto somente pode superar-se com crescimento, porque somente o crescimento produzirá um câmbio na opinião pública e no empresariado. Como dizia outro grande diplomata brasileiro, o Embaixador Rubens Barbosa, para enfrentar as

crises do MERCOSUL, é preciso mais MERCOSUL. Eu falaria de mais e melhor MERCOSUL. E isto é o que provoca a tentação de buscar o crescimento fora de um MERCOSUL, hoje quase fora dos trilhos. Se não há crescimento aqui, vamos busca-lo noutra lugar. Aí aparece o sonho da ALGA e, como diz do Rego Barros, quando se compara uma realidade com um sonho, é o sonho que termina ganhando. Mais acredito que é melhor enfrentar a realidade ... e sonhar menos....

Hoje, nós que vivemos este processo desde seu nascimento, nos encontramos afortunadamente, numa postura que expressa uma dicotomia entre fidelidade e crítica, de oposição entre um cego dogmatismo e um necessário pragmatismo realista, de confrontação de ilusões exageradas, com a necessária assimilação de verdades objetivas. E por isso que acredito que este é um bom momento para redefinir o MERCOSUL.

E não tenho encontrado melhor redefinição que a proposta recentemente pelo Chanceler Celso Lafer num artigo de imprensa, com motivo de comemorar os 10 anos do MERCOSUL.

Diz o Chanceler que o MERCOSUL é “um espaço de paz e segurança para a construção consensual e a aplicação de normas jurídicas de solução de conflitos e promotoras de cooperação”. Repito: “um espaço...”

Com esta definição voltamos ao espírito do Preâmbulo do Tratado de Assunção, tão esquecido mais tão vigente. E conveniente

recordar alguns elementos aí recolhidos, que são a essência do processo de integração, tais como: que “a integração constitui condição fundamental para acelerar (nossos) processos de desenvolvimento econômico com justiça social”; que “esse objetivo deve ser alcançado... preservando o meio ambiente, o melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconômicas e da complementação dos diferentes setores da economia”; a “necessidade de promover o desenvolvimento científico e tecnológico dos Estados Partes, ... a fim de melhorar as condições de vida de seus habitantes”; e, finalmente, deixar estabelecidas as bases para uma união cada vez mais estreita entre seus povos”.

Este MERCOSUL que se vislumbrava no Preâmbulo do Tratado de Assunção é o MERCOSUL que temos hoje que resgatar, sobretudo porque as novas gerações necessitam desses ideais para acreditar nos processos de integração. Os jovens creio que não se enamoram de uma alíquota tarifária, necessitam crer em algo mais, por isso o componente ético deve ser a base de um futuro onde democracia, desenvolvimento econômico e justiça social, sejam os pilares fundamentais de nossas sociedades.

Temos, portanto, senhores e senhoras, que seguir trabalhando. Todos os dias, como há 10 anos, para tornar realidade o único que é importante em todo este processo, que são estes objetivos enunciados no Preâmbulo do Tratado de Assunção.

Muito obrigado.

**EMENTA:**  
**“Tribunal de Justiça - Quinto  
Constitucional - Composição - Acesso  
dos Juizes Classistas do Tribunal de  
Alçada ao Tribunal de Justiça”**

*Dr. Carlos Thompson Flores*

Ministro aposentado e ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal

**Obs.:** O presente parecer foi acolhido pelo Plenário do TJ/RS, em aresto que se encontra publicado na RJTJRS, 110/209.

**P A R E C E R**

Para o devido exame das questões de direito suscitadas na consulta, impõe-se, primeiramente, a segura reconstituição dos fatos, para, após, em busca da correta solução, verificar as normas jurídicas que sobre eles incidem.

Faço-o à vista das xerocópias extraídas dos autos e de documentos outros a eles relacionados.

**I - OS FATOS**

Assim os descreve a petição inicial da ação de mandado de segurança ajuizada perante o Egrégio Tribunal de Justiça, em 30 de setembro último, pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio Grande do Sul, por seu Presidente:

*“Aposentando-se, a pedido, o Desembargador Werter R. Faria (cfe. ato publicado no Diário Oficial de 05 de setembro/83, p. 12), que ingressara no Tribunal de Justiça em lugar do quinto reservado a advogado, reuniu-se o colendo Tribunal Pleno, em Órgão Especial, no dia 26-9-83, para, entre outros assuntos, dar cumprimento ao que prescreve o artigo 13, VI, do Código de Organização Judiciária do Estado.*

*Elaborada a lista, nela foram incluídos os Doutores Ernani Graeff, José Maria Rosa Tesheiner e Luiz Fernando Borges da Fonseca, todos íntimos e honrados juizes do Tribunal de Alçada do Estado. Embora para lá tenham sido conduzidos na condição de advogados, tais indicações, atualmente, profligaram direito líquido*

e certo de todos os advogados no efetivo exercício da profissão, eis que para preencher lugar a estes reservado, no Tribunal de Justiça, as escolhas recaíram em nomes de magistrados. Esses nomes, e tão somente esses, serão submetidos ao Governador do Estado, que condicionado restará a nomear um deles para o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado.

Com efeito. Entende a impetrante que, assim deliberando, o Colendo Tribunal Pleno, em Órgão Especial, ofendeu direito individual de cada um dos integrantes da classe, cujos interesses gerais representa por força da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963. E ofendeu por contrariar o que dispõe o artigo 100 da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, combinado com o artigo 144, IV, da Constituição Federal, e mais os artigos 46, § 1º, do Código de Organização Judiciária do Estado (Lei Estadual nº 7.356, de 1º-02-80) e 130, § 2º, da Carta estadual.”

## II - O DIREITO

### A) DO PROCEDIMENTO JUDICIAL

1. Cuidou o pedido, inicialmente, de justificar a **cabência** da pretensão, afirmando, verbis:

“Excluída a classe dos advogados da lista composta, perpetrada está a lesão do direito subjetivo de todos os advogados no exercício efetivo da profissão, de nela se verem nominados, a si ou a seus pares.”

E, argumentando que a nomeação decorre de ato complexo, do qual participam os

Poderes Judiciário e Executivo, dispensável se tornava, para a invocação da lesão, que ela, a nomeação, se verificasse, eis que já se consumara, com a própria fatura da lista, à qual teria de se ater o Executivo, para o efeito da escolha.

2. Sustentou a inicial, após, a legitimidade ativa da Ordem dos Advogados, invocando em seu prol a Lei nº 4.215, de 27-4-1963 - art. 1º, parágrafo único, e art. 20.

Dizem eles, respectivamente:

“Art. 1º. (...)”

*Parágrafo único. Cabe à Ordem representar, em juízo e fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais relacionados com o exercício da profissão.*

*Art. 20. À Secção incumbe exercer, no território respectivo, as funções e atribuições da Ordem dos Advogados do Brasil.”*

3. No pertinente ao **mérito**, longamente sustentou sua procedência. Operou, especialmente com o art. 144, IV, da Constituição Federal, e art. 100, da Lei Complementar nº 35, de 14-3-1979.

Dizem ditos preceitos, respectivamente:

“Art. 144. (...)”

*IV - na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Os lugares reservados a membros do Ministério Público ou advogados, serão preenchidos, respectivamente, por membros do*

*Ministério Público ou advogados, indicados em lista tríplice;*

*Art. 100. Na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense.”*

Invocou, por último, tanto no que concerne às prejudiciais, quanto ao merecimento, opinião de autores, e julgados, estes do Egrégio Supremo Tribunal Federal, com indicações que precisa.

Postulou, outrossim, concessão de liminares.

4. Distribuído o feito, indeferiu-as seu eminente Relator, solicitando informações, e determinando a citação dos litisconsortes necessários, os juizes cujos nomes integraram a lista tríplice acoimada de ilegal.

5. Em longo e fundamentado ofício, prestou o eminente Presidente do Tribunal de Justiça as informações solicitadas pelo nobre Relator. Invocando tratadistas e comentando julgados do Supremo Tribunal, conclui que o ato impugnado não padece do vício apontado pela impetrante.

6. Em 26 de outubro último, pediram intervenção na causa 22 juizes do Tribunal de Alçada, todos oriundos da magistratura. Fizeram-no como terceiros interessados, fundados no art. 50 do C.P.C., e com o propósito de verem mantido o ato impugnado.

Como as informações, negam eles a existência de qualquer vício que pudesse tornar ilegal o ato em questão. Trazem, em abono de sua larga fundamentação, opiniões de juristas

e julgados do Supremo Tribunal Federal, dos quais destacam fragmentos de votos, sobre os quais tecem comentários. Terminam postulando seja indeferido o **mandamus**.

7. A essa altura processual, é que ditos assistentes formulam a presente consulta.

## B) DO DESLINDE DA CONTROVÉRSIA

### 1 - Das prejudiciais

**1.1** - Posto que o ato administrativo emane do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, que faz as vezes de seu Plenário, nos termos do inc. V do art. 144 da Constituição, cabe a ele a competência originária para julgar o mandado de segurança presente, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, extratificada em sua Súmula 330, e aplicação posterior (MS 20.051-MG, Rel. Min. Bilac Pinto, Pleno, 22-4-76; MS 19.994-PR, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, Pleno, 14-8-74, in RTJ, 70/645-6).

**1.2** - No que tange à **legitimidade ativa** da Ordem dos Advogados para a impetração da segurança, tenho que as disposições específicas de seu Estatuto — Lei nº 4.215/63 — antes transcritas, arrebatarem qualquer dúvida a respeito, conferindo-lhe absoluta **legitimatio ad causam**. Neste sentido, ademais, é a jurisprudência do Supremo (RTJ, 89/396-418; RDA, 144/78-85).

**1.3** - Por último, no que respeita às prejudiciais, considero **cabível, em tese**, o procedimento judicial do qual se serviu a requerente.

Ainda que a nomeação de desembargador, integrante do quinto, deflúa de ato complexo, não se faz mister sua finalização para o uso da medida judicial. É bastante que, qualquer de seus componentes, importe, por si, em lesão. E, no caso, a ilegalidade assentaria na elaboração da lista integrada por **juizes**, e não

por advogados, em efetivo exercício da profissão, lista essa a qual se teria de ater o Governador para o efeito da escolha e nomeação. Arrima-se, assim, o remédio usado no art. 1º da Lei nº 1.533/1951, com o sentido e alcance que se lhe tem atribuído.

1.4 - Acrescente-se, a derradeiro, que legítima é a intervenção dos juízes oriundos da carreira. Seu interesse é manifesto para que prevaleça o ato impugnado, pois, do contrário, iriam os integrantes da lista, que não se originaram, como eles, da carreira, prejudicá-los no acesso ao Tribunal de Justiça, fim a que todos almejam. Ampara-se, pois, seu pedido, no art. 19 da citada Lei nº 1.533, combinado com o art. 50 do C.P.C.

## 2 - Do mérito

2.1 - O longo e bem deduzido pedido formulado pela impetrante assenta, por inteiro, em dois dispositivos: o art. 144, IV, da Constituição e o art. 100, caput, da Lei Complementar nº 35, de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), ambos anteriormente transcritos.

Operando com eles, e com o julgado proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, na Representação nº 1.006-RJ, tomado por maioria de votos (RTJ 92/460-84), considera que a lista tríplice, elaborada pelo Cdo. Tribunal de Justiça, por seu Órgão Especial, para o provimento de vaga na Corte em questão, reservada aos advogados, em efetivo exercício da profissão, por conter, apenas, nomes de juízes, posto que oriundos da mesma classe, violou direito líquido e certo, assegurado por aqueles preceitos, não podendo, conseqüentemente, prevalecer.

2.2 - Penso, **data venia**, não assistir razão à requerente como o demonstraram as informações prestadas pelo nobre Presidente do Tribunal de Justiça, robustecidas pelos

fundamentos aduzidos pelos assistentes, através da petição que formularam seus ilustres patronos.

2.3 - O relevante tema constitucional, como é sabido, não se oferece novo, e foi, exaustivamente, examinado pela Suprema Corte, nos julgamentos das Representações nºs 879-RS e 881-MG, das quais foram relatores, respectivamente, os eminentes Ministros Antonio Neder e Djaci Falcão, publicadas na RTJ, 67/630-46 e 66/631-58.

Para o julgamento de ambas concorri com o meu voto. Pela relevância da questão constitucional então debatida — composição dos Tribunais — fora de meus hábitos, amante da concisão, longamente fundamentei minha convicção. Mantive-me fiel a esses votos, posteriormente, no julgamento da referida Representação nº 1.006, da qual foi relator o eminente Ministro Leitão de Abreu. Formei, então, com os nobres Ministros Soares Muñoz, Djaci Falcão e Antonio Neder, a corrente que se tornou vencida.

Hoje, passados mais de quatro anos, meu convencimento persevera, talvez mais robustecido, **data venia**, através de novas leituras e mais serena meditação.

### 2.4 - Realmente.

No julgamento, em conjunto, das Representações nºs 879-RS e 881-MG, em sessão de 13-12-1972, há um voto que classifiquei, então, de **depoimento histórico**, sem prejuízo de seu alto valor jurídico que lhe atribuí, o qual jamais poderia olvidar. Refiro-me àquele que proferiu, naquela memorável sessão, o eminente e saudoso Ministro Rodrigues Alckmin.

S. Exa., com a clareza e precisão que lhe eram peculiares, mostrou as três soluções que se apresentaram ao Tribunal de Justiça, no longínquo ano de 1950, para conceituação do Tribunal de Alçada, o qual a Constituição de 1946 instituía por proposta do então

Desembargador Mário Guimarães, seu Presidente.

Limitara-se aquele Estatuto a dispor, em seu art. 124, II, **verbis**:

*"Poderão ser criados tribunais de alçada inferior à dos Tribunais de Justiça" (Rev. For., 108/192)*

Antes de mais nada, carecia-se de Lei Estadual, provendo sobre criação do Tribunal.

Autorizado pelo T.J., encarregou-se do anteprojeto o saudoso Desembargador Percival de Oliveira. Aprovado pela Corte, e encaminhado à Assembléia Legislativa, originou a Lei nº 1.162, de 31 de julho de 1951 (José Frederico Marques — A Reforma do Poder Judiciário, 1979, 1º vol. p. 387, notas 3 e 4).

Impendia, além de providências outras, cuidar de sua composição originária e das condições de acesso de seus componentes ao Tribunal de Justiça.

E, justificadamente, o douto Ministro, analisou as três soluções apresentadas e a opção por aquela que veio a ser acolhida, a qual, decorridos, então, vinte e um anos de constante aplicação, produziram os melhores resultados, agradando, ademais, a gregos e troianos, juízes de carreira, advogados e membros do Ministério Público (RTJ, 66/647-9).

Essa foi, também, a orientação tomada pelo Eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não só no caso objeto da Representação, antes citada, como na que veio a originar o ato, impugnado no mandado de segurança em comentário, e a cuja orientação aderiu a totalidade dos juízes de carreira do Tribunal de Alçada, ora assistentes do procedimento judicial em questão.

2.4.1 - Considero, como aqui reproduzidos os fundamentos que constam naqueles decisórios, aos quais me reporte, ao votar no julgamento da Representação nº 1.006-

RJ, em sessão plenária de 10-5-1979 (RTJ, 92/483-4).

Permito-me transcrever, em parte, a ementa da primeira delas - Representação nº 879-RS, **verbis**:

*"... Os juízes que, no Tribunal de Alçada, integram o quinto que a C. F. reserva a advogados ou membros do M.P., poderão concorrer, a critério do Tribunal de Justiça, ao preenchimento de vaga da mesma natureza que se verifique nesse último Tribunal" (RTJ, 67/630)."*

2.4.2 - De fato, os advogados como os membros do Ministério Público que ingressam nos Tribunais de Alçada, para comporem o quinto que lhes é reservado, na totalidade de seus juízes, embora desfrutando, desde a posse, das garantias atribuídas aos magistrados, jamais, em tempo algum, se desvinculam, por inteiro, da classe profissional de onde provieram. E isto, pela razão mesma que justifica sua presença nas Cortes em questão.

Tanto é certa essa afirmação que, ao vagarem suas cátedras, por qualquer motivo, são elas preenchidas por profissionais da mesma procedência. Nem poderia ser tal provimento procedido através de critério outro, pois que, se assim ocorresse, teriam eles que competir com os juízes profissionais, os quais integram a carreira de magistrados, da qual são aqueles, os classistas, inteiramente estranhos, como os conceitua Pontes de Miranda (Coments. à Constituição de 1934, II, p. 18; Coments. à Constituição de 1967, Emenda 1/69, IV, p. 320).

Admitir tal competição, como, implicitamente, sustenta a requerente do mandamus, importaria em dupla contrariedade à Constituição.

De um lado, afetaria a carreira dos magistrados, uma de suas proeminentes garantias, disciplinada que é, de forma rígida e

exaustiva, na Constituição - art. 144, I, II e III - com o ingresso de profissionais a ela estranhos, sem satisfazerem as exigências para nela se integrarem.

A propósito, e versando sobre funcionários públicos comuns, preleciona Hely Lopes Meireles, em seu Direito Administrativo Brasileiro, 7. ed., 1979, p. 390:

*“Cargo de carreira é o que se escalona em classes, para acesso privativo de seus titulares, até o da mais alta hierarquia profissional” (Os últimos grifos são nossos).*

De outra parte, a adoção do critério propugnado pela impetrante viria fraudar a própria composição do Tribunal de Justiça: dilatária o quinto reservado aos classistas, o qual não seria mais um quinto, reduzindo, em prejuízo dos juízes da magistratura de carreira, como a Constituição os qualifica (art. 144, I — o ingresso na magistratura de carreira...), a cota dos quatro quintos que lhes é privativa, e cuja integração a eles cabe, pelas duas únicas vias de acesso: antigüidade de classe e merecimento, como manda, ainda, a Constituição (art. 144, III).

Com clareza, preleciona Castro Nunes (Teoria e Prática do Poder Judiciário, p. 489):

*“...Os dois critérios estão no preceito constitucional indicados paritariamente, “ (...) mediante promoção por antigüidade e por merecimento”, não podendo o legislador local adotar fórmula que importe sua fraudeção.”*

Essão de Mário Guimarães estas expressivas palavras (O Juiz e a Função Jurisdicional, p. 120):

*“A Constituição prescreveu os dois meios únicos pelos quais pode ser conseguida a promoção: antigüidade ou merecimento. Não é lícito aos Estados, nem mesmo às leis federais criar um terceiro” (o grifo é nosso).*

Afirmando os mesmos princípios, decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em sessão plenária, em 04-01-1956, o R.M.S. nº 3.075-MG, do qual foi relator o eminente Min. Nelson Hungria (Rev. For., 167/136-9).

**2.4.3** - Nem se pretenda considerar que ditos juízes classistas se incorporem à carreira, como forma única de não se quedarem no cargo em que foram investidos.

Quando a Constituição aceita a integração na carreira, em grau qualificado, por terceiro a ela estranho, por se tratar de exceção, ela o faz expressamente.

É o que se lê, no pertinente ao magistério, de grau médio e superior, por seu art. 176, § 3, VI

Com respeito à magistratura de carreira, nem no acesso aos tribunais, ela, a Constituição, concede este desvio, porque, se o quisesse fazer, o teria expressado, o que não sucedeu.

Demais, o mal do estacionamento dos juízes classistas no Tribunal de Alçada pode inexistir, pois admite-se tenham ingresso no Tribunal Superior, porém para a mesma classe de onde se originaram.

A oportunidade, dirá o Tribunal de Justiça, e dependerá, como é óbvio, das qualidades que revelarem ditos Juízes no desempenho de sua atividade funcional.

Não se trata, evidentemente, de promoção, em seu sentido próprio, o que importaria no reconhecimento de um direito que é imanente à carreira.

Antes, cuida-se de mera expectativa, cuja concretização, como se afirmou atrás, irá depender dos próprios juízes classistas, no desempenho de sua atividade com a origem profissional, segundo o critério que, nessa apreciação, venha a fazer o Tribunal Superior, quando se tratar de vaga nele ocorrida, e na mesma classe.

Certo não usará o Tribunal em questão do mesmo critério adotado para apreciar o merecimento dos juízes da carreira, mas do juízo que venha a formar, no que concerne a eles, dos predicamentos que conservam de sua origem profissional, os quais é que conduzirão seus julgamentos na apreciação das questões que lhes forem afetas, no considerarem os fatos, e na adoção dos princípios jurídicos que sobre eles venham a incidir.

A propósito, relembrei, nos votos que proferi nas Representações 879 e 881, como guardavam os Desembargadores classistas do Tribunal de Justiça deste Estado, a marca de sua procedência profissional, a qual era a razão mesma de sua especial participação nos julgamentos da Corte.

Com propriedade, salientou, então, o eminente Ministro Eloy da Rocha:

*“O ilustre Procurador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (tratava-se do Prof. Paulo Brossard de Souza Pinto), na Rp. 879, fez interessante observação sobre a experiência do advogado, que o juiz não perde, porque, si a perdesse, no convívio com outros juízes, as qualidades que o indicaram para o Tribunal, não haveria mais razão para sua permanência no Tribunal” (RTJ, 67/645).*

Outrossim, a origem dos juízes em questão é a eles inerente e de forma indissociável, desde o seu ingresso nos Colegiados, até ultimarem sua judicatura. Jamais poderão eles, por qualquer maneira, transpor os lugares que lhes foram reservados, em percentagem certa, para ocuparem os dos outros, os da carreira, e cuja fração determinada, também, não pode ser alterada.

Este foi, ademais, o entendimento constante que a tais juízes deram os tribunais, desde 1934, quando a Constituição tornou

obrigatória sua integração nas Cortes locais, como o informam Mário Guimarães e Castro Nunes (ob. cit. p. 100-1 e 501-2, respectivamente), merecendo, tal entendimento, integral apoio do Supremo, como se verifica no julgamento do MS nº 1.0600-ES, do qual foi relator o eminente e saudoso Min. José Linhares (Plenário de 25-10-1950, in RDA, 31/310-12).

**2.4.4** - Acrescente-se que a Lei Complementar nº 35/79, em seu art. 111, segue o mesmo princípio, ao dispor:

*“Nos Estados com mais de um Tribunal de Alçada é assegurado aos seus juízes o direito de remoção de um para outro Tribunal, mediante prévia aprovação do Tribunal de Justiça, observado o quinto constitucional” .*

Fundado em igual inspiração, assim já dispunha a L.O.J. do Estado do R.J., proibindo a remoção dos juízes do quinto do T. de Alçada para as Varas da última entrância, as quais, para o efeito da carreira, se equiparava o citado Tribunal.

**2.5** - Emprestou a requerente, em seu petitório, especial relevo às expressões das quais se servem os arts. 144, IV, e 100 da Lei Complementar nº 35/79, ou seja, estarem os advogados em efetivo exercício da profissão, ao ser elaborada a lista para provimento de vaga atribuída à sua classe, o que não teria ocorrido com respeito à relação impugnada.

E, em sua ajuda, invoca, como já se aludiu, o julgado proferido na Representação nº 1.006-RJ, quando, ao citado fundamento, foi acrescido destaque à paridade integral, para todos os efeitos, entre juízes do Tribunal de Alçada, independentemente de sua origem profissional.

**2.5.1** - Tais fundamentos ficaram respondidos nos votos que integram a expressiva maioria, nas Representações, também já comentadas, n.ºs. 879 e 881.

Permito-me destacar, porque de alta significação, este fragmento do voto do saudoso Ministro Rodrigues Alckmin (RTJ, 67/648-9):

*“... Entendeu-se, portanto afastando uma literalidade de interpretação que nada recomendava, que o efetivo exercício da profissão havia de ser considerado quando o advogado ou membro do Ministério Público fosse convidado a ingressar no Tribunal. Preenchido esse requisito, poderia ele, posteriormente, ter acesso, dentro de sua classe a um cargo na classe idêntica do Tribunal de Justiça. Esta experiência ou esta orientação, e esta construção, através das omissões e dos desencontros dos textos constitucionais, pareceu feliz, porque afastou todos aqueles embaraços que outra orientação traria à organização judiciária dos Estados, e tem, há vinte um anos, dado bons resultados, sem maiores problemas, na organização judiciária do Estado de São Paulo. Tenho, portanto, que a adoção desse critério, que não se prende à só literalidade de um pequeno texto constitucional mas que encara construtivamente, todos os textos referentes à organização judiciária dos Estados (o estabelecimento da carreira de juiz, o ingresso na carreira, a promoção de entrância a entrância até a última entrância em que se fará a escolha para o Tribunal) tenho que essa interpretação, que se afina a todos os textos da Constituição sem prender-se tão só à literalidade de uma pequena expressão, deve ser aceita”.*

Tudo conspira, pois, para que a interpretação literal das expressões comentadas ceda à exegese teleológica, sempre predominante na aplicação dos textos

constitucionais, na lição dos mestres, bem recolhida por Maximiliano (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 9. ed., 1979, p. 314, nº 378).

É ela que proporciona a vivificação dos textos vistos, em conjunto, como integradores de um sistema, sem o qual não teriam o sentido que se lhes quis atribuir: proporcionar o acesso dos classistas dos Tribunais de Alçada ao Tribunal de Justiça, na classe correspondente sem afetar a carreira dos magistrados profissionais.

Importaria a adoção deste critério no benefício de todos.

Dos classistas propriamente ditos, procurando pelo estudo e dedicação às causas que tiverem de examinar, o estímulo para verem reconhecidos seus méritos e assim compensados com o acesso ao Tribunal Superior.

Dos magistrados de carreira, porque não sofreriam competição com aqueles para o efeito das promoções, tornando assim mais atraente e sedutor o caminho que abraçaram.

Dos jurisdicionados, porque alcançariam julgamentos proferidos por juízes alimentados pela chama de bem servir, em troca do reconhecimento de seus méritos para um acesso sempre almejado.

**2.5.2** - De outra parte, não vejo em que a Lei Complementar nº 35, de 1979, tenha contribuído para a alteração do entendimento consagrado nos julgamentos das primeiras representações.

Invoca a requerente do **mandamus** o art. 100, caput. No que pudesse interessar, é repetição das expressões do art. 144, IV, da Constituição, e já ficou respondido.

Acrescento, seu § 4º, aludido na Representação nº 1.006.

Dizele:

“Art. 100. (...)

.....  
§ 4º. Os juízes que integram os Tribunais de Alçada somente concorrerão às vagas do Tribunal de Justiça correspondentes à classe dos magistrados”.

Ao votar naquela Representação, como afirmei, não se fazia mister seu exame, eis que não estava ele em vigor. Deixei para, em oportunidade outra, quando estivesse em vigência. Não ocorreu. Nem me consta que tenha sido enfrentado até hoje pela Suprema Corte.

De qualquer forma, como afirmei atrás, meu convencimento não se alterou. Leio o preceito, menos preso às suas palavras do que a seu sentido. Compreendo-o, conjugado ao já citado art. 111, que bem evidencia a distinção dos juízes, segundo a sua origem, mesmo que integrem o mesmo Tribunal, o que se me afigura lógico e jurídico. Se não aceita o citado art. 111 a remoção ou permuta de juízes de segundo grau, de classes de origens diversas, porque os reconhece segundo a proveniência e para que se mantenha o equilíbrio na composição: um quinto dos juízes classistas e quatro quintos dos de carreira, como iria confundi-los e nivelá-los na promoção para a qual a remoção é um minus?

O nivelamento, pois, ou a equiparação de todos os juízes do Alçada para o efeito de promoção, por merecimento e antiguidade, não poderia, racionalmente, defluir do parágrafo em comentário, apesar de reconhecer sua ambígua e defeituosa redação. Conflitaria com a carreira instituída como relevante garantia dos magistrados que nela ingressaram, no degrau primeiro, e afetaria a própria cota de composição do Tribunal Superior, princípios que a Constituição instituiu, os quais não podem ser por qualquer forma contrariados, como antes já se havia considerado.

O que ali, no parágrafo, se quis afirmar foi a possibilidade do acesso dos classistas, dentro da sua respectiva classe, reforçando a tese que é para seu ingresso no Tribunal que se exige o exercício efetivo; e que, se o fizerem no ingresso ao Alçada, tal condição já se cumpriu, podendo ensejar seu aproveitamento no Tribunal de Justiça, obviamente, na mesma classe.

É provável mesmo que, para dirimir dúvidas a respeito do aproveitamento dos classistas do Tribunal de Alçada, prevenindo o justo temor de cristalizarem na Corte, tenha advindo o citado § 4º do art. 100, o qual não integrava o Anteprojeto da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Tal dúvida originou, no Estado de São Paulo, onde se iniciou a criação dessa Corte, a dificuldade em se prover as vagas reservadas para o quinto, o que importaria na dificuldade na seleção dos maiores valores da respectiva classe, como bem analisa e ilustra o saudoso Ministro Barros Monteiro, com exemplos concretos ocorridos naquele Estado (RTJ, 66/644-5).

**2.6** - Ante tão longas e, por vezes, repetidas considerações, resta apenas responder às questões propostas pelos consulentes.

É o que se passa a fazer, em seguimento.

### III - RESPOSTAS CONCLUSIVAS ÀS DÚVIDAS SUSCITADAS

Quanto à 1ª, NÃO. Improcedem, inteiramente, todas as prejudiciais, incompetência do T.J., ilegitimidade ativa da requerente, incabência do mandamus de que se serviu, bem como falta de interesse dos consulentes para intervirem como assistentes, na defesa do ato impugnado.



Quanto à 2ª, NÃO. Considero que a Lei Complementar nº 35, de 1979, no que respeita ao ingresso dos advogados e membros do Ministério Público, nos Tribunais, não alterou o critério para sua escolha, bastando se busque harmonizar suas disposições com as correspondentes da Constituição, às quais se devem submeter.

Quanto à 3ª, SIM. Penso que deve prevalecer, no pertinente, a interpretação do citado art. 144 e seus incisos, da Constituição, a exegese que lhes atribuí o S.T.F., nas comentadas Representações nºs 879 e 881, inobstante o que decidiu a mesma Corte, na Representação nº 1.006, contra quatro votos, não sendo de meu conhecimento que tal orientação tenha sido reiterada, em julgamento posterior e nova composição da Corte.

Quanto à 4ª, NÃO. O mandado de segurança merece indeferimento, eis que o ato impugnado tem inteiro amparo na Constituição — art. 144, I, II, III e IV — e não destoa da Lei Complementar nº 35, de 14-3-1979 - art. 100 e seu § 4º, cujas disposições devem ser interpretadas em harmonia com os citados textos da Lei Maior.

É o PARECER.

Porto Alegre, 23 de novembro de 1983.

Carlos Thompson Flores

# El convenio relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional de La Haya y la adopción internacional en Alemania\*

Dr. Christoph Benicke

Universidad de Heidelberg, Alemania

## I. Introducción

### 1. Importancia de la adopción internacional

Las adopciones internacionales han tomado hoy día una gran importancia real. En Alemania el período donde por primera vez se efectuaron un considerable número de adopciones internacionales fue después de la segunda guerra mundial<sup>1</sup>. Alemania estaba destruida, muchos niños habían perdido sus padres en la guerra y otros padres no se veían en capacidad de criar a sus propios hijos, por la condición social o económica. Los padres adoptivos provenían de

los países ganadores de la guerra, sobre todo de los Estados Unidos.

Estas adopciones tienen todavía una cierta actualidad cuando los niños adoptados vienen a Alemania para buscar sus raíces biológicas<sup>2</sup>. Además son de gran importancia en cuanto al derecho sucesorio. Cuando un pariente de la familia biológica muere, se cuestiona si estos niños adoptados forman parte de los herederos legales<sup>3</sup>. Estos casos son relativamente frecuentes debido a que los padres o los tíos biológicos hoy son de una edad muy avanzada. Familias que en aquellos tiempos eran muy pobres, pueden haber hecho una gran fortuna, que en el momento de la sucesión debe ser repartida.

\* Este es la versión escrita y ampliada de una conferencia dada el 11 de abril de 1997 en la Universidad Federal de Río Grande do Sul.

Literatura citada en forma abreviada: *Benicke*, Typenmehrheit im Adoptionsrecht und deutsches IPR, Frankfurt/Main 1995; *Hohnerlein*, Internationale Adoption und Kindeswohl, Baden-Baden 1991; *Jayme*, Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, IPRax 1996, 237 ss.; *Krause*, Adoption, International Encyclopedia of Comparative Law, VI ch. 6; *Lima Marques*, Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts, Frankfurt/Main 1997; *Marx*, Perspektiven der internationalen Adoption, Frankfurt/Main 1993; *Parra-Aranguren*, Rapport explicatif de la convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, ed. Conférence de La Haye de droit international privé; *Trillat/Nabinger*, Adopción internacional y tráfico de niños. Mito y realidad, R.I.P.C. 1991, p. 18 ss.

Abreviaciones de revistas: FamRZ: Zeitschrift fuer das gesamte Familienrecht; IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht; NDV: Nachrichtendienst des Deutschen Vereins fuer oeffentliche und private Fuersorge; RabelsZ: Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht; StAZ: Das Standesamt.

<sup>1</sup> *Magnus/Münzel*, Adoptionen von Kindern aus Übersee, StAZ 1977, p. 66 s.; *Silvermann/Weitzmann*, Nonrelative Adoption in the United States, en *Hoksbergen*, Adoption in worldwide perspective, Berwyn 1986, p. 3.

<sup>2</sup> Ver los casos comunicados en el informe del Servicio internacional social en Alemania, Adoptierte suchen ihre Ursprungsfamilie, en NDV 1988, p. 148 ss.

<sup>3</sup> Ver la decisión del Bundesgerichtshof (Corte federal de Alemania) 14.12.1988, IPRax 1990, p. 55.

A pesar de que estos casos causan cuestiones jurídicas interesantes, las adopciones que hoy en día se efectúan producen problemas más graves que piden con urgencia soluciones. En la actualidad los casos más frecuentes son las adopciones de niños de Latino América, de Asia y más recientemente, los niños de Europa de l'este. Los padres adoptivos provienen en su mayoría de los países de Europa occidental y de Norte-América<sup>4</sup>. Cada año se realizan, solamente en Alemania, aproximadamente 1.500 adopciones de niños extranjeros<sup>5</sup>. En esta cifra no están incluidas las adopciones de padres alemanes que se hicieron en el extranjero<sup>6</sup>.

Las causas por las cuales se efectúan tantas adopciones internacionales son bien conocidas<sup>7</sup>. Por un lado, en muchos países existe el problema de niños abandonados. Hay una alta tasa de natalidad. Las causas son las familias que fallan o que por pobreza no pueden dar la atención necesaria a sus hijos. Por otra parte, en los países de Europa y Norteamérica hay muchas parejas que quieren adoptar un niño. Al mismo tiempo sólo muy pocos menores son dados en adopción en dichos países. Hay una variedad de causas para esto: Por el alto control de la natalidad son menos frecuentes los embarazos involuntarios. Además están permitidos por la ley los abortos médicos. Otro aspecto es que ya no existen tantos prejuicios contra la madre soltera. Incluso existen muchas ayudas del estado o de organizaciones voluntarias para favorecer el que la madre soltera tenga mejores condiciones para criar sus hijos. Así mismo, existe

un considerable número de parejas que desean adoptar un hijo. La mayor parte no puede tener hijos propios y a través de una adopción quieren formar una familia completa. Otro motivo es el deseo de ayudar a niños en mala situación dándoles la posibilidad de crecer en una familia con mayores oportunidades.

## 2. Resumen de la problemática

Las adopciones internacionales causan problemas específicos. En cada adopción hay problemas psicológicos especiales que demandan ayuda de expertos en la materia<sup>8</sup>. Los problemas psicológicos y sociales aumentan en adopciones internacionales cuando la adopción cambia el ambiente cultural del niño en una forma radical. Esta problemática es aún más notoria cuando se añade la diferencia de raza entre el hijo y los padres adoptivos.

El tema de este ensayo son los problemas jurídicos que las adopciones internacionales plantean. Enseguido presentaré estos problemas desde el punto de vista de Alemania y añadiré un análisis de las respuestas que ofrece el convenio relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional de La Haya.

Las adopciones internacionales están muy ligadas con el problema del tráfico ilegal de menores. La causa importante para que exista el tráfico ilegal de niños se encuentra en la gran demanda de niños adoptivos que las formas legales de intermediación no pueden satisfacer<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Marx, p. 17.

<sup>5</sup> En el año 1994 8.449 adopciones han sido decretado en total en Alemania; en 1.491 casos el niño adoptado tenía una nacionalidad extranjera; 1.044 de estos niños fueron adoptados por padres alemanes; 353 por padres de los cuales uno tenía la nacionalidad alemana y el otro una nacionalidad extranjera; en 94 casos los adoptantes y el niño tenían una nacionalidad extranjera; Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland, p. 474.

<sup>6</sup> Si estos no fueron repetidos en Alemania como es la práctica común en Alemania; ver infra III.2.

<sup>7</sup> Hohnerlein, p. 29 s.; Marx, p. 17 s.; Trillat/Nabinger, p. 18 ss.

<sup>8</sup> Wolff, Zur Übertragungsdynamik zwischen Adoptiv- und Herkunftsfamilie, en NDV 1988, p. 155 s.

<sup>9</sup> Trillat/Nabinger, R.I.P.C. 1991, p. 22.

En Alemania una pareja que quiere adoptar un niño tiene que esperar normalmente mucho tiempo hasta que una adopción se haga posible. En promedio general por un niño que se da en adopción, existen 20 solicitantes. De esta manera muchos solicitantes no tienen la perspectiva para ser elegidos. En Alemania existen además sólo pocas organizaciones estatales o de beneficencia que sirven como intermediarios para las adopciones internacionales<sup>10</sup>.

Por este motivo muchos solicitantes comienzan a buscar otras posibilidades para encontrar un hijo adoptivo y están dispuestos a pagar mucho dinero para cumplir su deseo. A esto se añade que muchas parejas prefieren adoptar un niño de muy poca edad. En la vía oficial por los intermediarios reconocidos los niños dados a la adopción son frecuentemente ya mayores o tienen problemas psicológicos o físicos. Éstas son las causas principales de la gran demanda de hijos adoptivos, que provoca, por su parte, el tráfico ilegal de menores. No existe duda alguna del perjuicio que ocasiona este tráfico ilegal a los mismos niños. Por lo tanto, es evidente la convicción de que hay que combatirlo.

El convenio de La Haya sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción tiene como objetivo principal evitar este tráfico. Este convenio utiliza el mecanismo de la intermediación obligatoria de instituciones estatales o supervisados por el estado para que una adopción internacional se pueda efectuar.

Además del tráfico ilegal de niños la adopción internacional plantea problemas en cuanto al reconocimiento del laudo que creó la adopción. Cuando una adopción se hizo, por ejemplo, en Brasil, es muy importante para la protección del niño, que esta adopción sea

también reconocida en Alemania, el país donde la familia adoptiva piensa a residir. Si la adopción no se reconoce el niño queda sin padres. En Brasil la adopción terminó los vínculos legales con los padres biológicos. Y en Alemania el niño no tendrá el estatus de hijo legal de los padres adoptivos.

En este artículo quiero tratar estas dos problemáticas jurídicas de las adopciones internacionales y las soluciones que el convenio de La Haya propone. En una primera parte voy a presentar el convenio y sobre todo su mecanismo de cooperación. En una segunda parte quiero exponer los problemas que surgen en cuanto a las adopciones internacionales desde el punto de vista de Alemania como un país receptor de niños. Es por un lado, el reconocimiento de dictámenes extranjeros de adopción y por otro lado, las condiciones para ordenar una adopción internacional en Alemania. En la tercera parte trato las reglas del convenio en cuanto a estos problemas.

## II. El convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Su mecanismo de cooperación

### 1. Origen, fundamentos

El tema de la adopción internacional y de la necesidad de mecanismos de protección ya ha sido tematisado por organizaciones

<sup>10</sup> Ver la respuesta del gobierno federal alemán a una pregunta parlamentaria del grupo parlamentario del partido „Die Grünen“, el 27 de julio de 1990, Drucksache des Deutschen Bundestags 11/7618, p. 4; Hohnerlein, p. 31.

internacionales desde los años 1950<sup>11</sup>. Fueron elaborados convenios internacionales que no tuvieron gran éxito en cuanto a las ratificaciones. Quiero mencionar por ejemplo, el convenio de la comisión de La Haya sobre la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento de decisiones en materia de adopción del año 1965<sup>12</sup> y la convención interamericana sobre los conflictos de leyes en materia de adopción de menores de la Organización de los Estados Americanos, hecha en La Paz en el año 1984<sup>13</sup>.

Al contrario de éstos, el nuevo convenio de La Haya promete tener un gran éxito<sup>14</sup>. Forma parte del nuevo tipo de convenios internacionales como lo es el convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del año 1980<sup>15</sup>. El mecanismo del convenio está centralizado en la cooperación internacional de las autoridades encargadas con el proceso preparativo de una adopción, y no tiene como objeto principal, de solucionar las problemáticas del derecho internacional privado<sup>16</sup>. Otro elemento importante es que en la elaboración de este

convenio participaron los estados tanto de origen así como los estados de recepción de niños adoptados<sup>17</sup>.

Las reglas están basadas en los principios para la adopción formulados en la convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas<sup>18</sup>. Estos principios están estipulados en el art. 21 de esta convención. La adopción tiene que hacerse por un acto de la autoridad competente respetando las leyes y el procedimiento aplicable. La adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva, o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen. Este es el principio de subsidiaridad de la adopción internacional<sup>19</sup>. Un niño que va a ser adoptado en otro país gozará de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto a la adopción en el país de origen. En caso de adopción en otro país la colocación no debe dar lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella.

<sup>11</sup> Ver *Hohnerlein*, p. 259 ss.; por ejemplo los principios de un grupo de expertos, elaborados en un encuentro en Leysin, Suiza, 1960; UN-Declaration on Social and Legal Principles Relating to the Protection and Welfare of Children, del 3 de diciembre de 1986 (ver *Fadiga*, Adozione ed affidamento, en *Beghé Loreti*, L'adozione dei minori nelle legislazioni europee, Milano 1986, p. 218); Art. 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

<sup>12</sup> *Pirrung*, Sorgerechts- und Adoptionsübereinkommen der Haager Konferenz und des Europarats, *RabelsZ* 57 (1993), p. 145.

<sup>13</sup> *Operetti Badán*, Comentarios a la convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores (Instituto interamericano del niño) Montevideo 1986; *Samtleben*, Neue interamerikanische Konventionen zum Internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 56 (1992), p. 10.

<sup>14</sup> Ver sobre los trabajos preparatorios *Lima Marques*, p. 211 ss.

<sup>15</sup> Ver *Benicke*, El Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y su aplicación en los tribunales alemanes, n. p. n.

<sup>16</sup> Ver Art. 1 lit. b del convenio; *Parra-Aranguren*, N. 65 s.

<sup>17</sup> *Lima Marques*, p. 244.

<sup>18</sup> Ver preámbula del convenio; *Parra-Aranguren*, N. 55; *Jayme*, p. 243.

<sup>19</sup> *Lima Marques*, p. 77 ss.

En consecuencia el convenio de La Haya formula en el art. 1 sus objetivos tales como: establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional y instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños y asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el convenio.

El principio de la subsidiaridad en cuanto a la adopción en general y a la adopción internacional en especial se encuentra en el prólogo del convenio diciendo: que cada estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen y que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su estado de origen.

## 2. El ámbito de aplicación del convenio

El convenio se aplica por su objetivo y su mecanismo sólo en adopciones internacionales en el sentido interestatal, en las cuales el niño con su residencia habitual en un estado miembro, es adoptado por padres con residencia en otro estado contratante, Art. 2 par. 1. En consecuencia, el criterio decisivo no es la diferencia de las nacionalidades entre el hijo y los padres adoptivos<sup>20</sup>. Los problemas mencionados anteriormente surgen cuando el menor es trasladado de un estado a otro después de la adopción o para efectuar la adopción. Las reglas de un estado fallan cuando

intentan proteger al menor en caso de un traslado a otro estado.

## 3. El mecanismo de cooperación

El mecanismo de cooperación del convenio. Este mecanismo es el núcleo del convenio. Como ya fue mencionado las cuestiones del derecho privado no son el objeto principal de este convenio. Similar al convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción aborda el problema de una manera práctica por cooperación de entidades administrativas.

En un proceso de adopción el acompañamiento y la supervisión por instituciones competentes y especializadas son de suma importancia para la protección de los intereses del menor así como para un buen resultado de la adopción en general. La adopción coloca al hijo como a los padres adoptivos en situaciones muy exigentes en las que necesitan una buena preparación psicológica y social. Este existe aún, en el caso de una adopción interna sin diferencia de culturas y tiene todavía más importancia en adopciones internacionales.

Una cooperación obligatoria en la etapa de la preparación de la adopción parece ser el mecanismo más eficaz contra el tráfico de menores. La cooperación administrativa puede servir como medio preventivo. Aunque ahora en casi todos los estados la adopción se dicta por una entidad estatal, un tribunal o un organismo administrativo, y que éste tiene como criterio decisivo el interés superior del niño, este procedimiento no puede impedir el tráfico ilegal de niños o adopciones inadecuadas.

En el momento de que el tribunal llega a encargarse del asunto, por lo general el niño ya

<sup>20</sup> *Parra-Aranguren*, N. 71; *Lima Marques*, p. 252 ss.

esta viviendo con los futuros padres. Solamente cuando los solicitantes sean totalmente ineptos, el juez competente podría negar la adopción. En todos los demás casos, la adopción tiene que ser acordada por el propio interés del niño. Los padres biológicos son desconocidos o no pueden ser encargados del cuidado del niño por otras razones, el niño ya se acostumbró a los solicitantes y por el interés de éste hay que evitar una nueva ruptura. Aun en el caso que el juez sabe que los solicitantes han pagado a los padres biológicos o a otras personas intermediarias, la adopción parece siempre más favorable para el menor que de ser colocado en asilo cuando los solicitantes prometen de procurarle un hogar. El problema se plantea de manera parecida, como en el caso de la sustracción. El abuso de leyes no puede ser combatido en el caso concreto. Se necesitan medidas que tengan efectos preventivos. El convenio crea por medio la cooperación obligatoria un mecanismo que tiene como objetivo impedir que una adopción se pueda decretar, sin que un acompañamiento adecuado haya sido efectuado.

#### 4. Procedimiento de cooperación

El convenio establece un procedimiento específico, que debe ser cumplido antes de que se dicte una resolución de adopción<sup>21</sup>. La norma clave es el art. 17. Este artículo exige la condición de que el niño solo puede ser confiado a los futuros adoptantes cuando las autoridades centrales de ambos estados hayan dado su acuerdo. Confiar al niño significa no sólo la resolución de adopción, sino también la entrega del niño al los futuros adoptantes para posibilitar un tiempo de prueba.

El fin de la condición de que las dos autoridades centrales tienen que dar su acuerdo es de asegurar de una manera preventiva que el

niño no establezca una relación personal con los solicitantes que después solo puede ser rota con el consiguiente perjuicio para el menor. Así se evita que los solicitantes puedan establecer hechos en su favor que tienen que ser aceptados por el interés superior del niño al momento de dictar la adopción.

Antes de que las autoridades centrales puedan dar el acuerdo debe seguirse un procedimiento de cooperación entre ellas. El convenio obliga a los solicitantes a dirigirse a la autoridad central del estado de su residencia habitual (art. 14).

Esta autoridad central tiene que averiguar si los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar y si han sido convenientemente asesorados (art. 5). En el caso de un resultado positivo la autoridad central preparará un informe que transmitirá a la autoridad central del estado en el cual los solicitantes quieren adoptar un niño. Este informe debe contener la información relevante sobre los solicitantes como también sobre los niños que ellos están en condición de tomar a su cargo (art. 15).

Por su lado, la autoridad central del estado de la residencia habitual del niño tiene que averiguar si es adoptable y que una adopción internacional responde al interés superior del menor. Debe asegurarse que las personas o instituciones que tienen que consentir a la adopción han dado estos consentimientos libremente e informadas de las consecuencias y que éstas no se dieron por pago. Además se asegura que la adopción corresponda a los deseos y opiniones del niño tomando en cuenta su edad y grado de madurez (art. 4).

La autoridad central del estado de la residencia habitual del niño prepara un informe con toda la información esencial en cuanto a la

persona del niño y en el caso constata que la colocación prevista obedece al interés superior del niño. Este informe y una prueba de que se han obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la colocación se transmiten a la autoridad central del estado de recepción.

El procedimiento se caracteriza por una distribución de las investigaciones y trabajos preparatorios entre las dos autoridades centrales. La autoridad central del estado de origen puede averiguar mejor si el interés superior del niño que vive en su territorio amerita una adopción internacional y si los consentimientos necesarios por parte de la familia del niño se han declarados de una manera libre y conciente. Al otro lado la autoridad central del estado de recepción puede estudiar mejor la aptitud del los solicitantes que residen en el mismo país y puede comprobar que el niño puede ser acogido en este estado. Por esta distribución de los trabajos preparatorios los estudios pueden ser más exactos. Además la obligación de los solicitantes de dirigirse a la autoridad central del estado de su residencia habitual asegura que ellos están acompañados y aconsejados. Cuando la autoridad central no los considera aptos la adopción no se puede llevar a cabo.

En general es muy importante que el convenio excluye el hecho de que los solicitantes se dirigen directamente a las autoridades del estado en el cual quieren adoptar un niño o que se llevan un niño sin procedimiento anterior al estado de su residencia habitual para solicitar la adopción en éste. El convenio obliga a los adoptantes de dirigirse a las autoridades estatales o entidades

privadas especializadas para la intermediación y el acompañamiento. Las adopciones directas están muchas veces ligadas con el tráfico de menores<sup>22</sup>. Un intermediario procura a los solicitantes, un niño a cambio de un pago. Y también por un pago los padres biológicos dan su hijo a la adopción.

El aspecto negativo de este procedimiento obligatorio es que hace los tramites de adopción todavía más largos, complicados y costosos. La predominancia del interés del niño en que la adopción resulte ventajosa y que el menor no sea objeto de un negocio comercial, justifica en mi opinión la agravación. El éxito del convenio depende de que la cooperación entre las autoridades centrales funciona de una manera eficaz.

Se puede criticar que el convenio se aplica también en el caso de una adopción entre parientes. Por ejemplo en el caso que el tío quiere adoptar sus sobrinos huérfanos que residan en otro país. En estos casos no existe la misma situación como por las adopciones internacionales regulares con el peligro del tráfico de menores que justifica un procedimiento tan sofisticado.

Otra particularidad que merece a ser notada es la importancia del procedimiento delante las autoridades centrales en cuanto al dictamen de la adopción. En el procedimiento preparatorio de la adopción las autoridades centrales se averiguan de todas las condiciones sociales, psicológicas y hasta de derecho para la adopción<sup>23</sup>. De esta manera el dictamen de la adopción por un tribunal se vuelve únicamente una formalidad. La decisión de si la adopción se puede efectuar ha sido tomada de hecho, por las autoridades centrales.

<sup>21</sup> Ver *Lima Marques*, p. 257 ss.

<sup>22</sup> *Lima Marques*, p. 135 ss.

<sup>23</sup> *Parra-Aranguren*, N. 337.

### III. La problemática jurídica de adopciones internacionales en Alemania

Después de haber presentado la estructura del procedimiento administrativo previsto por el convenio, quiero ahora tratar los problemas puramente jurídicos que surgen de adopciones internacionales. Quiero dar primero un resumen de los problemas más frecuentes que se presentan en Alemania. Después voy a analizar el reglamento del convenio en este aspecto.

#### 1. El reconocimiento de una sentencia de adopción

En lo siguiente voy a concentrarme al caso más común que una pareja alemana quiere adoptar un niño de otro país. Primero voy a tratar los problemas del reconocimiento de una sentencia de adopción.

En la mayoría de los casos el país de origen del niño exige que la adopción se efectúe antes de que el niño pueda ser trasladado al país de la residencia habitual de los adoptantes. Cuando los padres adoptivos llegan con el hijo a Alemania se plantea, si esta adopción efectuada en el país de origen del menor puede ser reconocida en Alemania<sup>24</sup>.

Antes las condiciones para el reconocimiento no estaban establecidas por la ley y por consecuencia eran dudosas. En el año 1986 fue introducida una norma especial para el

reconocimiento de sentencias extranjeras en materia de la jurisdicción voluntaria<sup>25</sup>.

Esta norma es muy favorable al reconocimiento<sup>26</sup>. La condición esencial es que el tribunal extranjero ha tenido competencia internacional desde punto de vista alemán y que la adopción no esté en oposición con el orden público en Alemania. Para la competencia internacional es suficiente que el menor o la persona que solicita la adopción tenía su residencia habitual en el estado del tribunal o era nacional de este estado.

El reconocimiento se hace ex lege, es decir, no se necesita llevar a cabo un proceso judicial de reconocimiento. Este punto es a un lado favorable para el reconocimiento de la adopción extranjera. Pero la falta de un procedimiento en el cual la validez y los efectos de una adopción extranjera pueden ser determinados de una manera vinculante es una desventaja enorme en la práctica<sup>27</sup>.

Existe en Alemania en la práctica de los tribunales una gran inseguridad hacia la validez y los efectos de las adopciones extranjeras. El reconocimiento ex lege significa que la validez de la adopción tiene que ser apreciada cada vez de nuevo cuando la cuestión se plantea.

Además existe inseguridad en cuanto a los efectos de la adopción<sup>28</sup>. La adopción crea por acto jurídico una nueva relación familiar entre el adoptante y el adoptado cambiando así el estatus personal del adoptado. El problema resulta del hecho que en los diferentes ordenes jurídicos la adopción cambia en diferentes grados las relaciones familiares<sup>29</sup>.

La diferenciación más común es la que se da entre la adopción plena y la adopción simple. La adopción plena disuelve todas las relaciones jurídicas con la familia biológica y integra el adoptado plenamente en la familia del adoptante. La adopción simple crea por lo general sólo relaciones jurídicas con la persona del adoptante y no disuelve todas las relaciones jurídicas con la familia biológica. Entre estos dos tipos existe una variedad de diferentes formas de adopciones. Hay una multitud de diferencias: La adopción plena en un estado no es lo mismo como la adopción plena en otro estado. El reconocimiento de una adopción extranjera está por esto siempre ligado con la cuestión qué efectos ésta produce.

#### 2. La repetición de adopciones

La inseguridad en cuanto a los efectos y la necesidad de probar la validez de la adopción extranjera son las causas por las cuales en práctica las adopciones se vuelven a dictar por un tribunal alemán aplicando el derecho alemán<sup>30</sup>. Esta repetición convierte la adopción extranjera en una alemana. De esta manera no existe inseguridad en cuanto a los efectos y a la validez de la adopción.

La necesidad práctica de repetir las adopciones es costosa y causa muchos otros problemas. Así el tribunal no está en la posición de negar la adopción con la excepción de casos muy graves. Por lo general el hijo adoptivo ya está viviendo con los adoptantes y los padres biológicos son desconocidos o no dispuestos a recoger al menor.

Pero resulta muy difícil cumplir los requisitos judiciales que exige la ley alemana para dictar la adopción. Según el derecho internacional privado de Alemania la ley aplicable a una adopción es la ley personal del adoptante, en caso de una pareja casada la ley que rige las relaciones matrimoniales<sup>31</sup>. En la mayoría de los casos parejas alemanas adoptan a un niño extranjero. Por esto la ley aplicable es el derecho alemán. Para los consentimientos de la familia biológica es además aplicable también la ley personal de menor<sup>32</sup>.

La adopción de un niño con origen de otro país causa muchos problemas en la práctica porque el derecho de adopción en Alemania y en otros estados está hecho para casos internos y no toma en cuenta las particularidades de casos internacionales.

Especialmente problemáticos son los consentimientos de la familia biológica del niño<sup>33</sup>. Muchas veces el consentimiento que la madre o el padre han dado a la adopción que se efectuó en el país de origen del menor no son válidos para decretar una adopción en Alemania. El consentimiento de la madre no se puede dar legalmente antes de ocho semanas después del nacimiento del menor. Si la madre ha manifestado su acuerdo seis semanas después del nacimiento, como está previsto legalmente en el país de origen, una nueva declaración de la madre es necesaria para que la adopción se pueda dictar de nuevo en Alemania. Como el consentimiento tiene que ser dirigido directamente hacía el tribunal competente muchas aprobaciones que se dieron en un

<sup>24</sup> Benicke, p. 167 ss.

<sup>25</sup> § 16 a Gesetz ueber die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (ley sobre la jurisdicción voluntaria).

<sup>26</sup> Hohnerlein, p. 50 ss.

<sup>27</sup> Ver sobre los reglamentos en los diferentes estados europeos Hohnerlein, p. 146 ss.

<sup>28</sup> Benicke, p. 212 ss.

<sup>29</sup> Krause, N. 177 ss.

<sup>30</sup> von Bar, Internationales Privatrecht, Band 2, Muenchen 1991, N. 319; Henrich, Internationales Familienrecht, Frankfurt/Main 1989, p. 311.

<sup>31</sup> Art. 22 Einfuehrungsgesetz zum Buergerlichen Gesetzbuch (ley preliminar al código civil); ver Baumann, Verfahren und anwendbares Recht bei Adoptionen mit Auslandsberuehrung, Bielefeld 1992, p. 17 ss.

<sup>32</sup> Art. 23 Einfuehrungsgesetz zum Buergerlichen Gesetzbuch (ley preliminar al código civil).

<sup>33</sup> Hohnerlein, p. 221 ss.; Benicke, p. 74 ss.

procedimiento delante de un juez en el país de origen sin haber sido documentadas no son suficientes para dictar la adopción en Alemania. Se puede prescindir el consentimiento de los padres biológicos sólo bajo condiciones muy estrictas.

Por eso en muchos casos los padres adoptivos tienen que procurar otra vez el acuerdo de la madre o del padre biológicos. Esto es muy complicado; los padres no ven la necesidad de consentir una segunda vez. Además como el consentimiento es un acto psicológico difícil para los mismos padres. En otros casos los padres biológicos sólo están dispuestos a consentir de nuevo cuando reciben otro pago.

#### IV. Las reglas del convenio en cuanto al reconocimiento de sentencias extranjeras y de los consentimientos de los padres biológicos

Después que he demostrado un resumen de los dos problemas jurídicos principales que adopciones de niños extranjeros plantean en Alemania quiero volver al estudio del convenio. Quiero analizar las reglas sobre el reconocimiento y sobre las condiciones de base para dictar una adopción.

##### 1. El reconocimiento

Primero quiero tratar el reconocimiento de una decisión de adopción. El art. 23 constata que una adopción que se hizo conforme al convenio tiene que ser reconocida de pleno

<sup>34</sup> Parra-Aranguren, N. 402.

derecho en todos los estados contratantes. Únicamente se necesita que la autoridad competente del estado donde se dictó certifique la conformidad al convenio especificando cuando las autorizaciones de las autoridades centrales han sido otorgadas. El convenio prescribe así la obligación de reconocimiento sin que un procedimiento o el exequatur sean necesarios<sup>34</sup>.

Como el ejemplo de la regla alemana demuestra el reconocimiento ex lege es importante pero no suficiente para asegurar una situación jurídica estable y segura para el niño. Siempre pueden quedar dudas en cuanto a los efectos que esta adopción produzca en el ámbito del orden jurídico del estado de recepción.

El art. 26 del convenio especifica el significado del reconocimiento en cuanto a los efectos de la adopción. En las letras a y b este artículo comprueba la evidencia que el reconocimiento de una adopción contiene el reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos y de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto a su hijo. Estos son los efectos básicos de cada adopción. El convenio determina su ámbito de aplicación para adopciones que establecen un vínculo de filiación.

Los problemas no son tanto si se estableció algún vínculo de filiación. El estatus de ser hijo de una persona es algo abstracto. Tiene importancia real sólo por los efectos que resultan de él. Por ser padre del hijo adoptivo el padre adoptivo tiene el derecho de custodia. Las cuestiones difíciles surgen en cuanto a estos efectos concretos: ¿Se le acredita al niño el apellido del padre adoptivo? ¿Si la madre del padre adoptivo muere, es llamado heredero legal el niño adoptivo? ¿Puede el padre adoptivo hacer valer un derecho alimenticio contra su hijo adoptivo? La base de la problemática es

que los diferentes ordenes jurídicos aunque todos establecen un vínculo de filiación diferentes sustancialmente en estos diferentes efectos<sup>35</sup>.

Fue propuesto en Alemania que el reconocimiento transforme la adopción establecida en el extranjero en una adopción del derecho interno<sup>36</sup>. Esto significaría por ejemplo que una adopción que fue fundada en un cierto orden jurídico y que según estas leyes no establece un derecho sucesorio del padre adoptivo cambiaría y podría crear un derecho sucesorio del padre adoptivo como previsto en el derecho alemán.

Contra tal transformación hay que objetar<sup>37</sup> la naturaleza del acto de establecimiento de la adopción. La adopción se crea por un acto jurídico. Condición esencial para la fundación son los consentimientos de los padres biológicos, del niño y de los adoptantes. Se dan tomando en cuenta los efectos que la adopción produzca. Esto es óbvio en el caso del consentimiento de la madre biológica para una adopción simple. La adopción simple no termina las relaciones jurídicas con la familia biológica pero crea encima de éstas un vínculo de filiación con el padre adoptivo que obtiene por esto el derecho de custodia. Tal adopción no puede ser transformada en una adopción plena que

termina todas relaciones jurídicas con la madre biológica. Estos efectos no encontrarían su base en el consentimiento de la madre biológica.

El convenio favorece la solución de una **transformación limitada**. En el art. 26 párrafo 2 declara que una adopción que tiene como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación, el niño gozará en el estado contractante donde se reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tales efectos en este estado.

Esto significa que una adopción que puede ser calificada como plena, porque termina la relación jurídica con la familia biológica según el orden jurídico del cual emanó, es igualada con la adopción plena del derecho del estado reconociente.

Esto parece una buena solución<sup>38</sup>. Al dar el consentimiento es de importancia para la familia biológica si la adopción rompe el vínculo de filiación o lo mantiene. Los detalles de los diferentes efectos en cuanto a la relación con la futura familia adoptiva no son decisivos. Al otro lado la transformación en una adopción interna equivalente trae más seguridad. Sólo hay que probar que la adopción que se dictó es válida y plena. Para los distintos efectos no hay que recurrir al orden jurídico del establecimiento de la

<sup>35</sup> Krause, N. 177 ss.

<sup>36</sup> König, Die Annahme eines Kindes im Ausland, Berlin 1979.

<sup>37</sup> Jayme, FamRZ 1981, p. 106; Henrich en Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. ed. Berlin 1988, Art. 22 EGBGB, N. 45.

<sup>38</sup> Bien que surge otro problema (ver Benicke, p. 327 s.): Las adopciones dictadas por tribunales alemanes pueden tener diferentes efectos, según la ley aplicable por el derecho internacional privado. Así en Alemania no existe una adopción interna única. Los efectos dependen de la ley aplicable. El reglamento de la transformación fue propuesto por la Suiza (ver Parra-Aranguren, N. 463) donde la competencia de los tribunales está siempre ligada con la aplicación del derecho de adopción suizo. Cuando un tribunal suizo dicta una adopción, siempre aplica la ley suiza de adopción (Heini et al., Kommentar zum Bundesgesetz ueber interationales Privatrecht, Zuerich 1993, Art. 78, N. 15).

adopción, pero se puede recurrir al derecho del estado reconociente<sup>39</sup>.

En cuanto a la inseguridad sobre la **validez** de una adopción hecha en el extranjero el convenio procura también una mejoría. Éste no prescribe un procedimiento en el cual la validez puede ser probada para todos las autoridades de un estado. Más bien impone a los estados contratantes la obligación de reconocer la adopción ex lege. En la práctica la certificación de la autoridad central del estado donde la adopción a tenido lugar puede servir como documento suficiente que facilita a los adoptantes y al adoptado de probar la validez de la adopción<sup>40</sup>. Una ayuda suplementaria para los comercios jurídicos se puede lograr si la autoridad central califica en esta misma certificación que se trata de una adopción plena.

## 2. Efectos del convenio sobre los requisitos para dictar una adopción

El convenio no contiene directamente reglas de derecho que estipulan las condiciones jurídicas para dictar una adopción. Pero en la práctica tendrá tiene remarcadas influencias en cuanto a los requisitos jurídicos de una adopción<sup>41</sup>.

Estos efectos indirectos a los requisitos provienen del art. 17 letra c<sup>42</sup>. Una adopción interestatal puede hacerse únicamente si el

procedimiento de cooperación de las autoridades centrales se ha llevado a cabo anteriormente y si existen los acuerdos de ambas autoridades centrales de que se siga el procedimiento de adopción (art.17 lit. c). La exigencia de un procedimiento detallado anterior al proceso judicial de dictar la adopción da al primero más importancia y reduce el papel del juez que dicta la adopción. El dictamen que era antes el acto decisivo se convierte prácticamente en una pura confirmación de las decisiones tomadas por las instituciones que preparan y acompañan el proceso preparatorio.

Esto se debe sobre todo por el hecho que las autoridades centrales no sólo se ocupan de las condiciones sociales, económicas y psicológicas de la adopción pero se averiguan también si las exigencias de ley están cumplidas<sup>43</sup>.

La autoridad central del estado de origen indaga si los consentimientos se han dado como requiere la ley. Además comprueba que el niño puede ser adoptado. La adoptabilidad contiene además de los aspectos psicológicos y sociales que las condiciones de ley permite la adopción de este niño. Por ejemplo el requisito de una edad mínima o máxima. La autoridad central del estado de recepción tiene que constar que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar que incluye también que cumplen los requisitos legales como por ejemplo que se trate de una pareja casada.

<sup>39</sup> En unos casos quedará siempre el problema de constatar si la adopción tiene como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación; decisivo es cuales relaciones pueden ser mantenidas entre el niño y la familia biológica; problemático será por ejemplo la calificación de una adopción austriaca; en el derecho austriaco la adopción da al niño el estatus de hijo del adoptante y de sus descendientes, pero no en relación con los otros parientes de este; en cuanto al derecho sucesorio y alimenticio la relación con la familia biológica no se rompe totalmente; pero los derechos sucesorios y alimenticios son subsidiarios a los entre el niño y el adoptante, ver *Schwimann*, Das österreichische Adoptionsrecht nach seiner Reform, FamRZ 1973, p. 345, 353.

<sup>40</sup> El estado que reconoce la adopción tiene que controlar solamente la validez formal del certificado, ver *Parra-Aranguren*, N. 408.

<sup>41</sup> *Parra-Aranguren*, N. 65.

<sup>42</sup> *Benicke*, p. 331 ss.

<sup>43</sup> *Parra-Aranguren*, N. 337.

La consecuencia del control de las exigencias legales por las dos autoridades centrales va a ser en la práctica, que los requisitos legales del estado de origen como los del estado de recepción tienen que ser cumplidos<sup>44</sup>. La autoridad central del estado de origen aprecia las condiciones que un niño de este estado puede ser adoptado por las condiciones legales del mismo estado de origen. Como ella tiene que dar su consentimiento de que el proceso de adopción continúe, los requisitos legales del estado de origen tienen que ser cumplidos también en el caso que la adopción se efectúa en el estado de recepción. Al otro lado cuando la adopción se debe efectuar en el estado de origen, sólo se puede hacer si la autoridad central del estado de la recepción ha dado su acuerdo. Esta autoridad central examina siempre que los solicitantes cumplen los requisitos legales del estado de recepción. Es muy probable que en la práctica la autoridad central del estado de recepción verifique también que la prevista adopción cumple con todas las exigencias de la ley del estado de recepción. Porque una vez dictada la adopción en el país de origen, ella tiene que ser reconocida en el estado de recepción.

El proceso de cooperación tiene de esta forma como efecto, que los requisitos legales para la adopción, por ejemplo la edad mínima o máxima del adoptado y de los adoptantes, los consentimientos requeridos etc., tienen que ser cumplidos según los dos ordenes jurídicos involucrados.

Para evitar el impedimento que resulta de esta aplicación doble de los derechos, los estados contratantes deberían reducir los requisitos formales para que una adopción pueda ser dictada. La importancia de los requisitos legales formales disminuye cuando hay un procedimiento intensivo en el cual se

investiga y examina si el interés superior del niño amerita la adopción.

Si Alemania ratifica el convenio su ley interna de adopción tendría que ser transformada. Las reformas tendrían que hacerla más adecuada para los casos de adopciones internacionales. En la actualidad los consentimientos tienen que ser declarados frente de un notario público. Este documento que contiene dicha declaración debe ser transmitido al tribunal competente. De ahí surgen muchas complicaciones cuando los consentimientos se dieron en el extranjero. Parece suficiente para un proceso de adopción en Alemania que la autoridad central del estado de origen certifique que los padres biológicos han consentido.

La ratificación del convenio tendría como consecuencia positiva que no sea necesario repetir las adopciones extranjeras desaparecerá. Hemos visto que el convenio contiene las siguientes cláusulas:

- 1 - El reconocimiento ex lege.
- 2 - La transformación limitada de una adopción plena.
- 3 - La certificación de la autoridad central del estado de origen. Así sólo en el caso de una adopción simple existiera una razón para repetirla en Alemania.

## V. Nuevas tendencias

Antes de concluir quiero tematizar todavía una tendencia reciente en el derecho de adopción. En la primera mitad de este siglo la adopción fue concebida primordialmente como un medio de facilitar a personas, que no tenían hijos propios de procurarse un heredero para continuar la familia y el apellido. Este concepto

<sup>44</sup> *Benicke*, p. 333.

explica que en aquellos tiempos casi todos los derechos exigieron una edad mínima del adoptante muy elevada. Con el tiempo la función de la adopción cambió. Actualmente el objetivo principal de la adopción consiste en procurar a un niño sin familia la posibilidad de crecer en un hogar que le dé la atención y el cariño para que se pueda desarrollar sanamente<sup>45</sup>.

Como en el caso de la custodia la opinión dominante era que el bienestar del niño exigía la atribución del niño a una sola familia. Por consecuencia la preferencia se dió a la adopción plena que rompe la relación con la familia biológica en una forma total<sup>46</sup>. Hoy en día la adopción plena ya no es vista como la única forma de adopción aconsejable. Se reconoce que en ciertos casos otras formas de adopción pueden ser más favorables para el hijo. Por ejemplo cuando el menor está en una edad más conciente al realizar la adopción, la continuación de las relaciones con la familia biológica puede ser muy beneficiosa para la identidad del niño. Si los padres adoptivos lo pueden aceptar, formas abiertas de adopciones han comprobado ser mejores para el niño. De ahí surge que la adopción simple se juzge actualmente más positiva<sup>47</sup>. En Inglaterra unos tribunales han acordado hasta un derecho de visita con los padres biológicos<sup>48</sup>.

La situación de ahora está caracterizada por la aceptación que una nueva flexibilidad es necesaria. En unos casos la adopción plena es la más adecuada, pero en otros una forma abierta con un derecho de visita parece más idónea. La aceptación de que el niño no tiene que ser extraído totalmente de la familia biológica tiene también un impacto en las adopciones internacionales. Esta causa muchas veces un cambio total en la cultura del niño. Adopciones de una forma más abierta pueden dar la posibilidad de que el niño crezca con una familia adoptiva en otro continente sin perder su propia identidad cultural.

## VI. Conclusiones

El convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de La Haya forma parte de los convenios modernos. El reglamento central consiste en la cooperación de entidades administrativas de los estados contractantes. No tiene como objeto primordial la uniformidad del derecho interno o internacional privado de la adopción.

<sup>45</sup> *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 4. ed. Muenchen 1994, p. 350.

<sup>46</sup> *Baer*, Adoptees searching for their Origins: A New Development seen from an International Standpoint, en *Ekelar/Sarcevic* (ed.), Parenthood in Modern Society, Dordrecht 1993, p. 247.

<sup>47</sup> *Jayne*, p. 242: La adopción plena pone en peligro la identidad cultural del menor; *Rubellin-Dechivi*, Permanence et modernité de l'adoption après la loi du 5 juillet 1996, La Semaine Juridique (Éd. G.), 3979 (doctrine), p. 452 sobre la revalorización de la adopción simple por el legislador francés.

<sup>48</sup> Ver los casos citados por *Mendoza*, Adoption Case-Law Review, Family Law 1996, p. 681 ss.

La cooperación obligatoria de las autoridades centrales responde a las demandas del estado de origen del menor como a las demandas del estado de recepción del menor de controlar las adopciones. Además la intermediación obligatoria puede servir como un mecanismo eficaz para luchar contra el tráfico ilegal de menores y presta al mismo tiempo el acompañamiento social y psicológico tan importante para las adopciones internacionales. El impedimento que los tramites de cooperación y intermediación producen

se justifica para llevar a cabo una mejor protección del menor.

El convenio contiene también reglas que pueden facilitar el reconocimiento de adopciones extranjeras y por medio de una transformación limitada mejora la posición del niño adoptado.

Alemania debería ratificar el convenio<sup>49</sup>. La ratificación tendría que ser acompañada de una reforma de la ley interna de la adopción para que éste puede responder mejor a los casos de adopciones internacionales.

<sup>49</sup> En este sentido también *Jayne*, p. 244.



# A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico<sup>1</sup>

*Dra. Claudia Lima Marques*

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil, Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Alemanha, Mestre em Direito Civil e Direito Internacional Privado pela Universidade de Tübingen, Alemanha, Especialista em Integração Européia pela Universidade de Saarbrücken, Alemanha, Diretora do Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor, BRASILCON

## Introdução

As relações privadas de consumo assumem hoje também um caráter internacional. Em um mundo de crescentes áreas de complexidade, rapidez e globalização,<sup>2</sup> há um crescimento na importância do Direito

Internacional Privado ou dos conflitos de leis no espaço também em relação aos atores leigos deste mercado internacional,<sup>3</sup> cuja porta de entrada pode ser o simples computador (Televisão, Fax, a tela do Palmtop ou mesmo do telefone celular).<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Este artigo traz extratos da 4ª edição de meu livro, "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", RT, 2002, no prelo, motivo pelo qual reproduz partes de artigos já publicados, assim como parte da tradução para o português do texto apresentado na 8th International Consumer Law Conference -International Association of Consumer Law, 9 a 11 abril, 2001, em Auckland, Nova Zelândia. A autora gostaria de agradecer ao acadêmico Rafael B. Garcia pela primeira tradução de meu texto em inglês, ao Prof. Antonio Herman Benjamin (Univ. de Texas, Austin), ao magistrado Luis Salomão (Juizado Especial do Rio de Janeiro) e ao Doutorando CAPES Fábio Costa Morosini (LL.M., UT-Austin) por materiais e comentários.

<sup>2</sup> Aceitarei aqui a definição de globalização feita por CASTELLS, Manuel, End of Millennium (The Information Age: Economy, Society and culture, volume III), Blackwell P., Oxford, 1998, p. 1: "...this is indeed a time of change...a technological revolution, centered around information, has transformed the way we think, we produce, we consume, we trade, we manage, we communicate, we live, we die, we make war, and we make love. A dynamic global economy has been constituted around the planet, linking up valuable people and activities from all over world, while switching off from the networks of power and wealth, people and territories dubbed as irrelevant from the perspective of dominant interests..."

<sup>3</sup> Veja meu artigo, "A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado - Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo", in Revista dos Tribunais, São Paulo, junho de 2001, vol. 788, ano 90, p. 11 a 56.

<sup>4</sup> Veja também a juíza brasileira Fernanda Moron (A Internet e o Direito, Revista Consulex, março 1997, p. 64): "Como se vê, na medida que as relações que surgem pela Internet transcendem fronteiras, maior necessidade teremos de recorrer a regras do Direito Internacional, ramo jurídico que com certeza apresentará sensível crescimento."

A proteção deste consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil interessa ao Direito do Consumidor.<sup>5</sup> Mister lembrar aqui a distinção tradicional na Alemanha entre consumidor-ativo (*aktive Verbraucher*), consumidor que se desloca de um país para outro (por exemplo, turista que compra uma filmadora estrangeira no Exterior) e consumidor-passivo (*passive Verbraucher*), consumidor que recebe a informação, a oferta e que contrata em seu país, sem deslocamento físico (por exemplo, o consumidor que contrata pela Internet, em sua casa, a compra de uma filmadora diretamente de fornecedor com sede no Exterior).<sup>6</sup>

A proteção do consumidor passivo em uma relação de consumo internacional ou pluriconectada é um interessante desafio do Direito atual, pois envolve preocupações jurídico-políticas de dupla natureza: de um lado, o Direito nacional preocupa-se em manter o nível material de proteção dos consumidores assegurado pela lei nacional de proteção dos consumidores; de outro, com a abertura dos mercados e livre concorrência, a idéia mestra é a da facilitação do comércio internacional, mesmo que de consumo, a inserção positiva do país neste mundo de trocas globais, assim como de preservação da liberdade dos consumidores

de escolher com quem contratar em um mercado globalizado, não havendo muito espaço para intervenções territorialistas e xenófobas. É no diálogo entre a finalidade “tutelar do sujeito mais fraco” do Direito do Consumidor nacional e a finalidade de “Justiça e harmonia internacional” do Direito Internacional Privado que deve ser procurada a resposta para este desafio.<sup>7</sup>

O resultado deste diálogo das fontes, como ensina Erik Jayme,<sup>8</sup> não é o simples uso do método conflitual clássico, em que a norma de Direito Internacional Privado presente na Lei de Introdução ao Código Civil, datada de 1942, indicaria qual a lei material, qual a lei de proteção do consumidor, se a nacional ou a estrangeira, seria aplicável de forma excludente ao caso concreto, por exemplo, de contratação pela Internet. Diálogo pressupõe não exclusão e sim colaboração e união para um fim comum. Neste sentido, é *standard* mundial do Direito Internacional Privado que as normas imperativas (as “*zwingende Normen*” identificadas por Savigny) encontram aplicação direta, ao lado ou mesmo antes da lei indicada aplicável pela norma de conflitos de leis. Diálogo pressupõe tolerância, abertura para opiniões e visões plurais do mesmo fenômeno. Neste sentido, apesar de nossa Lei de Introdução ao Código Civil datar de 1942 e o

<sup>5</sup> Como afirmamos em nosso primeiro artigo sobre o tema, publicado na RT 788/11 e seg: “Consumir de forma internacional é típico de nossa época. O serviço ou produto estrangeiro é status, é bem simbólico na atual cultura de consumo; o turismo, as viagens”, a conexão e o “surf” diário na Internet, “o ser consumidor de forma internacional, fazem parte da procura pós-moderna dos prazeres, do lazer individual, da realização dos sonhos e do imaginário, é uma distinção social cada vez mais importante.” Veja neste sentido, Featherstone, Mike, *Cultura de Consumo e pós-modernismo*, Trad. Júlio Assis Simões, Studio Nobel, São Paulo, 1995, p. 31.

<sup>6</sup> A distinção entre consumidor-ativo (que se desloca de um país para outro) e consumidor-passivo (que recebe a informação, que contrata em seu país, sem deslocamento físico) é muito utilizada na Alemanha e será aqui seguida para facilitar a exposição. Veja, por todos, usando a expressão JAYME, Erik e KOHLER, Christian, *Europäisches Kollisionsrecht 1999- Die Abendstunde der Staatsverträge*, in IPRAX 1999, p. 404. Veja sobre a universalidade do fenômeno, Kronke, Herbert, *Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace*, in *Internet- Which Court Decides? Which Law Applies*, Boele-Woelki, Katharina e Kessedjian, Catherine, *Kluwer Law International*, 1998, p. 82 e seg.

<sup>7</sup> Assim ensina JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne* - in: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, pg. 262 e seg. (citado Jayme, Cours).

<sup>8</sup> JAYME, Cours, p. 59 e seg.

novo Código, recém aprovado em 10 de janeiro de 2002, infelizmente não vir acompanhado de nova lei de Introdução, a verdade é que a doutrina e a jurisprudência brasileira deram nova leitura a estas normas e aceitam o pluralismo de métodos (conflituais e materiais) no Direito Internacional Privado brasileiro. Assim, conhece o Direito Internacional Privado brasileiro as denominadas “normas de aplicação imediata”, espécies das normas imperativas, que perseguindo um resultado material de Justiça do Direito Internacional Privado, aplicam-se aos casos pluriconectados de forma “direta” antes mesmo da norma indireta, da norma de conflito que indicaria uma lei para regular materialmente o caso concreto.<sup>9</sup>

Como se observa, a proteção dos mais fracos, dos vulneráveis, através da dogmática atual do Direito Internacional Privado apresenta uma série de facetas, muitas vezes não analisadas pelos comercialistas, acostumados que estão à solução dos conflitos de leis entre iguais, entre comerciantes, no ágil, altamente concorrencial, pleno de oportunidades e riscos, mercado comercial internacional. Se já sugeri a elaboração de uma Convenção Internacional<sup>10</sup> que positivasse, de forma clara, estas novas teorias e os limites da finalidade de proteção material do consumidor de produtos e serviços estrangeiros, permitam-me agora, analisar como se dá esta proteção no Brasil, no ordenamento jurídico atual e tecer algumas observações que podem ser úteis, caso uma nova Lei de Introdução venha a ser preparada.

Para facilitar o acompanhamento pelos

menos iniciados na pesada terminologia do Direito Internacional Privado, gostaria de limitar a análise e estudar apenas um exemplo prático, qual seja, análise de como se dá a proteção do consumidor, que contrata o fornecimento de produtos e serviços estrangeiros através da Internet, em contratação a distância com fornecedor com sede no Exterior. A análise de como se dá a proteção do consumidor do mercado brasileiro, quando há fato do produto estrangeiro defeituoso ou quando há fato do serviço estrangeiro defeituoso ficará, assim como a visão dos conflitos de jurisdição, para posteriores artigos. A primeira parte seria assim dedicada à análise do regime da contratação de consumo à distância no Brasil com fornecedor com sede no Exterior e, a segunda, à análise do regime em caso de fato do produto ou do serviço ocorrido no mercado brasileiro.

## I. Visão geral da contratação de consumo à distância no comércio eletrônico no Brasil

Ao elaborar a 4ª edição de meu livro sobre contratos, percebi que, dentre as técnicas de contratação de massa na sociedade atual ou pós-moderna, as quais dão azo à nova realidade contratual, estão não somente os já analisados contratos de adesão, as condições gerais contratuais e os contratos cativos de longa duração, mas também -e com grande destaque- a contratação à distância no crescente comércio eletrônico de consumo.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Assim MARQUES DOS SANTOS, Antônio, *As normas de Aplicação imediata no Direito Internacional Privado - Esboço de uma Teoria Geral* - vol. I, Coleção de Teses, Ed. Almedina, Coimbra, 1991, p. 11. Veja também SCHWANDER, Ivo, *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, Schulthess, Zurique, 1975, p. 132-184.

<sup>10</sup> Veja meu artigo in RT 788, p. 11 e seg..

<sup>11</sup> Veja no Brasil, o livro de Carvalho, Ana Paula Gambogi, *Contratos via Internet*, Belo horizonte, Del Rey, 2001, p. 21 e seg. Os alemães denominam o comércio eletrônico de “espaço negocial eletrônico” (*elektronische Gerschaeftsverkehr*), Steckler, Brunhilde, *Grundzüge des EDV-Rechts*, Vahlen, Munique, 1999, p. 200 ou de negócios através da Internet (*geschaeftsverkehr über das Internet*), WIMMER, Norbert e GERHARD, Michael, *Der Online-Provider im neuen Multimediarecht, Nomos, Baden-Baden*, 1998, p. 135.

Efetivamente, desde a década de 90, há um espaço novo de comércio com os consumidores,<sup>12</sup> que é a Internet, as redes eletrônicas e de telecomunicação de massa.<sup>13</sup> Trata-se do denominado “comércio eletrônico”, comércio entre fornecedores e consumidores realizado através de contratações à distância, as quais são conduzidas por meios eletrônicos (e-mail etc.), por Internet (*on line*) ou por meios de telecomunicações de massa (telemarketing, TV, TV a cabo, etc.), sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar (e sim à distância).<sup>14</sup>

A dificuldade estava em abarcar este complexo e rico fenômeno do comércio eletrônico de consumo sob uma só denominação e ao mesmo tempo identificar o “suficientemente novo”, pois o meio eletrônico (ou televisivo, telepático ou por cabo) é apenas um veículo a mais para a contratação à distância entre o consumidor e o fornecedor, contratação

que já conhecemos desde os catálogos e as vendas por reembolso postal. Dificuldade em identificar o suficientemente “específico” nesta contratação à distância envolvendo produtos e serviços, pois ninguém duvida que o comércio eletrônico de consumo, muitas vezes denominado pela expressão em inglês B2C (*bussines-to-consumers*),<sup>15</sup> utiliza-se também de contratos de adesão e condições gerais contratuais<sup>16</sup> e, em matéria de serviços de informação ou de provimento de acesso à Internet, também são contratos cativos de longa duração. A dificuldade estava, pois, em diferenciar estes contratos “do comércio eletrônico” dos fenômenos de massificação contratual anteriormente analisados, uma vez que os contratos “eletrônicos” também são contratos típicos dos atuais tempos pós-modernos.

Inspirou-me a abundante doutrina sobre o tema. A doutrina italiana está convencida que

<sup>12</sup> Como ensina Steckler, p. 278, os meios usados para esta contratação a distância podem ser o telefone (com pessoas ou gravações, voice-mail, audiotexte etc.), rádio ou telefone com imagens, videotexto, microcomputadores, televisão, com teclado ou tela de contato, e-mail, telefax, teleshopping e outras técnicas semelhantes.

<sup>13</sup> Note-se que a Lei Modelo da UNCITRAL para o comércio eletrônico (UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce), que é voltada para o comércio internacional e inter-empresários, tanto que sua nota de rodapé 1 explicita que as normas previstas não revogam ou atingem qualquer norma visando a proteção dos consumidores (\*\* This Law does not override any rule of law intended for the protection of consumers), define em seu art. 2º que o comércio eletrônico tem como base a transferência de computador para computador (EDI) de informações usando um código standard para estruturar a informação (Art.2, b – “Electronic data interchange-EDI” means the electronic transfer from computer to computer of information using an agreed standard to structure the information) e que os dados transferidos são informações geradas, enviadas, recebidas ou guardadas em forma ou meio eletrônico, óptico ou similar (Art. 2, a-“Data message” means informations generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy), Veja Law Commission, part one, p.139 e 140.

<sup>14</sup> Elementos retirados da Diretiva 97/7/CE, de 20 de maio de 1997 sobre contratação à distância (Widmer/Baehler, p. 179 e seg.) e dos comentários de REICH, Norbert e NORDHAUSEN, Annette, *Verbraucher und Recht in elektronischen Verkehr (eG)*, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 36 sobre o que denominaram colocação eletrônica à distância de produtos e serviços (“elektronische Fernabsatz”)

<sup>15</sup> Veja curso de Haia do advogado da Microsoft, SMITH, Bradford, *The third industrial revolution: Law and policy for the Internet*, in Recueil, 2000, T. 282, p. 260 a 265

<sup>16</sup> Veja SANTOS, Manoel J. Pereira do e ROSSI, Maria Delapieve, Aspectos legais do comércio eletrônico, in RDC 35, 2000, p. 123 e seg. Estes autores, p. 108, definem “contratos eletrônicos como os “negócios jurídicos bilaterais que utilizam o computador, como mecanismo responsável pela formação e instrumentalização do vínculo contratual”.

estes contratos são “contratos desumanizados” (Oppo) e “sem acordo” (Irti).<sup>17</sup> Seriam contratos em que o fornecedor não teria mais “rostro”, não mais apareceria (ou poderia mesmo não existir) fisicamente ou territorialmente,<sup>18</sup> pois alguns fornecedores globais são redes de distribuição sem sede fixa. Os contratos à distância no comércio eletrônico seriam apenas um sub-tipo dos contratos “automatizados”, contratos realizados diretamente com “computadores” (como os contratos de Home-banking) ou com máquinas de respostas (como os contratos por telefone com respondedores automáticos), contratos “em silêncio” ou “sem diálogo” (expressão de Irti), conduzidos mais pela imagem, pela conduta de apertar um botão, do pela linguagem. Certo é que nestes contratos há acordo de vontade, há vontade, mesmo que de adesão e “de conduta social típica”, logo, há contrato, mesmo que unilateralmente elaborado e muitas vezes não acessível ao consumidor. Há uma bilateralidade essencial, apesar da unilateralidade tão visível. Há bilateralidade de vontades, pois apesar do fornecedor ser “virtual” e do consumidor ser “massificado”, apesar do oferecer e do eleger serem mais “automatizados”, apesar do direito abstrair mais do plano da validade, e considerar

mais a confiança despertada, a declaração de oferta realizada, do que a vontade interna do fornecedor, considerar mais a conduta social do consumidor, do que a capacidade deste ou de quem atuou por ele ou no seu computador, há um contrato no plano da existência, juridicamente relevante e que produzirá efeitos – e muitos- no plano da eficácia. O contrato final é “velho”, o método de contratação é atual, e o meio de contratação – e por vezes de cumprir a prestação imaterial – é que é “novo”.

Neste sentido, o novo aqui, parece-me, é a soma de métodos massificados e pós-modernos de contratação. O novo aqui é o fato de –em um revival da obrigação de dar. Novamente a maioria destes contratos do comércio eletrônico envolvem obrigações de dar e não duram no tempo, isto é, são contratos de prestação imediata e pagamento único (com a ajuda do sistema de cartão de crédito), muitos são contratos de compra e venda (por ex: aquisição de livros, Cds, DVDs, ou mesmo a compra de um software/programa/antivírus, nos chamados contratos informáticos<sup>19</sup> (pois o produto é enviado pelo meio eletrônico), mas que envolvem “produto imaterial” (o software, por definição legal, as músicas, ebooks, filmes,

<sup>17</sup> Sobre a controvérsia entre Irti e Oppo, veja FRESNEDA SAIEG, Mónica e HERNÁNDEZ, Carlos A., “La protección del consumidor en los contratos a distancia celebrados por medios informáticos”, in Revista de responsabilidad civil y seguros (Buenos Aires, La Ley), nr. 5, set./oct., 2001/Hernandez, p. 62-63. A amistosa disputa começou com o instigante artigo de Irti, “Scambi senza accordo”(1998), respondido por Oppo com o artigo “Disumanizzazione del contrato?” (1998) e replica de Irti, “è vero ma...(Replica a Giorgio Oppo)”, in Revista di Diritto Civile, anno XLV, nr. 2, 1999, p. 273 e seg.

<sup>18</sup> Veja sobre territorialidade e Internet, GROSSFELD, Bernhard, *Global Accounting: Where Internet meets Geography*, in the American Journal of Comparative Law, 200, vol. 48, p. 261-306.

<sup>19</sup> Como ensina BRIZZIO, Claudia R., *La informática en el nuevo derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 34, a expressão informática é uma criação advinda união de “informação automatizada” e descreve todo o tipo de tratamento de informação por suportes automatizados em computadores. A autora define contratos informáticos: “ se entende por contrato informático al que tiene por objeto bienes o servicios informáticos” (Brizzio, p. 42, nota 90) e citando Davara Rodríguez, inclui todos os contratos envolvendo bens materiais relativos ao funcionamento dos computadores (hardware, periféricos etc.), bens imateriais (software etc.) e serviços (desenho, análise e manutenção de sistemas). Nesta obra, aceitaremos uma definição mais restrita de contratos informáticos, incluindo apenas aqueles que são totalmente imateriais, em que o produto ou serviço (software, músicas, filmes, informações, lazer etc.) for enviado por meio informático, prestação contratual totalmente sem materialização até a chegada ao consumidor (*paperless e materialless*).

clips etc.), em um revival destes contratos frente aos contratos cativos de longa duração, fenômeno antes comentado, que em sua maioria são contratos de serviço e de prestação prolongada no tempo.

O “específico e substancialmente diferente” aqui é o meio eletrônico utilizado, que permite de um lado interatividade, de outro, algo analógico às correspondências ou reembolso postal, no uso de e-mail na contratação à distância com intervalo temporal. Também há que se destacar o uso metodológico da imagem, da conduta social típica e do silêncio dos consumidores. Assim, entrando no mundo virtual dos sites (imagens), o caminho é repleto de imagens (e linguagens) e um simples tocar no teclado significa aceitação, um simples continuar um caminho virtual de imagens, sons e de mínimas palavras, significa uma declaração de vontade tácita, um simples continuar no site, em silêncio, abrindo *wraps* sem protestar ou cortar a conexão, pode significar um determinado tipo de contratação ou declaração negativa ou positiva. Há que se destacar ainda como novo e específico que o meio eletrônico, onde ocorrerá a negociação-virtual e contratação-virtual, também modifica os conceitos de tempo real, impondo o tempo virtual, de território, impondo a rede global como “lugar do contrato”, em contrato já denominado de desterritorializado, internacional ou nacional conforme as partes, não conforme o lugar da conclusão do negócio (Art. 9, §2º da LICC), pois

as ofertas nos sites são “globais” em rede e não encontram mais limites territoriais ou nacionais.<sup>20</sup> Acabei escolhendo a denominação “contratos do comércio eletrônicos”, em homenagem ao livro de Michel Vivant,<sup>21</sup> obra que tem como finalidade o estudo dos contratos comerciais e de consumo, com a diferença que me concentrarei aqui nos “contratos do comércio eletrônicos” envolvendo consumidores na sociedade brasileira.

## A. Tipos de contratos de consumo à distância no comércio eletrônico e seu regime no Direito material brasileiro

### 1. Os diferentes tipos de contratos à distância no comércio eletrônico realizados por consumidores.

Vivant analisa os seguintes contratos do comércio eletrônico que, por envolverem consumidores, nos interessam: 1. Os contratos de acesso técnico às redes eletrônicas (contrato entre o consumidor e um fornecedor de acesso – servidores, TVs cabo e outros),<sup>22</sup> 2. o contrato de venda on-line,<sup>23</sup> venda de produtos materiais, que serão entregues *a posteriori* no

<sup>20</sup> Veja GROSSFELD, Bernhard, Global Accounting: Where Internet meets Geography, in *te American Journal of Comparative Law*, 200, vol. 48, p. 261-306.

<sup>21</sup> O autor francês também procura uma certa originalidade nestes contratos, assim afirmando VIVANT, Michel. *Les contrats du commerce électronique*, Litec, Paris, 1999, p. 4: “Nous allons examiner...les contrats du commerce électronique qui présentent une certaine originalité, originalité qui peut tenir à leur objet, vraiment neuf, comme a l’*éclairage* que l’Internet peut leur conférer. Mais le domaine contractuel est, par nature même, celui de la liberté. Ce qui veut dire qu’il n’y a nulle autre borne à la création de contrats, nouveaux ou revisités...que l’imagination même des praticiens.”

<sup>22</sup> Vivant, p. 13 e seg.

<sup>23</sup> Vivant, p. 89.

local indicado pelo consumidor e venda de produtos imateriais (software, etc.) a ser enviado pelo mesmo meio eletrônico; 3. contratos de bens “informativos”,<sup>24</sup> bens totalmente desmaterializados, como músicas, revistas on-line, educação à distância, acesso a informações, a imagens, filmes, trailers, histórias em quadrinhos, jogos, videogames, etc. Incluiríamos também 4. os contratos de prestação de serviços on-line ou por Internet, como contratação com agências de viagens, transportadoras, seguradoras, bancos e financeiras, contratos não tratado por Vivant.

Nos contratos de acesso dos consumidores (pessoas físicas) à Internet e redes eletrônicas os temas mais frequentes de interesse dos consumidores são: as informações sobre os diferentes tipos de planos, a velocidade, qualidade (uso municipal, em deslocamentos, em outros países, webmail etc.) e quantidade exata da prestação (de horas, grupos, newgroups, e-mails, capacidade de estocagem, etc.), as informações de instalação e uso, assim como para acessar a assistência técnica 24 horas. Os problemas mais frequentes são as mudanças do conteúdo contratual e do preço, as interrupções do sistema, a demora para acessar, a velocidade esperada não confirmada, o não-bloqueio correto de conteúdos restritos e sites, o envio de e-mails

não solicitado, a quebra do sigilo nos endereços eletrônicos e das senhas de acesso,<sup>25</sup> a não-criptografia estipulada, a falha do web-mail, a não estocagem e a perda de informações, os vírus e *cookies*, os *hackers*, a venda casa de equipamentos para rápido acesso, as cláusulas penais, a formação não informada do preço.<sup>26</sup>

Nos contratos de venda on-line e de bens informáticos aos consumidores, os produtos vendidos podem ser materiais, que serão entregues *a posteriori* no local indicado pelo consumidor e venda de produtos imateriais (software, etc.),<sup>27</sup> cujo envio é imediato ou retardado no tempo, mas pelo mesmo meio eletrônico. Os problemas mais comuns são a não entrega, ou entrega em endereço errado, as taxas não especificadas de correio ou de recebimento, o retardo na entrega, a falta de sanção pelo retardo na entrega, a falta de garantia para o produto, a impossibilidade de executar o direito de arrependimento (produto aberto, software já enviado, endereço incongruente ou incompleto), a lei aplicável e a jurisdição competente, por vezes até uma jurisdição arbitral virtual compulsória, a venda casada, a recusa de venda, a falha na segurança com os dados do consumidor, dados privados e dados sensíveis, como o seu número de cartão de crédito, a falha na cobrança no cartão de crédito (cobrança a mais, cobrança antes da

<sup>24</sup> Vivant, p. 105 e seg.

<sup>25</sup> Veja decisão recente do TJ-RS sobre o tema, em que o provedor mesmo entra com ação contra usuário comercial que quebrou indevidamente as senhas e endereços dos outros usuários para enviar publicidade comercial: “Ação ordinária de obrigação de não fazer, cumulada com tutela antecipada e pedido cominatório. Provedor de Internet. Acesso indevido a Banco de Dados da Provedora por parte de usuário. Ônus da Prova...impunha-se a procedência da ação. hipótese em que os réus violaram o sigilo de usuários de provedor da Internet em notória ofensa à garantia constitucional insculpida no art. 5º, XII, da Carta Federal. Apelação desprovida” (TJ/RS, Ap.C 70001918333, j. 08.05.2001, Des. Fernando Braf Henning Júnior).

<sup>26</sup> Veja VIVANT, p. 17, 18 e 19. Como alerta FÉRAL-SCHUHL, Christiane, *Cyber Droit- Le droit à l’épreuve de l’Internet*, 2. Ed., Dalloz-Dunod, Paris, 2000, p. 171, estes contratos de acesso à Internet são tão conflituais que o governo francês interveio para impor informações mínimas e proibir certas práticas comerciais. Veja no Brasil, trabalho pioneiro de Antonio Joaquim Fernandes.

<sup>27</sup> Veja VIVANT, p. 89 e seg.

entrega etc.), as diferenças entre as fotografias do *site* e os produtos recebidos, a compra involuntária ao apertar o incône, o erro não sanável na contratação etc.

Nos contratos de bens “informativos”,<sup>28</sup> bens totalmente desmaterializados, como músicas, ebooks, revistas on-line, acesso a informações e bancos de dados, a imagens, filmes, trailers, histórias em quadrinhos, jogos, videogames, etc. os problemas mais comuns – além dos outros anteriormente mencionados – seriam as próprias condições de uso do bem transmitido (cópia, download etc.), a garantia de prestabilidade dada, os erros na contratação e o direito de arrependimento, a desatualização ou imprecisões dos bancos de dados, a demora na prestação das informações, do lazer etc.<sup>29</sup> Um regime especial, com responsabilidade qualificada dos fornecedores, é o dos contratos por Internet visando conselhos, aconselhamento (financeiro, na compra de produtos complexos ou em atividade como corretor),

pareceres (econômicos, estatísticos, advocatícios etc.),<sup>30</sup> tratamentos (medicinais, psicológicos, médicos etc.).<sup>31</sup> Os contratos envolvendo educação à distância através da Internet também envolvem questões específicas, geralmente reguladas em leis especiais, envolvendo garantias, reconhecimento dos diplomas, títulos, qualidade e quantidade da informação, direitos autorais, modos de cobrança e proibindo certas práticas comerciais nestes contratos educacionais.<sup>32</sup> Também menciona-se que os contratos envolvendo jogos de azar, prêmios, práticas comerciais proibidas em alguns países (venda em bola de neve etc.) e lazer com conteúdos adultos ou pornográficos, envolvem a aplicação de normas de ordem pública e proibições específicas de cada país envolvido.<sup>33</sup>

Nos contratos de prestação de serviços on-line ou por Internet, como contratação com agências de viagens, transportadoras, seguradoras,<sup>34</sup> bancos e financeiras,<sup>35</sup> os problemas mais comuns são os relacionados à

qualidade, quantidade, tempo e modo da prestação do serviço, e a segurança deste, em especial, tratando-se de home-banking, financiamento on line ou por automáticos bancários.<sup>36</sup> Interessante observar que neste tipo de contratação, aplica-se o direito de arrependimento e reflexão (Art. 49 do CDC). Assim resultaria, também no Brasil, se uma empresa aérea vende em seu *site* um bilhete ou faz um financiamento para o cliente, há direito de arrependimento do consumidor-leigo,<sup>37</sup> da mesma forma, se o consumidor faz um leasing ou aluga um automóvel,<sup>38</sup> ou mesmo faz um empréstimo/mútuo *on-line* no seu *home-banking*.<sup>39</sup> Segundo Meents, problemático é apenas o arrependimento em matéria de fornecimento de informações mensais ou revistas. Nestes casos, usam os doutrinadores europeus uma analogia ao fornecimento de crédito mês a mês e o direito de arrependimento renova-se, sempre que um novo mês inicia.<sup>40</sup>

Santos e Rossi classificaram estes contratos do comércio eletrônico com execução no ambiente virtual de “comércio eletrônico direto”, lembrando ainda que o pagamento se

faz geralmente mediante o uso de cartões de crédito ou *Electronic Fund Transfer-EFT*, reforçando a natureza intangível do objeto contratual e sua execução.<sup>41</sup>

Cesar Santolim, em sua pioneira obra de 1985, classificou os contratos “por computador”, em 3 tipos: aquele que usa o computador como “simples meio de comunicação”, e se assemelha na disciplina aos contratos por carta, correspondência comercial, à distância típicos; aquele que usa o computador “como local de encontro de vontade já aperfeiçoadas”, e aquele em que o computador é “auxiliar no processo de formação da vontade (Contratos por computador *stricto sensu*)”.<sup>42</sup>

Santos e Rossi destacam que a contratação neste espaço eletrônico podem ser interpessoais, interativas e intersistêmicas,<sup>43</sup> as duas primeiras podem ser de consumo e interessam-nos em especial, já as intersistêmicas, com sistemas aplicativos previamente programados pelos fornecedores, são típicas de contratos entre comerciantes e com finalidade comercial.<sup>44</sup>

<sup>28</sup> VIVANT, p. 105 e seg.

<sup>29</sup> Como alettra SCHMITZ, Dirk, *Die vertraglichen Pflichten und die Haftung der Informationsanbieter im Internet*, Stuttgart, Kolhammer, 2000, p. 131 e seg., se as informações e dados são gratuitos na Internet e realmente não remunerados indiretamente, o regime é diferenciado, análogo às doações e liberalidades do direito civil geral, mas com um regime sui generis de responsabilidade civil (p.142).

<sup>30</sup> Sobre o tema da prestação de serviços advocatícios pela Internet, veja artigo específico de Maria Cristina Zucchi, in DELUCCA, Newton e SIMÃO, Adalberto, DeLucca e Simão, *Direito e Internet- Aspectos Jurídicos Relevantes*, São Paulo, Edipro, 2000 *Direito e Internet- Aspectos Jurídicos Relevantes*, São Paulo, Edipro, 2000, Internet, p. 329 a 350.

<sup>31</sup> Assim alerta SCHMITZ, p. 135 e seg.

<sup>32</sup> Assim alettra REICH/NORDAUSEN, p. 64 e seg.

<sup>33</sup> Sobre o tema veja WIMMER, Norbert e GERHARD, Michael, *Der Online-Provider im neunten Multimediarecht*, Nomos, Baden-Baden, 1998/Michael, p. 40 e seg.

<sup>34</sup> Sobre seguros-online, veja WINTER, Gerrit, “Internationale Online-Versicherungs als Korrespondenzversicherung”, in *Versicherungsrecht 2001*, Gerrit, “Internationale Online-Versicherungs als Korrespondenzversicherung”, in *Versicherungsrecht 2001*, p. 1461 e seg.

<sup>35</sup> Como esclarece SPINDLER, Gerald (Org.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, Colonia, 2000, p. 341, somente os contratos bancários com consumidores e de investimento receberam um tratamento especial na Diretiva europeia 200/31/CE (Art. 3,IV), face a especial vulnerabilidade dos consumidores, aplicando-se suas normas imperativas, quebrando o princípio da lei do país de origem (Herkunftslandprinzip).

<sup>36</sup> Veja TIMM, Luciano Benetti, A prestação de serviços bancários via Internet (home banking) e a proteção do consumidor, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 38 (2001), Home banking, p. 74 e seg. e meu artigo “Sociedade de informação”, p. 49 e seg. A análise clássica é de GAVALDA, p. 225 e seg.

<sup>37</sup> Este direito é comum na Europa, veja MEENTS, Jan Geert, *Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften im Internet*, Editora Otto Schmidt, Colônia, 1998, p. 31.

<sup>38</sup> O direito de arrependimento em matéria de leasing também existe na Europa, nestes casos, veja Meents, p. 32.

<sup>39</sup> Este direito de arrependimento existe também na Europa, veja MEENTS, p. 245 e seg.

<sup>40</sup> Assim ensina MEENTS, p. 38 e 40 e 41.

<sup>41</sup> SANTOS e ROSSI, p. 115.

<sup>42</sup> SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos, *Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por computador*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 24 e 25.

<sup>43</sup> SANTOS e ROSSI, p. 111.

<sup>44</sup> Assim SANTOS e ROSSI, p. 112: “Nas contratações intersistêmicas, a comunicação eletrônica se estabelece entre sistemas aplicativos previamente programados, estando ausente a ação humana no momento em que a comunicação propriamente dita acontece.”

Já os recentes estudos de matéria tributária e da OECD<sup>45</sup> afirmam que as transações por meio eletrônico com consumidores e que interessam a este estudo podem ser as seguintes: tratamento eletrônico de encomendas de produtos materiais; pedido eletrônico e download de produtos digitais; pedido eletrônico de atualizações e itens adicionais; pedido de software ou outro produto digital para usuário único; manutenção de software; armazenagem de dados, suporte ao usuário, sistema de pesquisa e recuperação de dados; fornecimento de dados exclusivos ou outros dados com forte valor agregado, acesso eletrônico a assessoria profissional; informações técnicas, entrega de informações; acesso a um web interativo; acesso a um portal de compras on-line, acesso a leilões on-line; sites com ofertas de produtos em anexo, transmissão de dados contínuos (em tempo real) através da web; provedores de acesso à Internet.

## 2. Os diferentes elementos dos contratos à distância do comércio eletrônico de consumo

Como se observa o chamado “comércio eletrônico” é realizado através de contratações à distância, por meios eletrônicos (e-mail etc.), por Internet (*on line*) ou por meios de telecomunicações de massa (telemarketing, TV, TV a cabo, etc.), é um fenômeno plúrimo, multifacetado e complexo, nacional e internacional, onde há realmente uma certa “deshumanização do contrato” (“*disumanizzazione del contratto*”).<sup>46</sup> A expressão escolhida pela doutrina italiana choca, e está sua principal finalidade. Assim como Ghersi denominava de “contrato sem sujeito”, o primeiro tipo de contrato pós-moderno, aqui temos um outro tipo de contrato pós-moderno,

em que a impessoalidade é elevada a graus antes desconhecidos e no qual todas as técnicas de contratação de massa se reunirão: do contrato de adesão, das condições gerais contratuais, ao marketing agressivo, à catividade do cliente, à internacionalidade intrínseca de muitas relações, à distância entre o fornecedor e o consumidor. Se temos aqui presentes os elementos da contratação massificada e geral, da pressão e da distância, fenômenos já conhecidos, por exemplo, com a venda por correspondência, por catálogo e outras, somente uma descrição mais detalhada do *iter* da “contratação no comércio eletrônico” pode esclarecer como este “meio” “instrumento” de contratação pode ser tão especial a ponto de criar um fenômeno próprio e diferente de seus predecessores.

O fenômeno é novo por sua fluidez, complexidade, distância, simultaneidade ou atemporalidade, desterritorialidade e objetividade ou autonomia. Vejamos, a contratação é a distância, e esta distância televisiva ou telemática traz uma nova espécie de pressão (*Zwang*). Não a pressão do vendedor em sua porta, mas do fato da oferta estar dentro de sua casa, no seu trabalho, no seu espaço privado, nas suas férias, atemporalmente, dia e noite, em todos os lugares do mundo, onde a oferta negocial puder ser acessada ou vista. A distância física entre o fornecedor e o consumidor é enorme fator de debilidade informativa, as informações disponíveis são aquelas escolhidas pelo fornecedor e acessadas com uniformidade. A distância física entre o fornecedor e o consumidor é fator de insegurança, tanto quanto ao efetivo envio do produto (por exemplo: livros, CDs, DVDs, Automóveis, eletrodomésticos, software, peças de um leilão eletrônico, etc.), ou serviço (informações, filmes, músicas acesso à

<sup>45</sup> A sistematização a seguir foi realizada por Atilio Dengo, advogado da “portoweb”, com base nos estudos da OECD, da qual foram retirados somente as transações que, na visão da autora, são de consumo, veja DENGGO, Atilio, Tributação do Comércio Eletrônico, Diss. de Mestrado, UFRGS, 2001, p. 206 a 254.

<sup>46</sup> Assim a expressão de OPPO, p. 525, citando Natalino Irti e sua expressão “scambi senza accordo”.

Internet etc.), à lisura da forma de pagamento e do relacionamento pós-contratual (débito no cartão de crédito, clonagem de cartões de crédito, acesso a dados privados, garantias do pós-venda etc.), quanto em relação à lei aplicável ao contrato, uma vez que muitos destes fornecedores “eletrônicos” localizam-se no exterior.

A fluidez ou desmaterialização da contratação é um elemento a ser considerado: o fornecedor não aparece materializado através de um vendedor, o fornecedor não tem mais “cara”, tem sim uma marca, um nome comercial, uma determinada imagem, um marketing virtual ou televisivo, uma estratégia de telemarketing. O fornecedor não tem endereço comprovável, mas apenas “informável”. Do fornecedor não se sabe sequer se é realmente um profissional, pois dada a diminuição dos custos de oferta e transação que a Internet traz,<sup>47</sup> o fornecedor pode ser um “iniciante” ou mesmo um adolescente “genial”, o fornecedor pode ser, em resumo, um outro consumidor, como no caso dos leilões por Rede ou dos negócios eventualmente realizados em Chats ou salas virtuais.

Outro elemento a considerar-se é complexidade técnica e jurídica deste tipo de

contratação à distância. Para lá do *click-agreement*, que seria contratado com um simples bater de uma tecla no lugar indicado, o comércio eletrônico é pleno de surpresas, desde os contratos “encapsulados” o *wraps-agreements*, que só são visualizados após a contratação, contratos por série de clicks em cadeia, aos *cookies*, presentes desvendadores dos visitantes de determinado *site site* ou portal, aos contratos que só são virtuais e nunca podem ser realmente “captados” e perenizados pelo consumidor, tendendo -ou facilitando- a que o fornecedor mude o conteúdo contratual com o passar do tempo virtual.<sup>48</sup>

Quanto à complexidade jurídica, mister frisar que todos os contratos não solenes podem ser hoje realizados por e-mail, *on line*, por Telefone, Cabo ou por Internet. Em especial as contratações bancárias, as envolvendo financiamento, crédito e renegociação de dívidas, devem receber especial atenção.<sup>49</sup> Trata-se do mais novo efeito da sociedade de informação<sup>50</sup> em matéria bancária. Nos últimos dez anos, o mercado brasileiro de serviços financeiros modificou-se drasticamente<sup>51</sup>. Verifica-se um aumento substancial no uso de cartões de crédito, cartões eletrônicos, atendimento bancário à distância, via telefone

<sup>47</sup> Veja sobre o tema, excelente, LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, Comercio eletrônico, p. 26 a 28.

<sup>48</sup> Veja LORENZETTI, Comercio eletrônico, p. 202

<sup>49</sup> Veja sobre o tema meu artigo “sociedade de informação e serviços bancários” e in TIMM, Luciano Benetti, A prestação de serviços bancários via Internet (hHome banking) e a proteção do consumidor., in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 38 (2001), p.79 e seg..

<sup>50</sup> Veja Sobre sociedade de informação, veja CASTELLS, Manuel, *End of Millennium (The Information Age: Economy, Society and culture, volume III)*, Blackwell P., Oxford, 1998, p. 1. , que assim a comenta: “...this is indeed a time of change...a technological revolution, centered around information, has transformed the way we think, we produce, we consume, we trade, we manage, we communicate, we live, we die, we make war, and we make love. A dynamic global economy has been constituted around the planet, linking up valuable people and activities from all over world, while switching off from the networks of power and wealth, people and territories dubbed as irrelevant from the perspective of dominant interests...”

<sup>51</sup> Cf. MARQUES, Cláudia Lima Marques, ‘Les contrats de crédit dans la législation brésilienne de protection du consommateur’, in Iain Ramsay (ed.), *Consumer Law in the Global Economy* (Ashgate-Dartmouth, Aldershot, England, 1997), pp. 321 – 348.

ou Internet, e no número geral de clientes bancários. Da mesma forma, ocorreu também, por parte do governo brasileiro, uma forte desregulamentação e privatização do sistema financeiro e creditício, aumentando assim a competição entre instituições financeiras, no mesmo momento em que a defesa do consumidor foi finalmente regulada através do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Há também o chamado Código do cliente bancário, a Res. 002878 do Bacen, que “dispõe sobre procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral.”

Lorenzetti, em interessante resumo,<sup>52</sup> destaca, como elementos novos e conjuntos deste fenômeno a distância entre fornecedor e consumidor, a simultaneidade ou atemporalidade da oferta e da aceitação, assim como da contratação em si, a desterritorialidade da contratação, realizada em “território” virtual, no écran do consumidor, mas em realidade de execução à distância e a objetividade ou autonomia das duas vontades exteriorizadas, seja frente a uma máquina, no fax, no telefone ou em qualquer outro meio virtual.

## B. Formação do vínculo e disciplina material destes contratos

Inicialmente, mister frisar que a disciplina destes contratos à distância no comércio eletrônico é a mesma que a dos outros contratos à distância, estando regulados no CDC. Necessário é, porém, destacar a vulnerabilidade

especial do consumidor quando se utiliza do meio eletrônico. Em outras palavras, o meio eletrônico, automatizado e telemático, em si, usado profissionalmente pelos fornecedores para ali oferecerem seus produtos e serviços aos consumidores, representa aos consumidores leigos, um desafio extra ou vulnerabilidade técnica. O consumidor não é - mesmo que se considere - um especialista ou técnico em computadores e na Internet.

Esta “falha tecnológica” é geral, mas não desanima, ao contrário, fascina a maioria. É típica da pós-modernidade. Apesar desta “falha tecnológica” ou vulnerabilidade frente ao meio virtual milhares de consumidores, sem medo, negociam, compram e participam até mesmo de leilões e outros “divertimentos” consumistas sem censura, através da rede mundial da Internet. Atuam eles sem conhecimento técnico, sem fronteiras, sem território, sem passado, sem experiência e com uma fluída confiança, justamente no Direito “do Consumidor”, e em uma vaga (e muitas vezes inexistente) proteção “internacional” dos mais fracos, confiando nas respostas pelo menos razoáveis que a Justiça dará. É um contexto novo de superficialidade, hedonismo consumista e insegurança pós-moderna.

### 1. Proteção quando da formação do vínculo à distância no comércio eletrônico de consumo

Efetivamente, estes muitos consumidores que hoje negociam neste mundo de consumo eletrônico necessitam de uma proteção, e os aplicadores do Direito devem conhecer e dominar as linhas básicas que regem estas e outras negociações de consumo, sejam nacionais ou internacionais. Proteger e melhorar a posição jurídica contratual deste

<sup>52</sup> LORENZETTI, Comercio eletrônico, p. 163 e seg.

negociador mais fraco e leigo no comércio eletrônico, que é o consumidor pessoa física residente no Brasil, parece ser a finalidade maior da doutrina brasileira e dos projetos de leis existentes sobre o assunto. Como ensinam Lorenzetti e o advogado da Microsoft, parece haver consenso universal que o consumidor no comércio eletrônico deve receber o mesmo grau de proteção que já alcançou em seu país no comércio normal.<sup>53</sup>

Como destaca o professor alemão Norbert Reich,<sup>54</sup> existem pelo menos cinco diferentes constelações de procedimentos para que esta contratação à distância no comércio eletrônico com consumidor realize-se: a) ou o consumidor se dirige a um fornecedor conhecido (rede de lojas de eletrodoméstico, de roupas, fabricante de carros, marcas famosas etc.) por meio eletrônico; b) ou o consumidor encontra a publicidade no *site* do fornecedor, quando está surfando na Internet e se interessa pela oferta; c) ou a publicidade enviada por e-mail leva o consumidor virtual ao *síto* de Internet do fornecedor; e) ou a publicidade enviada por e-mail já contém o *link* fornecedor que o

consumidor então acessa.

Quanto à da formação do contrato, a doutrina<sup>55</sup> destaca os vários (e diferenciados) momentos da fase pré-contratual, que interessam ao direito do consumidor, a começar pela oferta ou proposta pública, que representam os antes mencionados sites, links, e-mails, a publicidade, os *spams* e outras manifestações virtuais de ‘vontade negocial’ dos fornecedores do mundo inteiro.<sup>56</sup> Considerando que estas manifestações de vontade negocial dos fornecedores contêm os elementos da oferta e despertam a confiança dos consumidores, são mais do que simples “convites públicos à oferta”. Segundo parece-me ser a primeira qualificação pela *lex fori* (lei brasileira), serão consideradas ofertas, no sentido do Art. 30 do CDC (e, parece-me, também serão consideradas propostas, no sentido do Art. 429 do Código Civil de 2002, se comerciais e puramente civis).<sup>57</sup>

As conclusões do V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, de Belo Horizonte, em 2000, já foram pela auto-aplicação das normas de direito do consumidor brasileiras

<sup>53</sup> Veja LORENZETTI, Comercio eletrônico, p. 188 e seg. e SMITH, Bradford, The third industrial revolution: Law and policy for te Internet, in Recueil de l’Haye, 2000, T. 282, p. 324 citando o Joint statement on electronic Commerce da Austrália e do Japão, as recomendações da OECD, as regras da união européia, as quais poderíamos unir os esforços da UNCITRAL, UNIDROIT e da Conferência de Haia.

<sup>54</sup> REICH/NORDHAUSEN, p. 4.

<sup>55</sup> Veja, por todos, LORENZETTI, Comercio eletrônico, p. 175 e seg.

<sup>56</sup> Veja, por exemplo, a decisão do Tribunal de Hamburgo (OLG Hamburg), de 22.02.2001, que cobnsiderou que um link só pode ser incluindo em um site, se for esta a vontade negocial do conectado, veja NJW-RR, 2001, p. 1198. Tambe me considerando qualquer publicidade online vontade negocial e o lugar onde despertar a confiança como conexão, veja LANDFERMANN, Hans-Georg, “Internet-Werbung und IPR, in Festschrift für das 75 Jahre Max-Plank-Institut Hamburg, Nomos, Baden-Baden, p. 514.

<sup>57</sup> Considero que o Código Civil de 2002 não rege as relações de consumo, senão subsidiariamente e como base conceitual, neste sentido o Art. 429 do CCB/2002 regularia as relações inter-empresárias (B2B) e as puramente civis (se assim consideradas as realizadas por dois ‘consumidores-leigos’ pela Internet, C2C). De qualquer maneira, vale a menção do referido novo Artigo: “Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos. Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta facultade na oferta realizada.”

ao comércio eletrônico com consumidores.<sup>58</sup> E considerando que qualquer consumidor residente no Brasil pode aceitar qualquer oferta do fornecedor, nacional ou estrangeiro, concluíram pela caracterização destas práticas negociais como oferta de consumo.<sup>59</sup>

A preocupação da doutrina é “jurisdicizar” estas práticas comerciais visando o comércio em todo o globo de seus produtos e limitar a revogabilidade desta oferta, que desperta a confiança dos consumidores. Concorde-se com Lorenzetti, quando afirma que a prática negocial de ofertar produtos e serviços pela Internet, em seus diversos modos, interativos e estáticos, é oferta de consumo, que pode ser aceita pelo consumidor a qualquer momento, nas condições da oferta realizada.<sup>60</sup> A revogabilidade vai depender da lei aplicável ao caso, mas se sugere ao fornecedor já informar as condições da oferta na publicidade, *site* ou meio eletrônico usado para tal. Aqui ganham em importância os usos e costumes do meio, pois que as ofertas de fornecedores internacionais geralmente são em línguas estrangeiras (o que já ajuda a formação da

confiança do consumidor brasileiro de que está celebrando um contrato internacional), os prazos de reflexão variam conforme as legislações e usos locais e podem ser mais favoráveis ao consumidor brasileiro, servindo a lei brasileira como lei imperativa de uso subsidiário, se mais favorável ao consumidor aqui residente. A forma de perenizar a oferta também é diferente, pois, uma vez não aceita na forma usual (click, informação de certos dados etc.), a oferta pode ser retirada do *site* sem que o consumidor nada possa fazer, se não a aceitou devidamente, segundo os usos e condições gerais do fornecedor. Como se verifica, aqui o meio virtual, sua instantaneidade e interactividade, influencia o regime da oferta e aceitação.

Seja considerado oferta de consumo ou não, há que se considerar que estas práticas comerciais dos fornecedores fazem nascer deveres de boa-fé geral, como o de informação, identificação do ofertante, identificação de oferta comercial, cuidado com os dados do consumidor (dever de preservação da privacidade do consumidor,<sup>61</sup> de proteger

<sup>58</sup> As conclusões, publicadas in Revista de Direito do Consumidor, vol. 35, p. 265, foram: “10.A argumentação em favor da aplicação da lei de domínio do fornecedor é inadequada, pois parte do pressuposto que a proteção e tutela do consumidor, através da lei de seu domicílio, seria um entrave ao progresso da economia, desenvolvimento e o progresso econômico, por imposição constitucional, devem ter por paradigma a defesa do consumidor. (aprovada por unanimidade)” e “11.As normas do CDC, como expressamente consignado em seu artigo 1º, são de “ordem pública e de interesse social”, entre a ordem pública local e a ordem pública estrangeira o juiz deve preferir a ordem pública de seu país; as disposições do CDC, por serem normas de ordem pública, não podem deixar de ser aplicadas às relações de consumo que envolvem consumidores residentes no território nacional, ressalvada a aplicação cumulativa da legislação estrangeira mais favorável. (aprovada por unanimidade)”

<sup>59</sup> As conclusões do painel foram “A prática do comércio eletrônico não prescinde de prévia autorização do ofertante para o dispor de seus produtos e serviços pela Internet. Isto não significa que o mesmo esteja a margem dos pré-requisitos legais determinados para a prática de atos de comércio. (aprovada por unanimidade)”, “No momento em que a oferta suficientemente precisa foi veiculada pela rede mundial denominada *internet*, está o fornecedor a ela vinculado; não cabe a retratação do direito civil; é necessária a ciência do fornecedor da aderência do consumidor à sua proposta, ou mesmo da declaração do consumidor ter aceitado a oferta, por se tratar de declaração unilateral de vontade do fornecedor, da qual exsurge obrigação perfeita, *ipso facto*, exigível. (aprovada por unanimidade) e “A oferta suficientemente precisa veiculada pelo fornecedor, através da Internet, implica, via de regra, contrato de adesão concluído com aderência virtual do consumidor, haja vista que o conteúdo contratual foi pré-elaborado de maneira abstrata, genérica, rígida e uniforme. (aprovada por unanimidade).

<sup>60</sup> LORENZETTI, Comércio eletrônico, p. 187.

<sup>61</sup> Sobre o tema veja artigo específico de PODESTÁ, in DeLucca/Internet, p. 155 e seg.

contra invasões no *site* ou na rede)<sup>62</sup> e deveres de boa-fé específicos do meio virtual, como o de confirmação individual, de perenização da oferta e do contrato e deveres de cooperação na comunicação (o silêncio do fornecedor pode ser usual no comércio, mas é fonte de insegurança e quebra da confiança frente ao consumidor),<sup>63</sup> na execução à distância (geralmente por correio e outros meios de execução da prestação característica, que é a do fornecedor) e no pagamento à distância (cuidados ao retirar a quantia do cartão de crédito, com o número do cartão de crédito, etc.), somados a cuidados específicos aos perigos do meio virtual (criptografia, combate aos hackers, arquivamento múltiplo para evitar perdas etc.). Nestes deveres específicos de uma boa-fé atualizada às práticas (e perigos) do meio eletrônico ou virtual, destaque-se o dever de possibilitar ao consumidor “perenizar” a informação ou dado eletrônico, a evitar que a confiança despertada por uma oferta, publicidade ou contrato, seja frustrada com a mudança no tempo (imediate, muito fácil e sem custos no mundo virtual) das “regras do jogo”, da oferta, do leilão, do contrato etc.

Os deveres de informação, de confirmação e de cuidado dos fornecedores

do comércio eletrônicos são preocupações de todos os projetos de lei, do direito comparado e da doutrina.<sup>64</sup> Em resumo, deve o fornecedor informar sobre o meio usado, sobre o produto ou serviço que oferece, sobre as suas condições gerais contratuais e condições específicas da oferta e deve se identificar de forma clara e eficaz.<sup>65</sup> O projeto da OAB/SP, dispõe: “Art. 4º - A oferta de contratação eletrônica deve conter claras e inequívocas informações sobre: a) nome do ofertante, e o número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda, e ainda, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador; b) endereço físico do estabelecimento; c) identificação e endereço físico do armazenador, d) meio pelo qual é possível contatar o ofertante, inclusive correio eletrônico; e) o arquivamento do contrato eletrônico, pelo ofertante; f) instruções para arquivamento do contrato eletrônico, pelo ofertante, bem como para sua recuperação, em caso de necessidade; e g) os sistemas de segurança empregados na operação.”<sup>66</sup> O projeto, muito corretamente, impõe uma série de deveres de boa-fé ao fornecedor: limitava as informações que o fornecedor podia requerer do

<sup>62</sup> Sobre o tema veja artigo específico de SIMÃO FILHO, in DeLucca/Internet, p. 101 e seg.

<sup>63</sup> No direito geral, tanto o Art. 1084 do CCB/16, quanto o Art. 11 do CCB/2002 dispõem que: “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos, o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.” Neste, sentido, afirmo no texto que, no mundo virtual, o silêncio não significa aceitação dos consumidores e sim, abuso comercial, a violar a confiança dos consumidores frente aos profissionais, os fornecedores do comércio eletrônico. A vontade do consumidor pode ser expressa por palavras ou atos (clicks, condutas sociais típicas etc.), mas não presumida do silêncio. Veja nesse sentido decisão do Tribunal de Colônia (OG Köln), de 04.09.1998, in VuR 1999, p. 69-71, que considerou abusivo a nova prática dos fornecedores cobrarem taxas de ligação para um consumidor que estava recebendo uma ligação publicitária, apesar de seu silêncio. Com opinião contrária, BARBAGALO, Erica Brandini, *Contratos eletrônicos*, Saraiva, São Paulo, 2001, p. 20.

<sup>64</sup> Veja, por todos, em síntese de Direito Comparado perfeita, LORENZETTI, *Comércio eletrônico*, p. 188 a 190.

<sup>65</sup> Veja LORENZETTI, *Comércio eletrônico*, p. 188.

<sup>66</sup> A íntegra do Projeto encontra-se in DeLucca/Internet, p. 495 e seg e o art. 4, p. 495 e 496



consumidor,<sup>67</sup> impõe o dever de identificar a mensagem como oferta comercial,<sup>68</sup> dever de confirmar a aceitação por meio automático para o consumidor,<sup>69</sup> dever de cuidado de criar um ambiente seguro para a contratação eletrônica,<sup>70</sup> e um dever de perenização das informações enviadas,<sup>71</sup> mas traz polêmicas normas especiais para consumidores e normas processuais.<sup>72</sup> Ainda não há definição quanto ao texto final, e a solução virá por Medidas Provisórias, segundo consta. De qualquer forma, destaque-se que a melhor solução foi a dada pela Diretiva 97/7/CE sobre contratação à distância, que assegura um extenso direito de informação do consumidor e sanciona eventuais falhas no cumprimento deste dever de informar

a um aumento do prazo de reflexão para o consumidor.<sup>73</sup> A Diretiva 2000/31/CE, traz deveres de informação nos Art. 5,6 e 10 e o dever de confirmação da aceitação no Art. 11, direitos de privacidade e de não receber produtos, no Art. 7 e regras especiais sobre a conclusão dos contratos por meio eletrônico (Art.9), como veremos a seguir. Também nos EUA, o *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* de 8 de junho de 2000, assegura direitos de informação, de disclosure dos termos do negócio e direito de reflexão ao consumidor.

Norbert Reich destaca que importante para o consumidor é o tempo da informação, o modo e clareza da informação, a língua, sua identificação

<sup>67</sup> Dispunha o Art. 5 do referido projeto da OAB/SP, depois PL 1589: "Art. 5º - O ofertante somente poderá solicitar do destinatário informações de caráter privado necessárias a efetivação do negócio oferecido, devendo mantê-las em sigilo, salvo se prévia e expressamente autorizado a divulgá-las ou cedê-las pelo respectivo titular. § 1º - A autorização de que trata o caput deste artigo constará em destaque, não podendo estar vinculada à aceitação do negócio. § 2º - Responde por perdas e danos o ofertante que solicitar, divulgar ou ceder informações em violação ao disposto neste artigo." Veja DeLucca/Internet, p. 496.

<sup>68</sup> Assim o texto: "Art. 8º - O envio de oferta por Mensagem eletrônica, sem prévio consentimento dos destinatários, deverá permitir a estes identificá-la como tal, sem que seja necessário tomarem conhecimento de seu conteúdo." Veja DeLucca/Internet, p. 496.

<sup>69</sup> Assim o texto: "Art. 7º - Os sistemas eletrônicos do ofertante deverão transmitir uma resposta eletrônica automática, transcrevendo a mensagem transmitida anteriormente pelo destinatário, e confirmando seu recebimento." Veja DeLucca/Internet, p. 496.

<sup>70</sup> Assim o texto: "Art. 6º - A oferta pública de bens, serviços ou informações à distância deve ser realizada em ambiente seguro, devidamente certificado." Veja DeLucca/Internet, p. 496.

<sup>71</sup> Assim o texto do "Art. 13, § 2º - Deverão os ofertantes, no próprio espaço que serviu para oferecimento de bens, serviços e informações, disponibilizar área específica para fins do parágrafo anterior, de fácil identificação pelos consumidores, e que permita seu armazenamento, com data de transmissão, para fins de futura comprovação." Veja DeLucca/Internet, p. 497.

<sup>72</sup> Em especial a referentes à participação dos notários, veja crítica em Carvalho, p. 128 e seg. e o Art. 13, com o seguinte texto: "Art. 13 - Aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor.

§ 1º - Os adquirentes de bens, de serviços e informações mediante contrato eletrônico poderão se utilizar da mesma via de comunicação adotada na contratação, para efetivar notificações e intimações extrajudiciais, a fim de exercerem direito consagrado nas normas de defesa do consumidor. § 2º - Deverão os ofertantes, no próprio espaço que serviu para oferecimento de bens, serviços e informações, disponibilizar área específica para fins do parágrafo anterior, de fácil identificação pelos consumidores, e que permita seu armazenamento, com data de transmissão, para fins de futura comprovação. § 3º - O prazo para atendimento de notificação ou intimação de que trata o parágrafo primeiro começa a fluir da data em que a respectiva mensagem esteja disponível para acesso pelo fornecedor. § 4º - Os sistemas eletrônicos do ofertante deverão expedir uma resposta eletrônica automática, incluindo a mensagem do remetente, confirmando o recebimento de quaisquer intimações, notificações, ou correios eletrônicos dos consumidores." Veja DeLucca/Internet, p. 497.

<sup>73</sup> Assim também MEENTS, p. 200 e REICH/NORDHAUSEN, p. 198.

e sua imputabilidade ao fornecedor.<sup>74</sup> Repita-se que, aplicando o Código de Defesa do Consumidor e as linhas gerais de boa-fé aqui especificadas, em uma visão contratual renovada, parece-me que podemos impor os mesmos deveres de conduta de boa-fé aos fornecedores no mercado eletrônico brasileiro, mesmo antes da aprovação de lei específica.<sup>75</sup>

Quanto à aceitação entre ausentes,<sup>76</sup> o CDC nada regula, assim, aplicáveis as normas subsidiárias da legislação geral. Segundo o Código Civil Brasileiro de 1916, em seu art. 1.086, e o novo Código Civil de 2002, em seu artigo 434,<sup>77</sup> o

contrato torna-se perfeito quando da expedição da aceitação pelo consumidor, a qualquer momento, dentro das condições da oferta não retirada devidamente.<sup>78</sup> Já entre presentes a aceitação deve ser imediata, o que é bastante complicado em caso de ofertas interativas (em Internet Relay Chat).<sup>79</sup> No caso das ofertas entre ausentes, aplicável são as normas do CDC (Arts. 30, 34, 35 e 48 do Código de Defesa do Consumidor), em preferência ao Art. 1081 do CCB e as novas normas do Código Civil de 2002 (arts. 427 e seg.), resultando em uma força vinculativa face à teoria da declaração e da confiança, muito maior que se pode supor no primeiro momento.<sup>80</sup>

<sup>74</sup> Assim REICH/NORHAUSEN, p. 187 a 193.

<sup>75</sup> Assim também concluiu SANTOLIM, p. 36 e 37, CARVALHO, Ana Paula Gambogi, *Contratos via Internet*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001 p. 147 e Roberto SENISE, in DeLucca/Internet, p. 488, também DeLucca/Internet, p. 94 e seg., esclarecendo, porém, a necessidade de normas específicas. Sobre o consenso internacional da imposição da boa-fé à atuação dos fornecedores neste meio, veja LORENZETTI, *Comércio eletrônico*, p. 246 e 247. Veja o advogado da Microsoft SMITH, p. 324 ponderando os efeitos "econômicos" positivos da aplicação da boa-fé e princípios gerais de proteção dos mais fracos no comércio eletrônico: "Traditional consumer protection principles- such as the obligations to provide relevant information, engage in honest and fair practices, and respect consumer privacy - ave generated a common understanding of commercial practices that help provide stability, predicability, and consumer and investors confidence. Adherence to these principles is equally valuable online.

<sup>76</sup> Crítica, com razão, esta terminologia, BARBAGALO, p. 26 e seg. Veja meu Curso/OEA e sugestão de nova CIDIP.

<sup>77</sup> Assim o texto: "Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: I - no caso do artigo antecedente; II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta; III - se ela não chegar no prazo convencionado.

<sup>78</sup> Veja detalhes in CARVALHO, p. 149.

<sup>79</sup> Veja em CARVALHO, p. 86 e 87, quais são as ofertas na Internet consideradas entre presentes (interactivas) e quais entre ausentes (e-mail, sites etc.): "Ofertas transmitidas ao oblato por meio de Internet Relay Chat, ou seja, de forma interativa, devem ser consideradas, como no caso de ofertas feitas por telefones, inter presentes. Por outro lado, devem ser consideradas inter ausentes as ofertas transmitidas ao solicitado por e-mail ou por "clique" em uma homepage, hipóteses em que ocorre um lapso temporal significativo entre a exteriorização da oferta e a sua chegada à esfera do conhecimento do oblato."

<sup>80</sup> Veja minhas críticas ao livro de CARVALHO, p. 308 e 309: "Parece-me, pois, que como a autora analisou a contratação via Internet de Consumo (B2C) e entre comerciantes (B2B), sem distingui-las estritamente, faltou considerar com mais precisão a pluralidade de fontes legislativas, pois deveria ter analisado mais fortemente a influência do CDC na imposição de uma teoria da declaração atualizada, ou teoria da confiança, resultando na quase impossibilidade de extinção da oferta (Art. 30 e 35 do CDC, este último muito pouco estudado na obra). A autora poderia também ter analisado mais profundamente as regras de direito comercial brasileiro sobre contratação comercial (em especial a compra e venda mercantil, nacional e internacional, assim como sobre interpretação da vontade comercial segundo a boa-fé, distinguido enfim com mais clareza os momentos de aplicação do CDC, do Código Comercial e do Código Civil como subsidiário a ambos códigos especiais. Ao leitor mais desavisado, esta concomitância na apresentação e comentário das fontes pode levar à conclusão errônea, ou que se aplicará a nova obrigatória oferta, ex-"invitatio ad offerendum", do CDC a todo o comércio via Internet (B2B), ou que em matéria de oferta o Art. 1081 do CCBr.CCB ainda é a regra principal, ou que em matéria de contratação de consumo e comercial, nacional e internacional, via Internet estas fontes se aplicam ao mesmo caso, o que não me parece conclusão válida ou comprovada."

## 2. Interpretação dos contratos e direito de arrependimento

A doutrina é unânime que a interpretação dos contratos do comércio eletrônico envolvendo consumidores deve ser diferenciada, sensível à proteção do contratante mais fraco e leigo, o consumidor.<sup>81</sup> A interpretação se faz a seu favor (art. 47 do CDC) e o recurso ao direito subsidiário geral só se fará quando favorável ao consumidor. Assim, por exemplo, enquanto no direito civil geral a regra é que “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa” (Art. 1084 do CCB/16 e Art. 11 do CCB/2002), no direito do consumidor a regra é inversa: o silêncio do consumidor significa negação e indício que aconteceu uma prática abusiva do fornecedor.<sup>82</sup> Aqui incluem-se as práticas de envio de produtos e serviços não solicitados. Neste sentido, pode-se afirmar que, no mundo virtual, o silêncio não significa aceitação dos consumidores e sim indício de que um ato comercial dos fornecedores pode ser abusivo,

a violar a confiança dos consumidores frente aos profissionais, os fornecedores do comércio eletrônico. A vontade do consumidor neste meio pode ser expressa por palavras ou atos (tocar símbolos, ícones, fazer clicks - *point and click agreements*, *click-wrap agreements* - e condutas sociais típicas, etc.), mas não presumida do silêncio.<sup>83</sup> Aqui há também que se considerar as linhas de presunção da identidade do agente contratante, tanto fornecedor, como consumidor, onde as atuais linhas de boa-fé impõem aplicação das teorias da aparência (para o profissional, já que se aplica o Direito Comercial) e da confiança (para o consumidor-leigo).<sup>84</sup> Dentre os contratos que merecem um interpretação especial estão os que envolvem jogos de azar, prêmios, conteúdos pornográficos e de lazer, geralmente envolvendo a ordem pública dos países conectados.<sup>85</sup>

A doutrina é unânime que aos contratos à distância do comércio eletrônico se aplica o Art. 49 do CDC e o prazo de reflexão de 7 dias.<sup>86</sup> A doutrina ainda cuida da forma da contratação

<sup>81</sup> Assim diferenciam o comércio B2B do B2C: VIVANT, p. 173, FÉRAL-SCHUHL, p. 147 e seg., LORENZETTI, Comércio Eletrônico, p. 218 e seg., BRIZZIO, p. 42, MAYER/Partie Faible, p. 514 e seg., MEENTZ, p. 179 e seg., REICH/NORDHAUSEN, p. 2 e seg., Köhler/Arndt, p. 35 e seg., HÄRTING, p. 67 e seg., no Brasil, SANTOLIM, p. 37 e seg., SANTOS e ROSSI, p. 118 e seg., DELUCCA/Internet, p. 89, e seg., SIMÃO, p. 101 e seg., PODESTÁ, p. 162 e seg., LUCON, p. 354 e seg., SENISE, p. 488, LOTUFFO, p. 222, GRECO, Marco Aurélio, *Direito e Internet*, Ed. Dialética, São Paulo, 2000, p. 49 e seg e LUCON, Rodrigo, “A Internet e as relações de consumo”, in *Internet: o direito na era virtual*, Schoueri, Luis Eduardo (Org.), Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 3.

<sup>82</sup> Assim, por exemplo, se o consumidor recebe um produto que não pediu e mantém o seu “silêncio”, o direito positivo brasileiro atual (Art. 39 do CDC) não pressupõe que sua passividade seja aceitação, ao contrário, pune o fornecedor, afirmando que o produto (por exemplo, livros ou cartão de crédito enviado sem requisição específica) será considerado uma amostra “grátis”, conforme a lista de práticas comerciais abusivas proibidas pelo CDC (Art. 39, III c/c § único).

<sup>83</sup> Assim afirmou Clóvis do Couto e Silva, Obrigação como Processo, São Paulo, 1972, p. 26: “É manifesto, assim, que a autonomia da vontade e a teoria das fontes das obrigações, que com ela se vincula, se encontram em período de transformação e de reelaboração dogmática. De um lado, a intervenção estatal, de outro, a tipificação social, e sobretudo os atos jurídicos de caráter existencial, forçaram a revisão dos conceitos.”

<sup>84</sup> Sobre o tema, veja magistral, LORENZETTI, Comércio eletrônico, p. 219 e seg e, no Brasil, GREGO, p. 30 e seg.

<sup>85</sup> Sobre o tema, veja WIMMER/MICHAEL, p. 40 e seg.

<sup>86</sup> Veja, por todos, BENEVIDES DE CARVALHO, p. 104 a 106.

eletrônica, concluindo que o contrato é por escrito e há a qualidade de documento ao documento eletrônico,<sup>87</sup> do lugar da contratação (tema bastante polêmico, se aplicáveis as normas de Direito Internacional Privado, como veremos a seguir),<sup>88</sup> da assinatura eletrônica,<sup>89</sup> da eficácia probatória dos documentos eletrônicos,<sup>90</sup> da responsabilidade dos intermediários e do organizador da cadeia de fornecimento pela Internet<sup>91</sup> e das garantias no comércio eletrônico. Aqui, parece-me, mais importante, com a crescente internacionalização das relações de consumo na Internet, tratar da lei aplicável a esta contratação, pois é esta lei aplicável que estabelecerá os limites e regras para a proteção do sujeito mais fraco, o consumidor, neste meio tão fluído, que é o eletrônico. Como asseverou o mestre da UFRGS, Clóvis do Couto e Silva: “A liberdade absoluta de contratar, sem legislação marginal ao mercado, que harmonizasse as forças econômicas em litígio, ocasionou, nos países altamente industrializados, profundas restrições ao princípio da autonomia da vontade. Os particulares se viam não só forçados a não poder escolher com quem contratar – ‘Organizationzwang’ – como igualmente se lhes impossibilitava o diálogo

a respeito do conteúdo do contrato.”<sup>92</sup>. Em outras palavras, se o meio virtual, a rede da Internet e a globalização aumentam a liberdade teórica dos consumidores, a prática lhes limita e a solução só pode ser a regulamentação pelo Direito.

## II. Disciplina no Direito Internacional Privado

Apesar dos contratos de comércio eletrônico entre fornecedores (nacionais e estrangeiros) e consumidores representarem, hoje, apenas cerca de 25% do chamado e-business internacional, pois 85% seriam relações entre comerciantes,<sup>93</sup> pode se constatar uma certa desproteção do consumidor e de seus interesses específicos nas Convenções Internacionais já assinadas e um certo despreparo do direito brasileiro para fazer frente a este fenômeno crescente mundial do comércio eletrônico de consumo.<sup>94</sup> A posição do consumidor nesta nova realidade contratual é cada vez mais fraca ou vulnerável e o desequilíbrio das relações de consumo é intrínseco,<sup>95</sup> daí a necessidade de uma efetiva

<sup>87</sup> Assim MEENTZ, p. 51 e seg.

<sup>88</sup> Trataremos do tema em detalhes a seguir, mas veja, com opiniões contrárias, BARBAGALO, p. 77 e seg.

<sup>89</sup> Sobre o tema veja livro específico de Davi Monteiro DINIZ, Davi Monteiro, *Documentos Eletrônicos, Assinaturas Digitais*, LTr, São Paulo, 1999, p. 11 e seg.

<sup>90</sup> Veja CARVALHO, p. 150 a 152.

<sup>91</sup> Veja minha resenha ao livro de Carvalho, in RDC 40, p. 309 e 310

<sup>92</sup> Clóvis V. do Couto e Silva Silva, – A Obrigação como Processo – editora Bushatsky, pg. 25.

<sup>93</sup> CARVALHO, p. 20 esclarece que na América Latina, em 2000, já existiam 8,12 milhões de Internautas e no Brasil, 4,25 milhões, com previsão que este número em 2003 cresça para mais de 10 milhões.

<sup>94</sup> Esta foram as conclusões de meu curso na OEA, resumido no artigo na RT 788/11, onde sugiro uma CIDIP para proteção dos consumidores turistas e no comércio eletrônico, veja CIDIP, p. 11 e seg.

<sup>95</sup> CALAIS-AULOY, Jean, *Droit de la Consommation*, 3.ed., Dalloz, Paris, “Droit de la Consommation”, 3.ed., Paris, Dalloz, 1992 1992, p. 1, considera que este desequilíbrio sempre existiu, apenas agora está qualificado de tal forma que é um dos objetivos sociais de nosso tempo, proteger ao consumidor em posição estruturalmente mais fraca.

tutela através da intervenção dos Estados na elaboração de novas normas e aplicação eficaz das existentes.<sup>96</sup>

Neste sentido cabe agora, ainda que rapidamente, analisar as normas atuais de Direito Internacional Privado sobre a lei aplicável a estes contratos do comércio eletrônico, no caso da prestação ser internacional ou estar presente algum elemento de estraneidade, contratos celebrados por meio eletrônico entre consumidores residentes no Brasil e fornecedores com sede ou outro tipo de localização (sites, residência habitual, etc.) no exterior.

## A. As especificidades do consumo internacional e a necessidade de proteção especial do contratante mais fraco

### 1. As especificidades do consumo “internacional”

Peço vênia para repetir aqui as observações sobre as especificidade do

consumo internacional já feitas em artigo publicado, sugerindo a elaboração de uma Conferência Interamericana, de forma a fundamentar a necessidade que o Direito Internacional Privado do século XXI tem de preocupar-se e proteger de forma especial (e material) o contratante mais fraco:

“Há grande especificidade nas relações jurídicas internacionais, que se de consumo, pressupõe o diálogo entre o Direito do Consumidor e as normas (e princípios) do Direito Internacional Privado. As normas brasileiras de Direito Internacional Privado (aquí denominado DIPr.) são antigas, de 1942,<sup>97</sup> os projetos de leis existentes não prosperaram<sup>98</sup> e a única atualização veio através das Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs), organizadas no seio da OEA. As CIDIPs, porém, nenhuma conexão mais favorável impuseram especificamente sobre a proteção do consumidor. Note-se, também, que as normas nacionais, reguladoras do comércio internacional (por exemplo, o novo CCB/2002 que regula a empresa estrangeira em atuação no Brasil), assim como direito uniforme do comércio internacional (por exemplo, a Convenção de

<sup>96</sup> Assim me manifestei in El Código Brasileño de defensa del consumidor y el Mercosur, in GHERSI, Carlos Alberto (Director), Mercosur-Perspectivas desde el derecho privado, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996, *El Código brasileño*, p. 199, também BOTANA GARCÍA, Gema e RUIZ MUÑOZ, Miguel (Coord.), Curso sobre protección jurídica de los consumidores, Ed. Ciencias Jurídicas, Madri, 1999, p. 8 menciona a atual “degradación de la posición del consumidor”.

<sup>97</sup> A atual LICC é do tempo de Vargas e da Segunda Guerra Mundial, Decreto-Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942. Exceção feita aos EUA, ao Québec e à Venezuela, os outros países da América Latina também sofrem dos mesmos problemas de desatualização, veja PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, *Curso general de Derecho Internacional Privado- Problemas Selectos*, Fundación Fernando Parra Aranguren, Caracas, 1991, p.51 e seg.

<sup>98</sup> Sem mencionar os projetos antigos, de Haroldo Valladão e outros, os projetos hoje existentes no tema, como o projeto da OAB-SP sobre comércio eletrônico ou o projeto de nova LICC de Jacob Dolinger e João Grandino Rodas, ou visam apenas atualizar os aspectos materiais do novo consumo internacional ou foram retirados do Parlamento e não mais tramitam, deixando sem regular de forma especial o problema da lei aplicável a estes cada vez mais comuns contratos internacionais de consumo. O novo CCB/2002 não vem acompanhado de uma nova LICC. Outro bom exemplo é que dos 80 PLs apensados ao Projeto de Lei 1825/91 de atualização do CDC, apenas três (PL 884/95, PL 2646/96 e PL 2893/97) tratam de temas de consumo internacional e isto no que se refere à informação prestada ao consumidor, tema já tratado pelo Art. 31 do CDC.

Viena sobre Compra e Venda)<sup>99</sup> ou a denominada *lex mercatoria* (por exemplo, a tão falada Lei Modelo da UNCITRAL sobre comércio eletrônico),<sup>100</sup> geralmente não se preocupam em proteger o consumidor,<sup>101</sup> ao contrário tentam excluir estes contratos de seu campo de aplicação.

Na Europa, desde a década de 1970, os doutrinadores propugnam a necessidade do Direito Internacional Privado voltar-se para a proteção dos mais fracos, especialmente dos consumidores,<sup>102</sup> incluindo novos elementos de conexão mais flexíveis e adaptados à tutela do

vulnerável nestas situações privadas internacionais, face a falência das ditas conexões “neutras” e rígidas, mais adaptáveis ao relacionamento entre iguais ou pelo menos entre profissionais, comerciantes.<sup>103</sup> No Brasil, as normas de conflitos de leis no espaço, que indicam a lei aplicável a um contrato do comércio eletrônico entre um consumidor residente no Brasil e um fornecedor com residência (sede) no exterior, encontram-se na LICC/42, são rígidas e antigas, e nada mencionam sobre consumidor (sujeito de direitos desconhecido à época), nem sobre a proteção do contratante mais fraco ou vulnerável.<sup>104</sup> Tal situação exige uma mudança e

<sup>99</sup> O exemplo mais importante são as normas uniformizadoras da Convenção da ONU sobre Compra e Venda de Mercadorias de 1980, conhecida como Convenção de Viena de 1980, que em seu Art. 2, a e Art. 5, procuram evitar a aplicação destas normas do comércio internacional aos contratos com consumidores-leigos. Veja sobre o tema HARGAIN/MIHALI, Daniel e MIHALI, Gabriel, *Circulación de Bienes en el Mercosur*, Júlio César Faira Ed., Montevideo, 1998, p. 506 e GARRO, Alejandro Miguel e ZUPPI, Alberto Luis, *Compraventa internacional de mercaderías*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1990, p. 81. O Art. 2º da Convenção de Viena de 1980 dispõe: “Esta convenção não se aplica às vendas: a) de mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, antes ou no momento da celebração do contrato, não soubesse nem devesse saber que as mercadorias eram adquiridas para tal uso”.

<sup>100</sup> Como mencionamos anteriormente, a Lei Modelo da UNCITRAL (que efetivamente se dedica ao comércio internacional) versando sobre comércio eletrônico expressamente informa não afastar as normas tutelares e parece querer excluir os contratos de consumo através de meios informáticos de seu campo de aplicação com o texto: “Art. 1. Âmbito de aplicación - La presente Ley\* será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales.\*La presente ley no deroga ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.”

<sup>101</sup> Assim BOTANA, p. 21, citando os princípios de UNIDROIT sobre os contratos comerciais internacionais e a Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias de 1980.

<sup>102</sup> Ficaram famosos os trabalhos de ZWEIGERT, NEUHAUS e LANDO, sugerindo o primeiro que o DIPr. incluisse valores sociais e, o segundo, que se abandonasse a autonomia de vontade nos contratos entre contratantes fracos e fortes, como os de consumo e o terceiro, pragmaticamente, que passasse o DIPr. a escolher como conexão o domicílio do contratante mais fraco, veja também o estudo de VON HOFFMANN, Bernd, *Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen*, in *RabelsZ* 38 (1974), Bernd von, *Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen*, in *RabelsZ* 38 (1974), (396-420), p. 398 e seg. e de KROPHOLLER, Jan, *Das Kollisionsrechtliche System des Schutzes der Schwächeren Vertragspartei*, in *RabelsZ* 42 (1978), (634-661), p. 634 e seg.

<sup>103</sup> Assim KROPHOLLER, 1978, p. 636

<sup>104</sup> Sobre a necessária proteção do sujeito mais fraco também em Direito Internacional Privado, veja MAYER, Pierre, in GHESTIN, Jacques e FONTAINE, Marcel, *La protection de la partie faible dans le rapport contractuel- Comparaison Franco-Belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 513 e seg., e os clássicos alemães VON HOFFMANN, Bernd von, *Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen*, in *RabelsZ* 38 (1974), (396-420), p. 398 e seg. e KROPHOLLER, Jan, *Das Kollisionsrechtliche System des Schutzes der Schwächeren Vertragspartei*, in *RabelsZ* 42 (1978), (634-661), p. 634 e seg., assim como os mais recentes artigos, JUNKER, Abbo, *Von Citoyen zum Consommateur- Entwicklung des internationalen Verbraucherschutzrechts*, in *IPRAX* 1998, p. 67 e seg., e TONIOLLO, Javier Alberto, *La protección internacional del consumidor- Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino*, in *Revista de Derecho del Mercosur*, ano 2, nr. 6, diciembre de 1998, Javier Alberto, *La protección internacional del consumidor- Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino*, in *Revista de Derecho del Mercosur*, ano 2, nr. 6, diciembre de 1998, p. 96.

uma nova interpretação do Direito Internacional Privado pátrio. O consumo internacional tem especificidades que não se pode negar.

Ao sugerir a elaboração de novas regras sobre a proteção internacional do consumidor, procurei estabelecer as especificidades das relações de consumo internacionais, se comparadas às relações comerciais internacionais, objeto das normas hoje existentes,<sup>105</sup> observações que me parece interessante de reproduzir aqui. Assim, se no comércio internacional também há a barreira da língua, a barreira da falta de informações, as normas e costumes diferentes, as dificuldades e a insegurança na entrega e no pagamento, as dificuldades na garantia, no nível qualidade e no serviço pós-venda, certo é que estas dificuldades qualificam-se quando o parceiro contratual é um leigo, um consumidor.<sup>106</sup>

A primeira das especificidades do consumo internacional é, pois, o desequilíbrio intrínseco informativo e de especialização entre os parceiros contratuais internacionais face ao *status* leigo e vulnerável do parceiro-consumidor. O comércio internacional, as relações de compra e venda ou de prestação de serviços entre pessoas com sede em países diferentes, geralmente ocorre entre pessoas jurídicas ou profissionais, comerciantes e empresários, logo, especialistas e profissionais para poderem se movimentar no cenário dos negócios internacionais. No consumo internacional não é esta a realidade. O parceiro-consumidor é atraído ou por métodos agressivos

de marketing (por exemplo, telemarketing, teleshopping, vendas emocionais de time-sharing para turistas) ou por preços reduzidos (descontos, redução nos tributos, envio gratuito etc.), pelo senso de aventura (por jogos, apostas, prêmios), ou por sua própria ignorância quanto às dificuldades nas transações transnacionais (parco conhecimento da língua para entender a oferta ou a publicidade, mito da qualidade superior dos produtos importados, produtos-novidade, desconhecidos em países emergentes, pela falta de conselhos jurídicos ou de um departamento jurídico para a negociação, confiança que a marca terá serviços pós-venda em seu país etc.). As regras do comércio internacional, as regras de direito internacional privado, em geral, estão construídas sobre a base do profissionalismo e especialidade dos parceiros envolvidos,<sup>107</sup> a proteger quem vende, quem fornece o produto e o serviço, não daquele que apenas paga (comprador, receptor do serviço, “consumidor”).

Outra especificidade do consumo internacional é a sua falta de “continuidade” ou sua “descontinuidade”. Os atos de comércio caracterizam-se pela repetição e mesmo os contratos internacionais tendem a abrir mercados e relações bastantes cooperativas e duradouras. Os contratos de consumo internacionais, ao contrário, são geralmente de troca, não possuem longa duração, nem se beneficiam do sistema financeiro internacional ou transferem tecnologia no sentido estrito da palavra.<sup>108</sup> Por exemplo, ser turista é um

<sup>105</sup> Sobre as dificuldades do comércio internacional veja FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, *Contratos Internacionais*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 60 e seg. e MOURA RAMOS, Rui Manuel, e SOARES, Maria Angela Bento, *Contratos Internacionais*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 9 e seg. Chega-se a advogar, pela sua especificidade mesmo a existência de um direito do comércio internacional, veja JADAUD, Bernard e PLAISANT, Robert, *Droit du Commerce International*, Dalloz, Paris, 1991, p. 1.

<sup>106</sup> Assim Comissão Européia, *Guia del consumidor europeo en el mercado único*, Comisión Europea, Bruxelas, 1995, p. 15 e 16.

<sup>107</sup> Neste sentido destaque a decisão do STF não considerando “consumo” relações de importação de matéria prima entre dois comerciantes, SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 5.847-1, Acórdão promulgado em 01.12.1999, Rel. Min. Maurício Corrêa. Veja meus comentários a esta decisão do STF, junto com Eduardo TURKIENICZ, in *Revista Direito do Consumidor*, 36/221 e seg.

<sup>108</sup> Rara exceção seria o contrato de time-sharing ou multipropriedade, que é uma relação duradora, se bem que fluída, por vezes nacional ou internacional (com círculos de trocas), veja sobre assunto TEPEDINO, *Multipropriedade e meu artigo*, in *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, vol 22 (1997), pg. 64-86.

fenômeno pontual e sazonal, comprar à distância de um fornecedor da Califórnia (EUA) um determinado *soft ware* ou livro também é um fenômeno eventual e descontínuo. As regras do comércio internacional, as regras de direito internacional privado, em geral, estão construídas sobre a base da confiança e da continuidade, do crescer de relações: aquele que compra internacionalmente, voltará a comprar se a “execução” for adequada, há que se proteger aquele que vende, aquele que envia sem muitas garantias e sem conhecer seu cliente propriedade sua para país distante. No consumo internacional, a prioridade se inverte, o comprador não é um comerciante, não é *expert*, é ao contrário leigo, compra pelo preço, pelas qualidades apregoadas, confia em uma muitas vezes inexistente proteção legal e assume enormes riscos ao viabilizar o número de seu cartão de crédito.

As outras especificidades são o pequeno valor, a massificação e a difícil re-execução. O consumo internacional é hoje um fenômeno de massas, basta pensar o turismo sazonal, o time-sharing, com seus círculos de trocas internacionais, os pacotes turísticos para grandes festas, os transportes aéreos, os cruzeiros marítimos etc.<sup>109</sup> Individualmente considerado o contrato internacional de consumo tem, porém, pequeno valor, seja para a economia de um país ou de um fornecedor. Este pequeno valor dificulta em muito o acesso à justiça, faz com que a lide fique reprimida, dificulta que o consumidor assuma gastos exagerados, seja para reclamar, para procurar novamente o fornecedor, para fazer valer sua

garantia etc. O consumo internacional ainda possui uma última especificidade, que lhe é comum com os serviços em geral, sua re-execução, em caso de frustração das expectativas do contratante consumidor é bastante dificultosa. Em caso de turismo, reeditar algo, uma excursão, dias de férias em praia poluída, recuperar o conforto de um hotel em país distante e assim por diante, é tarefa quase impossível. Em matéria de contratos à distância, a eventualidade da perda de tempo, da perda de uma chance e de acontecerem danos morais anexos à má-execução do contrato internacional de consumo também são quase uma constante, o melhor é prevenir os danos e minimizá-los, ou a resposta será apenas econômica, com as perdas e danos respectivas.

Destaque-se, por fim, que há um forte componente político-econômico nas regras de proteção nacional e internacional dos consumidores, pois se um país exportador mantém um alto nível de proteção de seus consumidores aumenta a qualidade de seus produtos, que encontrarão maior aceitação internacional (por exemplo, a Alemanha). Se um país turístico, aumenta o grau de proteção dos turistas e facilita o seu acesso à Justiça, garante melhores condições ao turismo e facilita o desenvolvimento deste importante setor econômico. em outras palavras, regras sobre o direito do consumidor interessam a competitividade do mercado interno e a competitividade internacional, assim como contribuem à criação de um mercado interno com concorrência leal e à realização das políticas governamentais.<sup>110</sup>

<sup>109</sup> A doutrina européia alerta desde a década de 80 e, especialmente na década de 90, que o turismo de massa é um dos setores econômicos que mais cresce na União Européia e que a defesa do consumidor se faz necessária até mesmo como instrumento harmonizador da concorrência, veja, por todos, com estatísticas sobre o crescimento do setor turístico, LETE ACHIRICA, Javier, *El Contrato de Multipropiedad y la Protección de los consumidores*, Ed. Cedec, Barcelona, 1997, p. 32 a 34.

<sup>110</sup> Assim também GHERSI, in: *Mercosur - Perspectivas desde el derecho privado II*, p. 30 e seg.

## 2. Exame do Art. 9º da LICC/42 e a necessidade de evoluir o Direito Internacional Privado para a proteção do contratante mais fraco

De qualquer maneira, face à multiplicidade de opiniões da doutrina uma análise das normas positivas do Direito Internacional Privado se impõe. Segundo a vigente LICC, aplicável neste caso seria a *lex loci celebrationis* (Art. 9 caput da LICC/42: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”). A norma do Art. 9§ 1 LICC/42 impõe uma aplicação cumulativa de lei brasileira quanto à forma, em caso de execução no Brasil. Importante é a norma do Art. 9§ 2 da LICC/42, que é usada para identificar o lugar da proposta em contratos entre ausentes ou em contratos à distância, como a maioria dos contratos internacionais de consumo nos dias de hoje. Segundo o §2 do Art. 9, “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar onde residir o proponente”. A interpretação desta norma se faz pela *lex fori* (lei brasileira). Como em matéria de consumo, a lei brasileira material determina que o proponente é sempre o fornecedor (art. 30 CDC) teríamos sempre, se usado o Art. 9 §2º da LICC/42), a aplicação da lei do lugar de residência do fornecedor para reger os contratos à distância, mesmo os de consumo, como os contratos do comércio eletrônico de consumo.<sup>111</sup> Observar-

se-ia, pois, uma forte incoerência do Direito Internacional Privado brasileiro, que ao invés de proteger o sujeito constitucionalmente identificado e seus direitos fundamentais (Art. 5,XXXII da CF/88), privilegiaria o fornecedor com sede no exterior.

Neste sentido, repita-se aqui o que ensina KROPHOLLER,<sup>112</sup> que é necessário elaborar normas específicas de DIPr. para a proteção dos consumidores leigos ou não profissionais, pois as conexões hoje existentes para regular o comércio internacional todas tem como base o equilíbrio estrutural de forças ou de interesses profissionais entre os agentes (ambos profissionais) envolvidos, como conexões da autonomia da vontade (escolha da lei que regerá o contrato pelas partes, no contrato ou após), o local da execução (geralmente o local de execução da prestação característica, sempre prestada pelo profissional em caso de contrato de consumo internacional), ou do local de conclusão do contrato (conectando o contrato com a ordem jurídica do país do ofertante, em contratos à distância, sempre também o ofertante).

Este equilíbrio estrutural inexistente nos contratos internacionais concluídos com consumidores leigos. Assim, se a autonomia da vontade das partes é hoje considerada o mais importante elemento de conexão no comércio internacional,<sup>113</sup> encontra ela um limite no que se refere às relações de consumo. Como ensina NEUHAUS, a possibilidade de escolha da lei pelas partes, a autonomia da vontade em DIPr.,

perde seu sentido, se passa a ser instrumento de domínio dos mais fracos pelos mais fortes.<sup>114</sup> Examinando a Convenção de Haia e a CIDIP IV, o mestre argentino BOGGIANO<sup>115</sup> propôs para a proteção dos consumidores uma regra de limitada autonomia: a escolha das partes só prevaleceria se fosse esta a melhor lei, a lei mais favorável para o consumidor, devendo em caso contrário, aplicar-se a lei do domicílio do consumidor. Prevaleceriam como limites gerais à autonomia de vontade as normas de ordem pública internacional e as normas de polícia (Art. 1208 CCArg).<sup>116</sup>

Segundo bem relembra JAYME, o momento atual é de prevalência de normas materiais em casos internacionais,<sup>117</sup> tempos de uma maior possibilidade de determinação própria pelo indivíduo (*Selbstbestimmung*) em direito material,<sup>118</sup> de novas técnicas nas Convenções Internacionais tentando harmo-

nizar as diferenças culturais e de desenvolvimento através da cooperação judicial e respeito às normas imperativas locais,<sup>119</sup> tentando respeitar os direitos humanos envolvidos no caso,<sup>120</sup> o que significa, face a revolução tecnológica atual, uma nova prevalência pela residência habitual do consumidor como novo elemento de conexão para determinar a lei aplicável ao comércio eletrônico *Business-to-Consumer* e novo critério para determinar a competência do foro.<sup>121</sup> Aqui está, segundo o grande mestre de Heidelberg, o futuro do DIPr.

Como afirma KROPHOLLER, em seu famoso artigo de 1978 sobre a proteção da parte mais fraca através do Direito Internacional Privado,<sup>122</sup> é necessário evoluir para um DIPr. impregnado de valores sociais. Também JAYME<sup>123</sup> ensina que as novas normas de DIPr. de proteção do consumidor, pelo menos as

<sup>114</sup> No original: “Die Parteiautonomie verliert ihren Sinn - ebenso wie die materiellrechtliche Vertragsfreiheit, wenn sie zur Herrschaft des Stärkeren über den Schwächeren wird.”, NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des IPR*, 1962, p. 172 *apud* von HOFFMANN, p. 396.

<sup>115</sup> Veja, por todos, BOGGIANO, Antonio, em seu texto *The Contribution The Contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America. Universality and genius loci*, *Recueil des Cours*, 1992, II, t. 233, Nijhoff, Dordrecht, 1993., p. 138 e 139.

<sup>116</sup> BOGGIANO, *The Contribution*, p. 137.

<sup>117</sup> Assim JAYME, Erik, *Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus*, in *IPRAX-Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2000, p. 169, relembra que as primeiras normas comunitárias européias eram todas voltada para a jurisdição, assim também a Convenção de Bruxelas II, que trata de Direito de Família, mas que este método é insuficiente para evitar a grande importância das normas materiais, muitas delas de aplicação imediata em qualquer foro, e os novos métodos alternativos de solução de controvérsias, muitas vezes extra-jurisdicionais e cada vez mais frequentes.

<sup>118</sup> JAYME, *IPRAX* 2000, p. 170.

<sup>119</sup> Assim JAYME, *IPRAX* 2000, p. 168.

<sup>120</sup> Assim JAYME, *IPRAX* 2000, p. 171, citando os casos de decisão judicial na Alemanha sobre o desastre de Tschernobyl, em que o “local do delito” foi considerado o território alemão onde a “nuvem radiotiva” causou danos, que devem ser indenizados pela empresa russa e, também, os casos sobre comércio eletrônico, em que estão sendo considerados competentes os foros do local de “distribuição” da informação por Internet, logo, do local onde está o consumidor.

<sup>121</sup> JAYME, *IPRAX* 2000, p. 171.

<sup>122</sup> KROPHOLLER, p. 655.

<sup>123</sup> Assim manifestou-se sobre o fim material das normas de DIPr. oriundas da União Européia, JAYME (in HOMMELHOFF/JAYME/MANGOLD (Ed.), *Binnenmarkt-Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung* (1995), p.35), *apud* JUNKER, p. 74, nota 132.

<sup>111</sup> Já em matéria de acidentes com produtos e serviços defeituosos, como a regra aplicável também é a do Art. 9, agora interpretada como *lex loci delicti*, a lei do lugar em que foi cometido o ato ilícito ou lei do lugar em que aconteceu o dano e seus conseqüências, no caso o mercado brasileiro, onde reside a vítima do produto ou serviço estrangeiro, contratado por comércio eletrônico, é que aplicaríamos a lei brasileira (Art. 17 CDC c/c Art. 9 LICC/42). Veja MARQUES, Claudia Lima, *Novos rumos do Direito Internacional Privado quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos (em especial de acidentes de trânsito)*, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 629 (mar/1988), p. 72 e seg.

<sup>112</sup> KROPHOLLER, p. 398 e seg.

<sup>113</sup> DE BOER, Ted. M., *Facultative Choice of Law - The procedural status of choice-of-law rules and foreign Law*, *Recueil des Cours*, 1996, t. 257, Nijhoff, The Hague, 1997, p. 300.

oriundas da União Européia têm finalidade material. Sendo assim, parece-me perfeitamente razoável que as conexões escolhidas pelo DIPr. brasileiro para proteger o consumidor da região tenham como finalidade a proteção da parte mais fraca (von HOFFMAN), de seus direitos fundamentais (JAYME) e a justiça substancial no caso concreto (ZWEIGERT).<sup>124</sup> Note-se que também em matéria de concorrência leal houve uma clara evolução em DIPr. As normas nacionais protetoras de concorrência leal atingiram forte grau de extraterritorialidade.<sup>125</sup>

Assim, concluo que, no caso brasileiro, a melhor conexão rígida seria a do domicílio, entendido como residência habitual, a exemplo do Art. 3 do Protocolo de Santa Maria (Mercosul)<sup>126</sup> ou da tradição das CIDIPs<sup>127</sup> e suas normas materiais uniformes.<sup>128</sup> Melhor ainda seria elaborar uma norma flexível, indicando a lei do domicílio do consumidor (analogicamente ao Art. 101 do CDC) como aplicável, mas permitindo ao juiz aplicar a lei

escolhida (limitadamente) pelas partes no contrato, caso esta seja mais favorável ao consumidor.<sup>129</sup>

Elaborar uma norma específica evitaria que a jurisprudência considerasse todo o CDC, como norma de aplicação imediata, como veremos a seguir.

## B) As normas contratuais do CDC como normas de aplicação imediata

### 1. A caracterização das normas de proteção contratual à distância do CDC como normas de aplicação imediata

Estabelecida a necessidade de uma visão renovada dos princípios do DIPr. em

<sup>124</sup>Assim concorda TONIOLLO, p. 99 citando De Vischer.

<sup>125</sup>Assim conclui, examinando o § 98, 2,1 GWB alemã, MARTINEK, Michael, *Das internationale Kartellprivatrecht*, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1987, p.94.

<sup>126</sup>ARAÚJO, Nádia, MARQUES, Frederico Magalhães e REIS, Márcio, *Código do Mercosul- Tratados e Legislação*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 161.

<sup>127</sup>Segundo SIQUEIROS, José Luis, *Contribucion de las CIDIP-I, II y III al Desarrollo del Derecho Internacional Privado*, XIII Curso de Derecho Internacional, Secretaria General, OEA, 1987, p. 170 esta foi uma das grandes contribuições das CIDIPs ao determinar que o domicílio interamericano aproximava-se da figura da residência habitual em voga na Europa, veja também CIDIP-II-1979- Convenção sobre o domicílio das pessoas físicas.

<sup>128</sup>Como ensina OPPERTI BADAN, *Estado Actual del Derecho Internacional Privado en el Sistema Interamericano*, IX Curso de Derecho Internacional, vol. I, Secretaria General, OEA, 1983, nr. 2.7, a principal inovação da CIDIP-II sobre domicílio das pessoas físicas de 1979 foi a utilização de normas materiais uniformes. Segundo ALMEIDA, Ricardo Ramalho, *A convenção Interamericana sobre domicílio das pessoas físicas em direito internacional privado*, in CASELLA, Paulo Borba e ARAÚJO, Nádia (Coord.), *Integração Jurídica Interamericana- As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o Direito Brasileiro*, Ltr. São Paulo, 1998, as normas da referida CIDIP-II não são "substanciais", mas sim "qualificadoras", p. 217, ocorre que, na tradição germânica (veja KROPHOLLER, p. 80, KEGEL, IPR, 35, STEINDORF, Ernst, *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1958, p. 30), as normas materiais de ajuda (*Hilfsnormen*), são consideradas normas materiais de DIPr (*materielles Sonderrecht*), logo, concordamos com a opinião do mestre uruguaio OPPERTI, Curso OEA, nr. 2.7.

<sup>129</sup>Assim redigi minha sugestão no artigo CIDIP: " Art. 2 - Proteção contratual geral- 1. Os contratos e as transações envolvendo consumidores, especialmente os contratados à distância, por meios eletrônicos, de telecomunicações ou por telefone, estando o consumidor em seu país de domicílio, serão regidos pela lei deste país ou pela lei mais favorável ao consumidor, escolhida entre as partes, se lei do lugar da celebração do contrato, lei do lugar da execução do contrato, da prestação característica ou lei do domicílio ou sede do fornecedor de produtos e serviços."

matéria de consumo internacional e as especificades deste crescente fenômeno, vejamos, agora, a situação do direito positivado brasileiro quanto à contratação à distância no comércio eletrônico, tanto na LICC de 1942, quanto no Código de Defesa do Consumidor, considerado como lei de aplicação imediata.

Apesar de parte da doutrina sobre comércio eletrônico<sup>130</sup> mencionar que a regra nestes contratos seria a da autonomia da vontade, isto é, da possibilidade do fornecedor estrangeiro escolher a lei aplicável ao contrato (geralmente a de seu país sede) e incluir nas condições gerais contratuais ou no contrato de adesão oferecido na rede, tal interpretação da LICC não é majoritária ou existente na prática dos contratos de consumo (a não ser em caso de fuga do foro brasileiro, quando a disputa é solucionada em outro foro, justamente para fugir da aplicação das normas de DIPr. brasileiras,

em um fenômeno conhecido como *forum shopping*). Em outras, palavras, segundo a opinião majoritária da doutrina brasileira de DIPr.,<sup>131</sup> as normas da LICC são obrigatórias (leis federais) e aplicável é o Art. 9º da LICC, a excluir a autonomia da vontade nos contratos internacionais em geral, quanto mais os de consumo.

Em matéria de contratos de consumo, há que se considerar que o DIPr. brasileiro atualizou seus princípios, assim, tratando-se de direito humano reconhecidos como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988 (Art. 5, XXII) e lei de origem constitucional (Art. 48 dos ADTC/CF), é bem possível que tais normas sejam consideradas "imperativas"<sup>132</sup>, de ordem pública internacional<sup>133</sup> ou leis de aplicação imediata,<sup>134</sup> aplicando-se, pois, neste último caso, mesmo antes das normas de DIPr. ao caso.<sup>135</sup>

<sup>130</sup>Veja, por todos, BARBAGALO, p. 25 e BENEVIDES DE CARVALHO, p. 108, o qual afirma categoricamente: "A operação se regerá pelo princípio do *pacta sunt servanda*. Nesse sentido, ainda que tais cláusulas impliquem violação flagrante às normas do CDC, tal legislação não poderá ser invocada, prevalecendo as obrigações tal como propostas pelo fornecedor estrangeiro e aceitas pelo consumidor."

<sup>131</sup>Veja, por todos, ARAÚJO, Nádia de, *Contratos Internacionais - Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, p. 108 e seg.

<sup>132</sup>O Brasil ainda não ratificou a CIDIP do México de 1994 sobre contratos internacionais, que expressamente prevê, em seu Art. 11, que as normas nacionais imperativas (*mandatory rules*) afastam a eventual autonomia de vontade, conexão principal da CIDIP. Veja sobre a Convenção, ARAÚJO, p. 108 e seg.

<sup>133</sup>A exceção de ordem pública tem um claro fim social e de proteção, não só do sistema do DIPr., mas também, nos países da família de direito continental-europeu, das políticas públicas ou objetivos de harmonia social interna, BUCHER, Andreas, *L'ordre public et le but social de lois en droit international privé*, Recueil des Cours, 1993, II, t. 239, Nijhoff, Dordrecht, 1994, p. 60 a 69.

<sup>134</sup>Na definição clássica de Franceskakis, reproduzida por BUCHER, p. 39, são leis ou regras "don't l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays.", veja Art. 7, alínea 2 da Convenção de Roma da UE sobre lei aplicável às obrigações contratuais de 1980. Tais normas se aplicam diretamente. Veja sobre o Art. 18 Lei de Dir. Internacional Privado suíça, BUCHER, p. 39. Esta expressão quer incluir a nacional "lois de police et sûreté" e as regras substanciais ("*Sachnormen*", "Gesetzen von streng positiver, zwingender Natur") com aplicação imediata em casos nacionais ou internacionais ou de "ordre public international", assim MARQUES DOS SANTOS, vol. I Antônio, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado - Esboço de uma Teoria Geral*- vol. I, Coleção de Teses, Ed. Almedina, Coimbra, 1991, p. 11. Veja também SCHWANDER, Ivo, *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, Schulthess, Zurich, 1975, p. 132-184.

<sup>135</sup>Interessante notar também os artigos 2, 17 e 3 do Código de Defesa do Consumidor asseguram responsabilidade objetiva contra defeitos de produtos e serviços, como se esses fossem produtos manufaturados no país ou importados, assim como se o fabricante fosse nacional ou estrangeiro, produtor e que nacionalidade tem a vítima desses defeitos no produto ou serviços, bem denotando a "vontade" da lei em aplicar-se a casos internacionais.

Especial atenção merece o fato do mandamento de proteção do consumidor, como direito fundamental a obrigar o Estado-Legislador, o Estado-Juiz e o Estado-Executivo a uma ação positiva na tutela destes agentes vulneráveis do mercado brasileiro, estar incluído no inciso XXXII do Art. 5º da Constituição Federal, artigo que em seu *caput* assegura estes direitos a brasileiros e a estrangeiros residentes no Brasil. Daí se retira que a nova ordem pública constitucional brasileira inclui necessariamente a “defesa do consumidor.” A pergunta é o grau, nível ou *standard* desta proteção em casos de Direito Internacional Privado. Em outras palavras, se em casos pluriconectados todas as normas do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor seria imperativo ou de ordem pública internacional (grau total de aplicação), ou se somente a preocupação de “defesa do consumidor” seria obrigatória, podendo ser alcançada pela aplicação eventual de uma lei estrangeira, indicada aplicável pelas normas da LICC/42; ou o nível de defesa do consumidor, alcançado pelo CDC, é considerado, face a sua origem constitucional (Art. 48 ADCT), como obrigatório a tutelar os brasileiros e estrangeiros (pessoas físicas) residentes no Brasil, *standard* mínimo de “defesa do consumidor”, que leva à aplicação imediata destas normas tutelares, que, porém, não impedem que outras estrangeiras sejam aplicadas, se asseguram nível superior de defesa ao alcançado pelo CDC.<sup>136</sup>

<sup>136</sup>Veja von HOFFMAN, Bernd von, *Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen*, in *RabelsZ* 38 (1974), p. 401 e seg.

<sup>137</sup> Segundo Erik Jayme (JAYME, Hague Cours, 1995, p. 44), uma das tendências do direito internacional privado pós-moderno ou atual seria a materialização das regras de conflito de leis e aplicação reiterada da *lex fori*. Após a chamada “american revolution”, movimento doutrinário e jurisprudencial ocorrido nos Estados Unidos na década de 1960, que repensou o método e a idéia de justiça no direito internacional privado, as regras de conflito de leis teriam superado seu automatismo e simples posição instrumental de indicação de uma lei material para resolver “diretamente” o conflito, passando agora a interessar-se pela solução concreta ou direta (material) do caso.

<sup>138</sup>O Art. 3º do CCB. atual dispõe: “A lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis.” Infelizmente este artigo não foi repetido pelo novo Código Civil brasileiro aprovado em 10.01.2002.

da contratação à distância: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a *coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis*, que haja intervindo nas relações de consumo.” E o Art. 29 complementa: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores *todas as pessoas determináveis ou não*, expostas às práticas nele previstas.”

*Também o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor inclui como fornecedor* “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, *bem como os entes despersonalizados*,” *que desenvolvam “atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviço”*. *Mencionados expressamente também no Art. 12 do CDC estão os fabricantes, produtores e construtores estrangeiros e o importador de produtos estrangeiros.*

*Todos estes artigos bem denotam a “vontade” do Código de Defesa do Consumidor em aplicar-se também a casos de consumo internacional ocorridos no mercado*

*brasileiro ou com os consumidores que protege. Parece-me, pois, tratar-se de uma lei de aplicação imediata.*<sup>139</sup>

Efetivamente, parte da doutrina defende que o Código de Defesa do Consumidor deve se aplicar a todos os contratos do consumidor com contatos suficientes ao Brasil, enquanto uma regra imperativa internacional ou *lois d’application immediate*<sup>140</sup> O Código de Defesa do Consumidor deve fornecer padrões mínimos ( e imperativos) à proteção de consumidores-passivos em todos os contratos à distância, contratos negociados no Brasil por nacionais ou estrangeiras ou quando o *marketing* ou a oferta forem feitos no Brasil, inclusive nos contratos eletrônicos com fornecedores com sede no exterior,<sup>141</sup> como impõem o Unfair Contract Terms Act de 1977 do Reino Unido, ou a lei alemã de 1976 (Art. 12 e Art. 29a da EGBGB),<sup>142</sup> ou a lei portuguesa de 1985 (Art. 33).<sup>143</sup>

Assim, se a conclusão do contrato for precedida por um convite ou indução ao negócio dirigido a ele ou genérico por meio da publicidade,<sup>144</sup> e o consumidor realizou no Brasil todas as medidas necessárias de sua parte para a conclusão do contrato (aceitação válida), a lei brasileira possui contatos mais próximos e deve

<sup>139</sup>Examinando as leis alemãs de proteção ao consumidor e o novo Art. 29a da Lei de Introdução ao Código Civil alemão (EGBGB), conclui no mesmo sentido Reic/Nordausen, p. 95 a 99.

<sup>140</sup>Veja meu Artigo CIDIP e REICH/NORDHAUSEN, p. 159 e seg.

<sup>141</sup> Assim também sugere LORENZETTI, *Comercio eletrônico*, p. 256 para a Argentina.

<sup>142</sup>Winter relembra que também que as normas sobre seguros e proteção dos consumidores são imperativas na Alemanha, WINTER, p. 1461.

<sup>143</sup>Como ensina Pierre MAYER, p. 521 estas são leis de aplicação imediata que determinam expressamente seu campo de aplicação, impondo sua aplicação a todos os contratos de consumo, se o consumidor tem nestes países a sua residência habitual e realizou todos os atos de conclusão do contrato sem sair do país (Consumidor passivo). Veja como o consumidor passivo no comércio eletrônico é protegido também nos Estados Unidos, nas leis de Ohio, Virginia e Washington e na lei suíça, in KRONKE, Herbert, *Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace*, in *Internet- Which Court Decides? Which Law Applies*, Boele-Woelki, Katharina e Kessedjian, Catherine, Kluwer Law International, 1998, p. 82 e 83.

<sup>144</sup>A simples publicidade online, com efeitos no país, já pode violar as normas imperativas do direito do consumidor, como comprova a decisão do Tribunal de Frankfurt (OLG Frankfurt), de 31.05.2001, envolvendo publicidade de farmácia holandesa oferecendo medicamento proibido na Alemanha. Veja ZIP 2001, p. 1164 a 1168.

se aplicar ao contrato internacional de consumo, de forma a favorecer o contratante mais fraco. Deve ser um risco profissional do fornecedor, o qual se utiliza destas tecnologias novas e deste tipo da *marketing* à distância, o eventual uso das normas imperativas ou de aplicação imediata do país do domicílio ou residência habitual do consumidor, onde a oferta à distância resultou em contratação.<sup>145</sup> Segundo a doutrina francesa, a proteção dos contratantes mais fracos é melhor realizada se as normas tutelares nacionais são consideradas “leis de aplicação imediata”.<sup>146</sup> A doutrina estrangeira conclui que esta é a prática da maioria dos países do primeiro mundo.<sup>147</sup> Esta teoria parece ser compartilhada pela jurisprudência do STJ.

Parte da doutrina sobre comércio eletrônico considera esta aplicação direta do Código de Defesa do Consumidor demasiadamente extensiva e defende a aplicação

das regras tradicionais nacionais de conflitos de lei.<sup>148</sup> Apoiando a solução da LICC de 1942 e a aplicação da lei do fornecedor (ou por que propõe o contrato –art. 9º, §2º LICC, ou porque escolhe a sua lei no contrato -autonomia da vontade em DIPr., ou porque tem a conexão mais estreita ao realizar a prestação característica –lei do lugar da execução), consideram estes autores que é risco do consumidor fazer uma transação à distância internacional e a aplicação da lei mais favorável ao fornecedor é uma consequência aceitável.<sup>149</sup>

Já a doutrina consumerista geralmente desconhece a teoria das leis de aplicação imediata em DIPr. e defende -de lege ferenda- a aplicação da lei local do domicílio ou a residência do consumidor, se a oferta for feita no Brasil<sup>150</sup> ou que as normas do CDC são de ordem pública internacional.<sup>151</sup> Dada máxima vênua a este esforço louvável de proteção dos contratantes mais fracos, o uso excessivo da

<sup>145</sup> Assim as conclusões do 5º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, in Revista Direito do Consumidor, vol. 33, p. 265: “11. As normas do CDC, como expressamente consignado em seu artigo 1º, são de “ordem pública e de interesse social”, entre a ordem pública local e a ordem pública estrangeira o juiz deve preferir a ordem pública de seu país; as disposições do CDC, por serem normas de ordem pública, não podem deixar de ser aplicadas às relações de consumo que envolvem consumidores residentes no território nacional, ressalvada a aplicação cumulativa da legislação estrangeira mais favorável. (aprovada por unanimidade)”. Veja também FERNANDES, Antônio Joaquim, “Responsabilidade do provedor de Internet”, in Revista Direito do Consumidor, vol. 26, p.49.

<sup>146</sup> Assim conclui o grande professor de DIPr. francês, Pierre MAYER, p. 531.

<sup>147</sup> Veja, por todos, KRONKE, p. 82, Stoll, p. 473 e seg. e JUNKER, RIW 1999, p. 815. Assim conclui até mesmo o advogado da Microsoft, em seu Curso de Haia de 2001, SMITH, p. 330, mesmo protestando contra esta prática e pedindo que a Internet seja regulada de forma mínima. Segundo ele: “An online business person’s potential nightmare is responding to an order from a foreign customer, only to find oneself accused of violating foreign law...The risk, of course, exists for any company engaged in international commerce, not just e-commerce firms. (p. 328)...Many legal régimes that recognize the validity of contractual choice-of-law provisions...They also may not apply to consumer contracts...(p. 330).”

<sup>148</sup> Cf. GRECO, 2000, p. 50.

<sup>149</sup> Veja Cf. GRECO, 2000, p. 50 e BENEVIDES DE CARVALHO, p. 108.

<sup>150</sup> Assim LUCON, Paulo Henrique dos Santos, “Competência no comércio e no ato ilícito eletrônico, in DeLucca e Simão, *Direito e Internet- Aspectos Jurídicos Relevantes*, São Paulo, Edipro, 2000, p. 351 a 370, p. 354-355.

<sup>151</sup> Assim MARTINS CASTRO, Luiz Fernando, O comércio eletrônico e a Defesa do Consumidor no Direito Brasileiro e no Mercosul, in *Internet e Direito- Reflexões doutrinárias*, Roberto Rodrigues da SILVA Júnior (Coord.), Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, p. 138 e 139, veja também conclusão independente do Congresso de Minas 2000, in RDC 35, p.265.

ordem public international,<sup>152</sup> se bem que comum nos países Latino-Americanos (veja-se o Código de Bustamante), traz sérias perturbações ao sistema de DIPr.<sup>153</sup> O resultado seria de que qualquer lei estrangeira indicada aplicável em qualquer questão de consumo passaria a ofender a nossa ordem pública internacional (Art. 17 LICC), simplesmente por não ser igual a lei brasileira, descaracterizando a ordem pública em DIPr. como uma exceção ao sistema, em que se aplica a *lex fori* (no caso, a lei brasileira) face ao resultado concreto da aplicação da lei estrangeira, o qual, este sim, ofenderia os pilares e valores básicos de nosso ordenamento jurídico. Esta solução radical e genérica só pode ser aceita se considerarmos que as regras materiais do CDC seriam (algumas) de ordem pública internacional por se caracterizarem ou positivarem direitos fundamentais (Art. 4º do Código de Bustamante). Sendo assim, o melhor é atualizar as nossas regras de DIPr., ou aceitando as sugestões aqui realizadas ou-pelo menos-reinterpretando-as para incluir as normas do

CDC como leis de aplicação imediata, como tem feito a jurisprudência.

## 2. Exame da jurisprudência e a doutrina consumerista

Efetivamente, a jurisprudência brasileira tem aplicando o CDC a casos pluriconectados, antes do recurso à Lei de Introdução, como lei de aplicação imediata. Vejamos.

Nos casos de importação, realizados com a intermediação de empresas e filias no Brasil, a jurisprudência aplica o CDC, sem sequer mencionar a LICC (a qual também indicaria aplicável a lei brasileira). Assim, o 1.TACiv. de São Paulo julgou um caso sobre a aquisição de grama importada para um jardim particular e aplicou o Código de Defesa do Consumidor, condenando o fornecedor.<sup>154</sup> Da mesma forma o TJ do Paraná julgou um caso sobre garantias de um carro importado, utilizando-se do Código de Defesa do Consumidor.<sup>155</sup> Neste caso, o qual envolve

<sup>152</sup> Esta é uma teoria francesa do início do século XX: “les lois d’intérêt général qui s’imposent toujours à son observation sur le territoire où elles ont été édictées. Nous comprendrons ces dernières sous le nom de lois d’ordre public international.” Assim André WEISS *apud* ANDEREGG, Kirsten, *Ausländische Eingriffsnormen im internationalen Vertragsrecht*, Ed. Mohr, Tübingen, 1989, p. 9. Sobre Código de Bustamante veja SAMTLEBEN, Jürgen, *Derecho Internacional Privado en América Latina- Teoría y Práctica del Código Bustamante*, Ed. Depalma, vol. I, Buenos Aires, 1963, p. 270.

<sup>153</sup> Assim também conclui, Pierre MAYER, p. 531.

<sup>154</sup> Assim a decisão do Tribunal de Alçada de São Paulo (1.TACivSP), 09.02.1999, Des. Jô Tatsumi, Ap. 812.848-7: “DECADÊNCIA-INOCORRÊNCIA- AÇÃO INDENIZATÓRIA- SEMENTES DE GRAMÍNEAS- Entrega de produto diverso. À luz do Código de Defesa do Consumidor, a semente destinada à germinação não pode ser equiparada ao produto não durável, pois não se consome ou se destrói pelo simples lançamento ao solo, se figurando, assim, espécie sui generis de peculiaridades correlatas com produtos duráveis, uma vez que o fim a que se destina somente vem a ser conhecido após relativamente longo processo reprodutivo, circunstâncias, portanto, que impedem o reconhecimento da decadência do direito à indenização pela entrega das sementes de gramíneas de variedade diversa da comprada, pois transcendem à conceituação binária do art. 26 da Lei 8.077/90.” in Revista dos Tribunais 767 (1999), p. 260.

<sup>155</sup> Assim a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, Ap. Civ. 40.534-4, 23.08.1995, Des. Troiano Netto, envolvendo defeitos de um Lada importado (carro russo), porém aplicando o limite de 30 dias para reparar (Art. 18 Código do Consumidor) com flexibilidade: “Ao conceder prazo para ser corrigido defeito em produto de consumo durável, o § 1º do Art. 18 do CDC (Lei 8.078/90) considerou esgotado esse prazo somente no fim do trigésimo dia, sendo razoável a comunicação, no dia útil imediato, de que o bem já estava reparado.” in *Direito do Consumidor-Jurisprudência Brasileira*, vol. 181, Ed. Jurua, 1998, p. 191. Compare a um caso nacional, decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Ap. Civ. 211.127-7, involving Genral Motors do Brasil S.A., in *Direito do Consumidor-Jurisprudência Brasileira*, vol. 181, Ed. Jurua, 1998, p. 135.



vícios de um Lada importado (de fabricante russo), o limite de tempo de 30 dias para o conserto, de acordo com art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, foi aplicado com flexibilidade, tendo em vista as dificuldades normais à importação.<sup>156</sup> Já o TJ do Rio de Janeiro<sup>157</sup> considerou que 55 é dias demasiado longo para importar um motor (para substituir outro com defeito) dos EUA a um carro brasileiro da GM, pois conforme dita o art. 32 do Código de Defesa do Consumidor: “Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. Parágrafo único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei.” Neste caso o fabricante foi responsabilizado a pagar o aluguel de um automóvel para o consumidor pelo período de 55 dias. Nestes casos, que envolvem consumidores-passivos no Brasil e fornecedores estrangeiros com a empresa matriz, filial ou subsidiária, ou empresas de importação no Brasil, podem os consumidores escolher se acionam o varejista, o comerciante, o importador, o fabricante, isolada ou

conjuntamente, conforme os artigos 18 e 100 do Código de Defesa do Consumidor.

Especificamente, sobre contratação à distância na jurisprudência brasileira, o número de casos ainda é pouco, mas mencione-se o rumoroso caso de contratação de serviços internacionais de lazer aos consumidores, conhecido como “caso do telesexo internacional”. Neste caso, fornecedores de serviços dos países nórdicos estavam oferecendo “serviços sexuais”, via telefone, no mercado brasileiro através de um fornecedor de serviços telefônicos nacional (a Telebrás). Os custos deste serviço internacional eram pagos através das contas normais do telefone, fazendo com que, desse modo, 1ºTACiv. de São Paulo decidisse que o fornecedor responsável era a empresa brasileira, aplicando o Código de Defesa do Consumidor a estes contratos internacionais de consumo.<sup>158</sup>

Uma questão muito polêmica, onde bem se notou a imperatividade e importância das normas de defesa do consumidor no Brasil, foi a referente ao leasing massificado “em dólares” de automóveis nacionais.<sup>159</sup> No caso, ambas as partes contratantes tinham domicílio e sede

<sup>156</sup> Compare a um caso de venda de um carro nacional, onde os mesmos 30 dias (limite do tempo) foram permitidos, todavia o fornecedor (Volkswagen do Brasil S.A) teve de pagar os danos pela aflição emocional, pois o tempo de espera foi demasiado longo e utilizado de forma negligente, decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “INDENIZAÇÃO- DANO MORAL. COMPRA E VENDA - VEÍCULO- DEFEITO DE FABRICAÇÃO- CONSERTO- PRAZO LEGAL- PRINCÍPIO DA CONFIANÇA- CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. O consumidor que adquire veículo zero quilômetro não pode pedir a restituição das parcelas pagas quando os defeitos ocorridos com o automóvel são sanados no prazo de 30 dias previsto em lei. A reparação a título de danos morais é devida pelo aborrecimento, desconforto e angústia sofridos pelo consumidor, aliados à afronta, por parte da empresa, ao princípio da confiança.” (Ap.C., 297.423-2, Des. Maria Elza, 249.03.2000, TJMG)

<sup>157</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, j 17.03.98, Des. Samy Glanz, ApC. 865/97, in RT 754 (1998), p. 399.

<sup>158</sup> Assim a decisão do 1ºTACivSP, 24.11.98, Juiz Antonio de Pádua Ferraz: “PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS- TELESEXO DDI- Empresas estrangeiras fornecedoras do serviço se submetem à lei brasileira, notadamente o Código de Defesa do Consumidor, que veda a prestação de serviço sem a solicitação prévia - Inaplicabilidade do art. 129 do Código Civil- Inteligência dos art. 1 e 39 III e parágrafo único da Lei 8.078/90” in RT 765, p. 231-234. Veja também sobre Telefonia decisões do TJ de São Paulo, in Revista Direito do Consumidor, vol. 34, p. 311 e in Revista Direito do Consumidor, vol. 35, p. 347.

<sup>159</sup> Veja decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, in Revista Direito do Consumidor, vol. 34 (2000), p. 281 e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, in Revista Direito do Consumidor, vol. 35 (2000), p. 329.

no Brasil, a contratação era regida pela lei brasileira, o veículo era nacional, não se tratava de contratação internacional, mas sim de transferência interna de riscos (variação do dólar) da cadeia de produção (que realizou mútuo internacional), para os consumidores (que recebiam o risco, como indexador e base sinalagmática de seus contratos de adesão massificados).<sup>160</sup> A primeira decisão<sup>161</sup> aplicou o Código de Defesa do Consumidor a estes contratos de leasing especial, aceitando a tese da imprevisão para os consumidores na época da maxidesvalorização, e revisou a cláusula do leasing que substituiu o dólar norte-americano por um indexador nacional da inflação.<sup>162</sup> Estes contratos foram considerados contratos nacionais e o Código de Defesa do Consumidor foi aplicado.<sup>163</sup> A solução jurisprudencial veio para igualar o tratamento dos consumidores, impedindo a lesão e o abuso na transferência de risco (internacional) profissional aos consumidores do mercado nacional.

O caso de líder em matéria de produtos e serviços estrangeiros e o standard mínimo de proteção dos consumidores tem origem no STJ. Trata-se de um caso envolvendo um turista brasileiro (consumidor ativo), que retorna ao mercado brasileiro, neste sentido, pode ser usado apenas analogicamente para solucionar os aqui analisados. Nesta decisão de líder, o STJ responsabilizou a filial brasileira pela garantia de produto adquirido nos EUA

(distribuído pela matriz no Japão e produzido possivelmente na Indonésia ou China), da marca Panasonic, tudo segundo o Código Brasileiro de Direito do Consumidor, considerado “lei de aplicação imediata”.

OREsp. 63.981-SP, cujo relator foi o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, foi decidido em 4 de maio de 2000, com a seguinte ementa:

“DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA (PANASONIC). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADE DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA. I- Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo, quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários

<sup>160</sup>Veja meu artigo, Banking in the information society, in *Consumer law in the information society*, Thomas WILHELMSSON et al. (eds.), Kluwer international, 2000, p. 247-262.

<sup>161</sup>Veja decisão of Tribunal Regional Federal 3ª Região, Des. Newton de Lucca, 31.05.2000, AI 1999.03.00.004728-9: AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. OAB. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL., INDEXAÇÃO EM DOLAR NORTE-AMERICANO. REVISÃO CONTRATUAL. LIMINAR. REQUISITOS. PRESENÇA. O Código de Defesa do Consumidor garante a possibilidade de revisão de cláusula contratual que, por fato externo superveniente, venha a se tornar excessivamente onerosa.” Veja with the same opinion, Decisão do Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro, in RT 775 (2000), p. 355-357.

<sup>162</sup>Assim o caso Proc. 1999.61.00.004437-1, 1ª Vara Cível da Justiça Federal-Sao Paulo, Federal Juiz Dr. José Henrique Prescendo, 12.02.99, caso Ordem dos Advogados do Brasil-Secção São Paulo v. Excel Leasing e outros.

<sup>163</sup>Veja *leading case* STJ, Resp. 82269-RJ, Min. Waldemar Zveiter.

países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso país. II – O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje ‘bombardeado’ diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. III – Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.”<sup>164</sup>

Como se observa, se em caso envolvendo turista brasileiro, cuja única conexão com o Brasil era o domicílio do consumidor, o CDC foi aplicado, parece-me provável que o STJ deverá considerar o CDC também “lei de aplicação imediata” em Direito Internacional Privado nos demais casos, em especial nos casos aqui analisados, quando o consumidor passivo contratar no comércio eletrônico, aplicando o CDC, antes do Art. 9º da LICC/42.

A solução do STJ foi a mesma da União Européia, que considera as Diretivas de proteção do consumidor como “imperativas”,<sup>165</sup> aplicando-as sempre como *standards* mínimos de proteção dos consumidores europeus, sempre que a lei

aplicável é de país fora da zona. A conclusão é de que os interesses de proteção do agente mais vulnerável superam os de harmonia das decisões, melhor seria regular o tema em norma especial na Lei de Introdução ao Código Civil, a exemplo dos Artigos 29 e 29a da Lei alemã.

Neste sentido, repita-se a sugestão que fiz de CIDIP, que poderia ser adaptada às necessidades nacionais:

### Art. 2 - Proteção contratual geral

1. Os contratos e as transações envolvendo consumidores, especialmente os contratados à distância, por meios eletrônicos, de telecomunicações ou por telefone, estando o consumidor em seu país de domicílio, serão regidos pela lei deste país ou pela lei mais favorável ao consumidor, escolhida entre as partes, se lei do lugar da celebração do contrato, lei do lugar da execução do contrato, da prestação característica ou lei do domicílio ou sede do fornecedor de produtos e serviços.

2. Aos contratos celebrados pelo consumidor estando fora de seu país de domicílio será aplicada a lei escolhida pelas partes, dentre a lei do lugar de celebração do contrato, a lei do lugar da execução e a lei do domicílio do consumidor.

<sup>164</sup>DJ 20.11.2000, na íntegra, em sua primeira versão, in RDC 35, p. 270 e seg.

<sup>165</sup>Assim, como conclusão geral, BRÖCKER, Marion, Verbraucherschutz im Europäischen Kollisionsrecht, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998, p. 138 e JUNKER, IPRAX 1998, p. 74.. Também JAYME, IPRAX 1999, p. 412. Assim as Diretivas impõem, por exemplo, a Diretiva 1999/44/CE sobre garantias: “Art. 7. (2) Os Estados membros tomarão as medidas necessárias para que o consumidor não perca a proteção assegurada por esta Diretiva, quando o direito de um Estado terceiro é escolhido para regular o contrato, desde que o contrato possua um vínculo estreito com o território de um Estado Parte (da E.U.)” in RDC 38/313.

### Art. 3 Normas imperativas

1. Não obstante o previsto nos artigos anteriores, aplicar-se-á necessariamente as normas do país do foro que tenham caráter imperativo, na proteção do consumidor.

2. Tendo sido a contratação precedida de qualquer atividade negocial, de marketing, do fornecedor ou de seus representantes, em especial envio de publicidade, correspon-dências, e-mails,

prêmios, convites, manutenção de filial ou representantes e demais atividades voltadas para o fornecimento de produtos e serviços e atração de clientela no país de domicílio do consumidor, aplicar-se-á necessariamente as normas imperativas deste país, na proteção do consumidor, cumulativamente àquelas do foro e à lei aplicável ao contrato ou relação de consumo.

# Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado\*

*Dr. Cláudio Michelon*

Doutor em Direito. Professor nas Faculdades de Direito da PUC/RS e da UFRGS.

## I - Introdução

Um dos requisitos para que qualquer investigação possa ser considerada uma investigação racional é que ao início da análise o investigador tenha uma certa noção sobre o que será o resultado final da investigação. Toda a investigação racional supõe, portanto, aquilo que Aristóteles chamaria de uma *arché*. A importância da *arché* no processo investigatório decorre do fato de que ela dá o norte da investigação e estabelece um critério último para decidir qual das diversas teorias sobre fenômeno oferece a melhor explicação. Sem uma *arché* é impossível avaliar o progresso de uma investigação e os investigadores procedem sem rumo produzindo teorias incomensuráveis sobre o problema investigado<sup>1</sup>. O presente trabalho pretende ser uma contribuição para o debate sobre a *arché* do direito privado, ou seja, uma contribuição para o debate sobre o que

precisamente estaremos descobrindo quando, e se, a investigação de um problema de direito privado for concluída com êxito<sup>2</sup>.

Dois são os problemas centrais no debate sobre a *arché* do direito privado. Em primeiro lugar, não há clareza sobre quais são as concepções rivais de *arché* para o direito privado. Em diferentes momentos históricos concepções da *arché* do direito privado foram tão largamente dominantes que frequentemente parecia àqueles envolvidos com a prática do direito privado não haver qualquer alternativa à concepção dominante. Assim, durante o período em que predominou a concepção da investigação sobre o direito privado como uma investigação sobre a melhor forma de garantir a autonomia dos indivíduos (o que chamarei de concepção autônômica) era difícil perceber qualquer alternativa à autonomia da vontade como princípio fundante do direito privado.

---

\* Eu gostaria de agradecer aos professores Judith Martins-Costa, Félix Lamas, Jorge Cesa Ferreira da Silva, Leandro Martins Zanitelli e Luis Fernando Barzotto e também aos meus alunos na disciplina de *Temas de Filosofia do Direito* (ministrada no curso de doutoramento da Universidade federal do Rio Grande do Sul no segundo semestre de 2001) pelas críticas e sugestões recebidas.

<sup>1</sup> Essa 'falta de rumo' e a incomensurabilidade que resulta dela é uma das características mais problemáticas da razão prática na modernidade. O que esse artigo propõe é tratar o direito privado (ou ao menos as áreas da reflexão tradicionalmente cobertas pelo direito privado) como instâncias da razão prática (aquela forma de razão cujo resultado é uma ação), ao invés de instâncias da razão teórica (aquela forma de razão cujo resultado é uma conclusão sobre o que é o caso. Não é surpreendente, portanto, que a 'falta de rumo' e a conseqüente incomensurabilidade que resulta dessa falta de rumo sejam também encontradas na reflexão sobre o direito privado.

<sup>2</sup> Pela expressão 'direito privado' quero dizer simplesmente 'aquele conjunto de problemas tradicionalmente considerados como problemas de direito privado'. Como ficará claro nas seções III e IV, é mesmo discutível se existe uma *arché* comum a todos os problemas de direito privado.

Hoje, a afirmação de que o direito privado deve servir à realização do homem como um meio que não tem valor em si mesmo é também frequentemente, considerada um truismo<sup>3</sup>.

A primeira forma como o presente artigo pretende contribuir para o debate é através de um mapeamento de algumas das concepções rivais da *arché* do direito privado. Serão identificadas três concepções rivais, nomeadamente, a concepção baseada na idéia de autonomia, a concepção funcionalista e a concepção aristotélica-tomista. A segunda forma como o presente artigo pretende contribuir para o debate é através de uma defesa da consistência interna da perspectiva aristotélica. Ou seja, esse artigo pretende demonstrar que a concepção funcionalista não é obviamente verdadeira, através da apresentação de uma concepção alternativa que também é internamente consistente e que não leva a resultados inaceitáveis<sup>4</sup>.

No processo de me desincumbir dessas duas tarefas eu não pretendo separá-las. Eu pretendo que as diferentes concepções da *arché* do direito privado fiquem claras a medida que eu vou apresentando minha defesa da consistência da concepção aristotélica.

## II - Funcionalismo

A melhor maneira de introduzir a concepção de contrato e de direito privado que eu pretendo defender nesse artigo é proceder por oposição, apresentando uma concepção rival de contrato e de direito privado. A

concepção rival, chamemo-la, seguindo Weinrib, de concepção funcionalista, concebe todas as instituições de direito privado como sendo instrumentos para a persecução de um objetivo socialmente desejável<sup>5</sup>. Assim,

[o] que o funcionalismo propõe não é tanto uma teoria do direito privado, mas uma teoria dos objetivos sociais na qual o direito privado pode ou não ser integrado.<sup>6</sup>

Dai decorre a negação de que exista um conjunto de regras de justiça diretamente aplicáveis aos institutos de direito privado que, como alicates e chaves de fenda, serviriam somente como meios para atingir objetivos definidos independentemente deles. Em outras palavras, a negação de que existam critérios de justiça internos à relação de direito privado.

A concepção funcionalista dos institutos de direito privado é atrativa por diversas razões. Em primeiro lugar, da adoção da concepção funcionalista segue-se que a diferença entre direito público e direito privado torna-se irrelevante. Como consequência, desaparece a necessidade de uma teoria da justiça que dê conta da necessidade de uma distinção entre direito público e de um direito privado. Assim, tanto a prática do direito quanto a teoria da justiça que justifica o engajamento com a prática do direito seriam unificados em uma teoria geral dos objetivos sociais almejados. A questão central para a compreensão do direito privado passa a ser então uma questão externa ao direito privado, a saber: quais são os objetivos sociais a serem alcançados. Essa questão determinará o design de todas as instituições sociais, inclusive da

<sup>3</sup> Weinrib, *The Idea of Private Law* Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 4

<sup>4</sup> Esses resultados só podem ser julgados inaceitáveis se estão em direto conflito com os *topoi* (lugares comuns compartilhados) que servem como o ponto de partida para a reflexão filosófica.

<sup>5</sup> Weinrib, *The Idea of Private Law*, p. 3

<sup>6</sup> op. cit., p. 4.

instituição social que chamamos direito privado, já que o valor (e o conteúdo) do direito privado seria simplesmente instrumental em relação à objetivos sociais comuns a serem alcançados pela comunidade.

A atratividade das concepções funcionalistas de direito privado pode ser comprovada tanto pelo largo curso de teorias gerais do direito que pretendem-se aplicáveis também ao direito privado (como a teoria econômica do direito de Posner<sup>7</sup> e de Calabresi<sup>8</sup> ou a teoria funcionalista do direito privado de Gierke<sup>9</sup>), como por particulares concepções de alguns institutos jurídicos em luz funcionalista, como a concepção da propriedade segundo a sua função social e, mais recentemente, a concepção do contrato como possuindo uma função social (conforme o que está consagrado no art. 420 no recentemente aprovado Projeto Brasileiro de Código Civil).

Uma razão para a força do funcionalismo reside no fato de que o funcionalismo surge historicamente em oposição ao paradigma anterior do direito privado, ou seja, à concepção do direito privado como garantidor da autonomia da vontade (doravante denominada simplesmente 'concepção autônômica'). A rigor as duas concepções não são excludentes, já

que diversos argumentos a favor da concepção de direito privado como garantidor da autonomia da vontade foram justificados com base em argumentos funcionalistas. J. Ghestin arrola alguns desses argumentos, quando afirma que:

Le principe d'autonomie de la volonté s'impose alors par son utilité sociale. La loi économique de l'offre et de la demande répondra nécessairement à l'intérêt général. Pour favoriser les échanges nécessaires au développement économique il faut écarter toutes les entraves à la liberté contractuelle. C'est le principe du "laissez faire, laissez passer", que complète implicitement le laisser contracter.<sup>10</sup>

Seria interessante identificar o quanto justificativas funcionalistas influenciaram a formação do princípio da autonomia da vontade, já que uma fundamentação alternativa do princípio da autonomia da vontade pode ser encontrada no coração da filosofia moderna. A filosofia política e social moderna pode ser compreendida como uma tentativa de oferecer uma resposta para o problema de como viver adequadamente em uma sociedade pluralista. A solução em voga nos séculos XVIII e XIX, e que ainda é uma forte tendência da filosofia política contemporânea é encontrada na idéia de tolerância<sup>11</sup>, ou seja, na idéia de que todos

<sup>7</sup> O funcionalismo permeia toda a obra de Richard Posner. Em sua obra seminal *Economic Analysis of Law* (5<sup>th</sup> ed. 1998) a perspectiva funcionalista é um pressuposto de todo o argumento. Posner chegou a questionar a existência do direito como uma disciplina autônoma (em 'The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987' *Harvard Law Review* (1987), p. 761. Posner, ao contrário de outros adeptos do movimento 'Law and Economics', não concebe a visão econômica do direito como uma ferramenta útil na análise do direito, mas sim como a única perspectiva possível para a compreensão do direito.

<sup>8</sup> Para exemplificar a defesa de uma perspectiva funcionalista em áreas como a responsabilidade civil, veja-se Calabresi, Guido 'Some thoughts on Risk Distribution and the law of torts' in Avery Wiener Katz (ed.) *Foundations of the Economic Approach to Law* New York, Foundation Press, 1998, p. 44

<sup>9</sup> Em especial no primeiro ensaio de GIERKE, Otto von. "Die soziale Aufgabe des Privatrechts"/"Das Wesen der menschlichen Verbände". Berlin : 1889 ; Leipzig : 1902 (utilizei a trad. esp. por José M. Navarro de Palencia. "La función social del derecho privado"/"La naturaleza de las asociaciones humanas". Madrid : Sociedad Editorial Española, 1904).

<sup>10</sup> Ghestin Jacques *L'utile et le juste dans les contracts* Archives de Philosophie du Droit V. 26 (1981) p. 36

<sup>11</sup> Sobre a tolerância religiosa como a inspiração histórica do liberalismo político contemporâneo ver Rawls, John *Political Liberalism* New York: Columbia University Press, 1996, p. xxvi; sobre a tolerância como parte integrante do liberalismo político contemporâneo veja-se na mesma obra p. 194 e ss.

devem ter garantida na maior medida possível a possibilidade de determinarem seu próprio destino. Daí porque só a vontade do indivíduo poderia ser considerada como uma fonte de deveres cogentes para o próprio indivíduo. Infelizmente uma tal investigação histórica não é necessária para que eu me desincumba das tarefas a que me propus no presente artigo. Basta aqui caracterizar duas concepções da *arché* do direito privado, a saber, a concepção funcionalista e a concepção autonômica.

De acordo com a concepção autonômica, a investigação do direito privado, quando completada, terá concluído pela melhor maneira de garantir aos indivíduos a sua autodeterminação de modo compatível com a mesma medida de autodeterminação dos demais indivíduos. De acordo com a concepção funcionalista, como vimos acima, a investigação do direito privado, quando completada, terá concluído pelos meios mais eficazes para atingir certos objetivos sociais decididos independentemente do direito privado (o que não exclui a possibilidade de que o direito privado seja considerado um mecanismo ineficaz de persecussão dos tais fins sociais e de que, como conseqüência, devesse ser simplesmente descartado).

Um exemplo será útil para compreender a tese funcionalista e suas implicações para a prática do direito. Há quem defenda a tese de que em relações de consumo a razão de ser da responsabilidade civil objetiva do fornecedor é simplesmente promover uma repartição social dos riscos gerados pela produção em escala industrial<sup>12</sup>. É seguro presumir que o valor do

ressarcimento devido pelo fornecedor será repassado aos consumidores dos seus produtos, fazendo com que cada consumidor responda por uma parcela do dano e evitando que o consumidor sobre o qual o dano mais diretamente incidiu sofra toda a perda derivada do acidente de consumo. Com base nesta concepção de responsabilidade civil, alguns autores chegaram à conclusão de que a responsabilidade objetiva do código do consumidor não apenas exclui a necessidade da culpa do fornecedor dos produtos, mas também exclui que o fornecedor possa defender-se alegando a ocorrência das excludentes de nexos de causalidade, a saber, o caso fortuito e a força maior<sup>13</sup>. Dessa forma, a concepção da *arché* da investigação levou diversos autores a uma particular solução para o pouco genérico problema de saber se as excludentes de nexos de causalidade (o caso fortuito e a força maior) servem como defesas aos fornecedores em ações de reparação pelos danos causados por seus produtos.

Foi dito acima que a concepção funcionalista foi apresentada como a alternativa à concepção autonômica. Mas a mudança é mais sutil do que aparenta ser. O debate entre a concepção funcionalista e a concepção autonômica é frequentemente obscurecido pelo fato de que os partidários de uma ou outra concepção descrevem a concepção rival em seus próprios termos, escondendo a divergência essencial entre as duas concepções de direito privado.

Jacques Ghestin oferece um bom exemplo aqui. A concepção autonômica foi

caracterizada por ele, como percebe-se na passagem transcrita acima, como uma concepção de direito privado que se baseia no fato de que a autonomia da vontade é um meio para maior eficiência econômica e que, por essa razão, tem grande utilidade social. Uma objeção mortal à concepção autonômica seria, portanto, demonstrar que a tal eficiência econômica não se produz ou que apesar da concepção autonômica atingir a eficiência, um outro objetivo social não é convenientemente alcançado se o direito privado é concebido em chave autonômica. E é justamente o que alguns opositores da concepção autonômica (entre eles o próprio Ghestin) passam a arguir: a concepção autonômica não é um meio adequado de atingir as finalidades sociais desejadas. Aqui os opositores da concepção autonômica estão simplesmente desconsiderando que a concepção autonômica possa ser justificada de outro modo que não em termos funcionais. Mas como vimos acima um bom argumento, na verdade o melhor argumento possível e, possivelmente, o primeiro argumento histórico a favor da concepção autonômica é o argumento liberal baseado na tolerância.

A oposição entre as duas concepções de direito privado pode ser vista como uma instanciação dentro do direito privado do debate entre utilitaristas e liberais, ou seja, entre a busca da maximização da utilidade social e a garantia da autodeterminação do ser humano<sup>14</sup>.

Todavia, não é imediatamente claro porque o direito privado deva ser concebido em termos dessa rivalidade entre as concepções funcionalistas e as concepções autonômicas.

Da mesma forma que existem outras alternativas na filosofia além do liberalismo e do utilitarismo, existem outras maneiras de conceber o direito privado que não se esgotam no funcionalismo ou na concepção autonômica. E da mesma forma que alternativas às duas filosofias morais dominantes da modernidade (i.e. liberalismo e utilitarismo) são encontradas na filosofia pré-moderna (v.g. o comunitarismo), a filosofia pré-moderna também é fonte de concepções alternativas de direito privado. A justiça comutativa aristotélico-tomista oferece as bases para uma tal concepção alternativa e, na próxima seção é dela que eu me ocupo.

### III – Uma moralidade para o direito privado.

Em fidelidade ao método aristotélico o melhor ponto de partida para a apresentação da concepção aristotélica de direito privado devem ser algumas opiniões compartilhadas.

Quando chamados a efetuar julgamentos sobre a responsabilidade de alguém, é freqüente nosso julgamento seja efetuado considerando os agentes *no contexto da relação em que praticaram a ação*. Nem sempre fazemos cálculos sobre como a ação que julgamos repercutiu na persecussão pela sociedade de certos objetivos sociais gerais. Nós entendemos as pessoas que julgamos de diversos modos e nem sempre a pessoa julgada é definida como parte de um projeto comum de perseguir certos objetivos sociais. A partir dessas práticas compartilhadas é possível

<sup>12</sup> Essa concepção funcionalista da responsabilidade civil em geral foi descrita por Paolo Gallo na primeiras páginas de seu *Pene private e responsabilità civile* Milano: 1996. Para uma defesa dessa visão funcionalista especificamente no que diz respeito às relações de consumo, veja-se José Reinaldo de Lima Lopes (*Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 29 e ss. 97 e ss., 145 e ss.)

<sup>13</sup> No sentido de excluir dentre as defesas do fornecedor as alegações de caso fortuito e de força maior, Nery Jr., Nelson *Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor* Revista de Direito do Consumidor, n. 3(set./dez. de 1993), p. 56.

<sup>14</sup> A correspondência não é conceitual. Utilitaristas poderiam, dadas algumas pressuposições sobre, por exemplo, como a economia se torna mais eficaz, propor uma concepção autonômica de direito privado. Da mesma forma, liberais podem pensar o direito privado em termos funcionais, pensando ser o direito privado um instrumento para a almejada neutralidade entre as concepções de bem. A correspondência aqui apontada diz respeito ao ar de família que existe, de um lado, entre liberalismo e concepção autonômica e, de outro lado, entre utilitarismo e funcionalismo. Enquanto os primeiros dois estão centrados especialmente na necessidade de criar uma esfera de liberdade para o indivíduo, os últimos dois encontram a chave para a compreensão do fenômeno que se propõem a explicar no cálculo da utilidade social geral a ser obtida com uma ação.

formular algumas das teses centrais da concepção aristotélica de direito privado.

Em primeiro lugar, julgamentos morais parecem ser sensíveis ao contexto da relação social em que as ações são praticadas e não simplesmente julgamentos sobre qual a contribuição da ação para a realização de um objetivo do grupo social. Em segundo lugar existem diferentes formas de conceber a relação entre dois indivíduos, e a concepção da relação entre dois indivíduos enquanto membros de um grupo social que persegue objetivos gerais é apenas uma das formas de conceber relações interindividuais.

As nossas intuições, portanto, falam de um critério de justiça próprio das relações entre agentes *qua* agentes privados, mas obviamente que a mera intuição não é uma prova de que exista um tal critério. Devemos, portanto, investigar qual poderia ser o fundamento racional de tal intuição.

Mas, enquanto procedemos essa busca, devemos sempre ter em mente qual o tipo de critério buscado. O que estamos buscando é simplesmente a *arché* das investigações sobre o direito privado. A *arché* só pode ser concebida em termos genéricos e isso porque a concepção completa sobre o resultado da investigação tornaria a investigação desnecessária. A concepção acabada de direito privado deve resolver uma série de problemas específicos de cuja resolução depende a completa compreensão do objeto (no caso, do direito privado). Aplicação dos resultados da investigação a casos concretos, portanto será impossível sem que alguns fatos adicionais possam ser estabelecidos, ou seja, sem que a investigação seja completada.

O critério de justiça tipicamente aplicável às relações privadas é, segundo Aristóteles, a

*justiça corretiva*. Aristóteles formula a tese distinguindo entre justiça corretiva e a justiça distributiva. O *Locus* clássico da distinção é encontrado na *Ética Nicomaquéia*, 1131b25-1131a2, onde Aristoteles, após afirmar que toda justiça é uma forma de igualdade (*to ison*), esclarece que existem duas formas de justiça, a saber, a justiça distributiva e a justiça corretiva. A primeira como é sabido, é a distribuição de bens de acordo com os méritos, em que a igualdade é melhor representada como uma igualdade entre razões bem distribuído/mérito. A outra:

é a corretiva, que surge ligadas à relações tanto voluntárias quanto involuntárias. ... a justiça em transações entre um e outro homem é efetivamente uma forma de igualdade, e a injustiça uma forma de desigualdade; não de acordo com aquele tipo de proporção [típica da justiça distributiva], mas de acordo com uma proporção aritmética. [EN 1131b25-1131a2]

Essa distinção deixa claro a principal característica das regras de justiça aplicáveis às relações entre privados, a saber, existem limitações quanto à relevância de certas considerações: considerações sobre mérito das pessoas são excluídos<sup>15</sup>. Os sujeitos privados são considerados como *iguais* em todos os aspectos que não dizem respeito à particular relação que se estabelece entre eles. Assim, um co-contratante é simplesmente alguém que participa do contrato, sendo irrelevante o fato de que ele possua mais virtudes, ou tenha realizado mais ou maiores grandes obras ao longo da vida, ou mesmo o fato de que ele tenha mais necessidades. Essa igualdade é concebida como uma função da *identidade* dos sujeitos. A igualdade é, portanto, função do fato de que a pergunta sobre quem eu sou em uma relação privada é respondida por referência à própria relação, e não por referência a qualquer aspecto

<sup>15</sup> Entre as três características que Weinrib identifica como características centrais do direito privado (e que já se encontram presentes na concepção aristotélica de justiça comutativa) estão: a bipolaridade da relação e os standards de relevância limitados *op. cit.*, p. 56.

de minha vida fora da relação. E o critério de justiça é aplicado ao tipo de sujeito que eu sou na relação privada.

Esse talvez tenha sido o brilhante insight de Clóvis do Couto e Silva ao introduzir na dogmática jurídica a categoria explicativa do contato social, que havia sido inicialmente utilizada como instrumento para análise sociológica por von Wiese<sup>16</sup>. Segundo Clóvis do Couto e Silva, o grau de proximidade ou distância nas relações entre indivíduos é dado juridicamente relevante. O grau mínimo de contato é a pertinência ao mesmo grupo social, e isso implicaria a obrigatoriedade de alguns standards gerais de conduta que instanciam a máxima do *nemenen laedere*<sup>17</sup>. Os direitos de ressarcimento derivados do enriquecimento sem causa, a responsabilização por inadimplemento de obrigação voluntariamente assumida, os deveres dos conjuges no casamento pressuporiam formas de contato social mais próximas do que a mera pertinência ao mesmo grupo social. Mas o grau de contato social só pode ser considerado um dado *juridicamente* relevante se os critérios através dos quais nós julgamos a correção de uma conduta forem variáveis de acordo com o tipo de relação social entre as partes e isso é justamente o que está suposto no critério de comutatividade aristotélico-tomista.

Portanto, o que é necessário justificar é uma particular concepção sobre a justiça que compreende uma limitação nas considerações relevantes para a decisão do caso. É claro que essa idéia inicial, como uma *arché*, só oferece uma noção aproximada do objeto da investigação. Mas essa idéia aproximada do objeto da investigação, essa *arché*, estabelece

uma agenda de problemas de cuja resolução depende a correta compreensão do que é a justiça entre os indivíduos *qua* indivíduos. Seria necessária, por exemplo, uma teoria sobre quais são os bens e quais os valores comparativos dos bens a ser distribuídos a cada um. Sem uma tal teoria será impossível dar a cada parte em uma relação privada o igual aritmético. Da mesma forma devemos formular uma teoria sobre os tipos de relação que requerem a aplicação do critério de justiça corretiva e os tipos de relação em que outro critério de justiça deve ser aplicado. O direito privado tem sido pródigo em teorias que pretendem resolver problemas como esses. Na próxima seção eu apresento, exemplificativamente, uma dessas teorias e procuro demonstrar como ela pode ser compreendida como engajada no projeto de tentar responder às questões cuja resolução é necessária para a correta aplicação do critério genérico proposto por Aristóteles. O que não ficará claro na próxima seção é qual o critério de racionalidade para julgar se uma tal teoria é ou não a mais apropriada. Esse será o objeto da seção V, onde a concepção platônico-aristotélica de razão prática será invocada como fornecendo critérios racionais para a adjudicação entre essas teorias.

#### IV – A Teoria da Causa do Negócio Jurídico

O conceito de ‘causa’ do negócio jurídico é ponto particularmente controverso no direito privado. Uma parte significativa da doutrina sobre a causa tendeu a considerar que a ‘causa’ do negócio jurídico equivale aos

<sup>16</sup> Silva, Clóvis V. do Couto e *A Obrigação como Processo* São Paulo: José Bushatsky, 1976, pp. 88-91; ver também seu *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*. Paris: Es. N. J., 1988, pp. 8-17

<sup>17</sup> Silva, Clóvis V. do Couto e, *Principes...* cit. p. 3, nota 1.

motivos que deteminaram a celebração do negócio<sup>18</sup>. Essa concepção de causa, duramente criticada por Pontes de Miranda e outros, está relacionada ao império da concepção autonômica de direito privado. Conceber 'causa' como 'motivo que levou à celebração do negócio' foi o modo através do qual a doutrina francesa tentou tornar uma velha categoria (que remonta ao período clássico do direito romano clássico) útil no contexto de uma concepção autonômica de direito privado. Emilio Betti concebe a causa como estando vinculada à função econômico social do negócio jurídico (agregando à noção de causa, portanto, uma idéia funcionalista)<sup>19</sup>.

Em minha análise da causa eu gostaria de me ater a uma particular concepção da causa do negócio jurídico, nomeadamente, a concepção de causa de Pontes de Miranda. O que Pontes chama de 'causa' ou de 'causa de atribuição' não resta claro em sua explicação geral para o conceito de causa. Como sei acontecer na obra de Pontes de Miranda, os conceitos gerais são determinados por exclusão (assim, segundo Pontes de Miranda, causa não é motivo nem tampouco função econômica, nem ainda tipo contratual). Do conteúdo positivo das *causae* muito pouco é dito, mas ainda assim um aspecto da concepção geral de causa de Pontes nos será útil, a saber: Pontes, um dos mais sofisticados positivistas brasileiros afirma que há algo de natural nas *causae* dos negócios jurídicos. Atentar contra as *causae*, afirma Pontes é atentar contra a natureza das coisas<sup>20</sup>.

Mas se a definição geral não é particularmente esclarecedora, a identificação particular das 3 *causae* nos será bastante útil. Segundo Pontes de Miranda existem fundamentalmente 3 *causae*, quais sejam: a causa *credendi* (ou *constituendi*), a causa *donandi* e a causa *solvendi*<sup>21</sup>. *Credendi* (ou *constituendi*) é a causa de todos os negócios que estabelecem uma relação obrigacional comutativa (e.g. compra e venda, troca, constituição onerosa de direito real de superfície, etc.); *donandi* é a causa de todos os negócios que, fundados na vontade de promover uma liberalidade, não pressupõem nenhuma forma de comutação (como a doação ou o legado); *solvendi* são os negócios celebrados como forma de adimplemento de uma obrigação anteriormente assumida (como os negócios translativos de direito real no direito alemão em relação ao contrato de compra e venda). O que importa perguntar é: qual foi o critério utilizado por Pontes de Miranda (e pela doutrina civilística em geral) para identificar essas *causae*? O critério é a existência de três critérios de justiça diferentes que são aplicáveis a três tipos diferentes de relação social. Na causa *credendi* o critério de justiça é a comutatividade, na causa *donandi*, diferentemente, é o respeito às disposições de vontade de um sujeito de direito, na causa *solvendi* a adequação em relação ao que fora anteriormente estabelecido. A teoria da causa conforme concebida por Pontes de Miranda e por boa parte da doutrina civilista é, portanto, a tentativa de identificar precisamente qual o

<sup>18</sup> Ainda que a doutrina francesa ao menos desde Domat separe nominalmente a causa do motivo, a doutrina italiana demonstrou que dado o concepção subjetiva da causa que adotam os escritores franceses, não há como distinguir entre causa e motivo (sobre a discussão entre as doutrinas francesa e italiana da causa veja-se o ensaio de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva "Teoria da Causa no Direito Privado" in Vera Maria Jacob de Fradera (org.) *O Direito Privado brasileiro na visão de Cólvis do Couto e Silva* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, 59-71

<sup>19</sup> A identificação da causa com a função econômico social do negócio pode ser encontrada na teoria geral do negócio jurídico de Betti (utilizei a tradução espanhola *Teoria General del Negocio Jurídico* Madrid: Editorial revista de Direito Privado, s.d., sobre a teoria da causa ver pp. 132 e ss.)

<sup>20</sup> Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de *Tiradado de Direito Privado* V. III 2ª ed. Borsói, 1954, § 262, p. 79.

espaço da justiça corretiva no direito privado (e também qual o espaço de outras formas de justiça naquilo que convencionalmente chamamos de direito privado). Em outras palavras, é a discussão das *archai* da investigação dos assuntos que tradicionalmente consideramos assuntos de direito privado.

## V - O direito privado e a Razão como Techné.

Como pode uma teoria que pretende solucionar alguns dos problemas de cuja resolução depende a implementação da justiça corretiva ser julgada? O que torna uma teoria melhor do que outra teoria alternativa? Um bom ponto de partida seria investigar que tipos de falha uma teoria pode apresentar do ponto de vista de suas credenciais de racionalidade. Em outras palavras: o que torna uma teoria menos racional para a outra? Grande parte dos teóricos do direito e, especificamente, dos teóricos do direito privado, afirmam a necessidade de uma teoria satisfazer um único critério de racionalidade, a saber, a coerência entre os seus postulados. Seguindo MacIntyre eu gostaria de acrescentar um segundo critério de racionalidade, a saber, a sua capacidade de dar conta em seus próprios termos de teorias rivais<sup>22</sup>.

O primeiro critério de irracionalidade é relativamente incontroverso: nenhuma teoria pode ser aceita cujas teses centrais estejam em

direta contradição. Uma teoria sobre, digamos, a exclusão da responsabilização objetiva pela ocorrência de caso fortuito ou força maior não pode incorporar diversas teses contraditórias. O que chamo de 'contradição' aqui pode ser pensado com diversos graus de complexidade. O grau menos elevado de complexidade é a contradição direta entre duas teses dentro de uma mesma teoria. Neil MacCormick reserva o termo inconsistência para tratar dessa forma de contradição<sup>23</sup>. Assim duas teses que afirmem uma obrigação e uma proibição de um mesmo curso de ação são contraditórias. O grau menos elevado de contradição é o que Neil MacCormick trata como uma falha na coerência<sup>24</sup>. Mesmo duas teses que não estejam diretamente em contradição podem ser inconsistentes se fosse impossível imaginar um princípio explicativo para aquele aspecto da prática que fosse compatível com ambas as teses. Esse princípio explicativo é o que autores como Dworkin<sup>25</sup>, Alexy e outros tantos chamam de princípio jurídico. Como foi afirmado acima, grande parte dos teóricos do direito moderno, como Ronald Dworkin, Neil MacCormick, e Robert Alexy, bem como teóricos do direito privado, como E. Weinrib, depositam toda a sua confiança nesse critério de racionalidade.

Todavia existe ao menos uma situação limite para esse critério de racionalidade, a saber, quando duas teorias rivais são internamente consistentes e coerentes, esse critério de racionalidade não oferece qualquer solução sobre qual das teorias rivais pode reclamar a

<sup>21</sup> Sobre as três espécies de causa ver Miranda, F. C. Pontes de, op. cit., §263, p. 82-86.

<sup>22</sup> MacIntyre, *Justiça de Quem? Qual Racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991, em especial capítulos 5 e 6.

<sup>23</sup> MacCormick, Neil *Legal Reasoning and Legal Theory* Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 195 ss.

<sup>24</sup> idem, p. 152 ss.

<sup>25</sup> Dworkin introduz a sua concepção de um princípio jurídico no clássico artigo, mas a explicação completa do que é um princípio e de sua função na teoria do direito só pode ser corretamente compreendido à luz do segundo capítulo de seu *Law's Empire* (Glasgow: Fontana Press, 1991, originalmente publicado em 1986).

autoridade da razão para si<sup>26</sup>. Do ponto de vista lógico duas são as soluções possíveis em uma situação como essa: ou bem não existem critérios racionais para governar a escolha (que passa a ser arbitrária), ou bem existem critérios adicionais de racionalidade que não estão compreendidos no critério de não contradição.

Mas os teóricos do direito (e mais especificamente do direito privado) que enfrentam esse dilema procuram uma saída alternativa. A impossibilidade de decidir sobre a coerência de duas alternativas rivais internamente consistentes é superada pela introdução de mais materiais como parte da matéria que deve explicada. Assim, se eu não tenho critérios para decidir entre duas teorias internamente consistentes sobre, digamos, a natureza dos bens incorpóreos, eu recolocaria a questão no contexto de uma teoria geral dos bens *tout court* e escolheria a teoria sobre a natureza dos bens incorpóreos que estivesse melhor adequada a mais coerente teoria dos bens *tout court*. Ora, apesar do grande otimismo de autores como Ronald Dworkin (com sua tese da única resposta correta) e Weinrib, no que concerne especificamente ao direito privado, nada garante que essa estratégia não conduzirá a um momento em que as complexas teorias genéricas não sejam simplesmente indecíveis<sup>27</sup>. Nesse caso a alternativa descrita acima recoloca-se: ou bem não existem critérios racionais para governar a escolha, ou bem existem critérios adicionais de racionalidade que não estão compreendidos no critério de não contradição. Existe algum outro critério de racionalidade para fundamentar racionalmente uma opção por considerar verdadeira uma das teorias rivais?

Platão e Aristóteles, na interpretação de Alasdair MacIntyre, pensam que sim. Existe uma segunda forma de falha de racionalidade em que poderia incorrer mesmo uma teoria internamente consistente. É possível que as teses centrais de uma teoria só possam ser provadas a partir delas mesmas. Em outras palavras, a prova da verdade das teses que compõem a teoria pode ser circular. Toda teoria tem de dar conta de teorias rivais e 'aprender' com elas, identificando suas fraquezas e incorporando os insights da rival. Nas palavras de MacIntyre:

'Empenhar-se na pesquisa intelectual não significa simplesmente propor teses e aderir racionalmente às teses que até agora resistiram à refutação; significa compreender o movimento que leva de uma tese a outra como um movimento rumo a um tipo de *lógos* que revelará como as coisas são, não em relação a algum ponto de vista, mas em si mesmas. E a concepção do que cada tipo de coisa é como tal não apenas dá uma direção a pesquisa, uma direção de que ela careceria senão a tivéssemos, mas também nos dá um recurso para corrigir e reformular nossas teses sucessivas, à medida que aspiramos passar das hipóteses à afirmação incondicional.'<sup>28</sup>

Esse segundo requisito da racionalidade envolve aomenos quatro elementos, a saber:

- a) os últimos estágios da pesquisa teriam de pressupor os estágios iniciais
- b) os últimos estágios devem incorporar uma teoria do erro que explica a insuficiência dos estágios iniciais
- c) Uma concepção do que seria já ter completado a pesquisa: uma *arché*

<sup>26</sup> MacIntyre, *Justiça de Quem? Qual Racionalidade?* cit, p. 90.

<sup>27</sup> Ronald Dworkin procura escapar dessa objeção professando sua fé na riqueza da tradição jurídica. Cf.

<sup>28</sup> MacIntyre, A. *op. cit.*, p. 91

d) O refinamento progressivo da concepção de bem (da *arché*).

Tal requisito, se incorporado à uma concepção de racionalidade baseada somente na coerência, torna a concepção de racionalidade algo análogo ao que Platão e Aristóteles concebiam como uma *techné*, ou seja uma arte que acumula e melhora o domínio do seu objeto.

A razão entre os dogmáticos do direito privado parece seguir precisamente esse padrão. Mas o progresso da arte somente pode ser medido dada uma certa concepção do fim da pesquisa racional em direito privado. A alegação central desse artigo é a de que as opções em relação à como conceber o fim da pesquisa racional em direito privado são ao menos três: a realização da autonomia; a maximização de objetivos sociais definidos independentemente da arte, ou a justiça corretiva de Aristóteles.

## VI - Os limites da justiça corretiva: sociedades transicionais e o estabelecimento da justiça distributiva como pressuposto da justiça corretiva

Para evitar o risco de ser mal interpretado em minha defesa da concepção aristotélica de direito privado contra a pretensão de absolutiz da concepção funcionalista, devo tratar ainda de um último tema: a relação entre justiça corretiva e justiça distributiva e a utilidade dos conceitos funcionais que têm sido incorporados ao direito privado, como a função social do contrato e a função social da propriedade.

Meu ponto aqui é simples: a justiça comutativa sozinha não garante a justiça na sociedade política. A justiça corretiva supõe a justiça distributiva exatamente na mesma medida que a justiça distributiva supõe a justiça corretiva. Uma sociedade de distribuição 'pura' distribuição de acordo com méritos e sem justiça corretiva é tão injusta quanto uma sociedade somente baseada na justiça corretiva, em que não há qualquer distribuição por merecimento. Meu argumento não é, portanto, contra a incorporação de regras sobre a função social de institutos jurídicos, seja ele o contrato, a empresa, a propriedade, ou a responsabilidade civil. Eu apenas quero chamar a atenção para o fato de que as confusões decorrentes da interpretação desses institutos são em grande medida derivadas do fato de que eles não são institutos tipicamente de direito privado.

Em sociedades onde a implementação de uma justiça distributiva simplesmente não ocorreu nem mesmo em um grau mínimo tais institutos são úteis como mecanismos de distribuição e de persecussão de objetivos sociais úteis para que uma distribuição justa dos bens possa ocorrer. Mas a lógica, as formas de pensamento que regem a implementação e a interpretação desses institutos não é a forma de pensar típica do direito privado e a investigação sobre a sua abrangência e sobre os tipos de relação social para as quais tais institutos são aplicáveis não é uma investigação tipicamente privatista. A tentativa de conceber o direito privado em chave meramente funcionalista é em grande medida abastecida pela dificuldade de lidar com essas idéias funcionalistas dentro do paradigma do direito privado concebido como instrumento da justiça comutativa. Mas há uma alternativa, a saber, pensar em tais institutos como instrumentos de uma justiça distributiva e pensar sua investigação como uma investigação sobre os limites da justiça comutativa.



## VII – Conclusão

Como eu me desincumbi dos objetivos a que me propus no início desse ensaio? Meu primeiro objetivo era o mapear diversas concepções rivais da *arché* do direito privado. Três concepções rivais foram identificadas nas seções II e III, a saber, as concepções funcionalista, autonômica e aristotélico-tomista. A seguir um aspecto da concepção aristotélico-tomista, qual seja, a noção de que certos tipos de considerações, ainda que aparentemente aplicáveis ao caso concreto, são irrelevantes (ou tem reduzida relevância) em se tratando de relações tipicamente privadas. Se isso é correto, a tarefa fundamental de uma teoria do direito privado é identificar que tipos de relação (e.g. relações de liberalidade ou relações comutativas) exigem ou excluem que tipos de consideração do processo decisório (considerações que dizem respeito ao equilíbrio das partes, à maximização de um bem coletivo, etc). Essa tarefa já é parte da agenda dos teóricos do direito privado, como procurei demonstrar em minha breve análise da teoria da causa, elaborado na seção IV. Esse artigo não pretende revolucionar a agenda de preocupações dos teóricos do direito privado. Uma tal revolução é a negação do tipo de desenvolvimento orgânico que caracteriza o direito privado, talvez a forma de razão prática que, na modernidade, mais conserva a estrutura da razão-*techné* (i.e. a concepção clássica de razão que tentei delinear

na quinta seção desse artigo). O que esse artigo pretende é oferecer aos teóricos do direito privado, que já estão engajados desde sempre num determinado projeto de racionalidade (a racionalidade como *techné*) uma melhor compreensão sobre o processo em que estão envolvidos. Não um novo norte para a pesquisa, mas uma visão mais precisa do norte da pesquisa e do caminho afrente. Nessa visão mais precisa, os modismos revolucionários (como o funcionalismo) e os momentos reacionários (como as tentativas de retornar ao período do absolutismo da concepção autonômica) são vistas como investigações de aspectos parciais de uma teoria mais abrangente do direito privado, uma teoria que as articule como *causae* que governam aspectos diferentes da vida privada e que em seu conjunto constituem o estatuto do homem privado.

Todavia, ainda que eu tivesse me desincumbido bem das tarefas a que me propus, o leitor ainda tem ao menos uma razão para frustração. Ao início do artigo eu afirmava que eu pretendia contribuir para a determinação da *arché* do direito privado e o que resultou da investigação foi a existência de diversas *archai* para diferentes aspectos do direito privado. A questão sobre se existe ou não uma *arché* unificadora para todo o direito privado não foi resolvida pelo argumento desse artigo. Esse é um problema complexo cuja resolução, eu creio, demandaria uma forma de abordagem diferente daquela que foi adotada no presente artigo.

# Lei Complementar em Matéria Tributária – A Possibilidade de Revogação por Lei Ordinária<sup>1</sup>

*Cristiane Pederzoli Rentzsch*

Mestranda em Direitos Especiais UFRGS

## Introdução

Este trabalho tem por objetivo geral analisar a lei complementar no âmbito tributário, abordando as questões da existência de hierarquia entre as diversas espécies normativas elencadas no art. 59 da Constituição Federal e da reserva da lei complementar.

Especificamente, visa tratar da possibilidade de revogação de lei complementar anterior por lei ordinária posterior, quando a primeira versar sobre matéria diversa daquelas que a Constituição lhe reservou.

Por fim, objetiva analisar o caso concreto da revogação pela Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, da isenção da COFINS para sociedades civis, a qual havia sido concedida pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

O tema apresenta-se de extrema importância.

Por insurgir-se no âmbito do Direito Tributário, já é potencialmente gerador de posições controversas, pelo conflito permanente entre o poder arrecadatório fiscal do Estado e os direitos dos contribuintes.

A discussão teórica acerca da existência ou inexistência de hierarquia entre as diversas espécies normativas, bem como da reserva da lei complementar e da possibilidade desta vir a ser revogada por eventual lei ordinária, adquire importância prática na medida em que afeta diretamente a solução de casos concretos.

Portanto, tais questões não se tratam de mero preciosismo acadêmico: refletem-se na prática do universo jurídico a medida em que interfere em situações concretas, beneficiando por vezes o Fisco, e por vezes o contribuinte.

## I – LEI COMPLEMENTAR EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

### A) LEI COMPLEMENTAR

Em sentido amplo, lei complementar é aquela que complementa a Constituição. Segundo o entendimento de Geraldo Ataliba<sup>2</sup>, no sentido doutrinário, o qual se contrapõe ao sentido jurídico-positivo, lei complementar é aquela que completa as disposições constitucionais não auto-executáveis.

<sup>1</sup> Tema apresentado para obtenção de Lâurea Acadêmica na UFRGS, em 19.03.2002.

Já, em sentido estrito, adotado pela Constituição de 1988, a expressão lei complementar é utilizada para designar leis previstas para disciplinar matérias especificadas na Constituição, que reclamam *quorum* especial para sua aprovação.

Portanto, sob o ponto de vista material, a lei complementar apresenta funções específicas, as quais são expressa e exaustivamente previstas pela própria Carta Magna.

Sob o ponto de vista formal, em razão da relevância da matéria, o art. 69 da Constituição Federal exige para sua aprovação *quorum* qualificado. Assim, determina que as leis complementares apenas serão aprovadas por maioria absoluta, ou seja, pela votação de metade mais um dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

No âmbito tributário, a Constituição Federal prevê duas espécies de função para a lei complementar, a saber a função precípua de complementar as disposições constitucionais e a função excepcional de criar tributos.

Na vigência da Constituição de 1988, a função precípua é triplíce, uma vez que abrange as três atribuições previstas nos incisos do art. 146.

Assim, são funções da lei complementar dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; e estabelecer normas gerais de direito tributário.

Haja vista que a disciplina geral do sistema tributário encontra-se na Constituição, compete à lei complementar detalhá-lo, obedecendo seus

limites. A lei complementar deve apenas explicitar o que está implícito na Constituição, conforme lecionou Pontes de Miranda ainda na vigência da Constituição de 1967:

*“(...) Uma vez que a lei complementar não emenda, apenas complementa, de modo nenhum pode alterar a Constituição e há de ter o conteúdo que a própria Constituição lhe prevê. (...)”*<sup>3</sup>

A Constituição traçou o perfil do sistema tributário nacional, identificando cada espécie tributária, bem como impondo os limites ao poder de tributar. Por sua vez, à lei complementar compete estabelecer as regras gerais destes tributos, com o intuito de padronizar o regramento básico da obrigação tributária, conferindo uniformidade ao sistema tributário nacional.

Segundo Sacha Calmon Navarro Coelho<sup>4</sup>, *“a vantagem está na unificação do sistema tributário nacional, epifenômeno da centralização legislativa.”*

Cabe ressaltar que a edição de normas gerais por meio de lei complementar não suprime, nem reduz ou substitui o exercício da competência legislativa tributária por parte de cada pessoa política, as quais regulam os tributos de sua competência por meio de lei própria.

Conforme Roque Carraza<sup>5</sup>, *“a lei complementar prevista no art. 146 não pode, de nenhum modo, alterar as faculdades privativas que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal têm para tributar”*.

Ainda encontra-se a exigência de lei complementar com esta mesma função em outros dispositivos constitucionais esparsos<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> ATALIBA, Geraldo. *Lei Complementar na Constituição*, p. 30.

<sup>3</sup> MIRANDA, Pontes. *Op. cit. tomo III. p. 150.*

<sup>4</sup> COELHO, S. C. N. *Op. cit. p. 114.*

<sup>5</sup> CARRAZA, R. A. *op. cit. p. 477.*

<sup>6</sup> Exemplificativamente: arts. 153, VII; 155, §1º, III; 155, §2º, X, “a” e XII; 156, III e §3º; 195, §11.

Por fim, além de sua função de complementar disposições constitucionais, esta espécie normativa é exigida, excepcionalmente, para a criação de certos tributos. Nesta hipótese, a lei terá apenas o nome de complementar, porém, não estará exercendo esta função.

## B) LEI NACIONAL

A República Federativa do Brasil é uma federação, composta pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, todos com autonomia, igualdade de *status* e competência constitucionalmente delimitada, conforme dispõe os arts. 1º e 18 da Constituição Federal.

Em decorrência, há no sistema jurídico brasileiro a coexistência de ordens jurídicas parciais, quais sejam, as ordens jurídicas federal, estadual e municipal, com a ordem jurídica total ou nacional.

Portanto, há em situação de paridade hierárquica leis federais, estaduais e municipais, dirigidas às pessoas na qualidade de administrados da União, dos Estados e dos Municípios e emanadas do Poder Legislativo dessas entidades políticas, e, concomitantemente, há leis nacionais, ou seja, leis brasileiras, gerais, dirigidas ao povo brasileiro indistintamente.

A lei complementar é lei nacional, posto que subordina as ordens jurídicas parciais, enquanto a lei ordinária é lei federal, já que trata apenas de interesses ordinários da União Federal.

Cabe ressaltar que José Souto Maior Borges<sup>7</sup> assume posicionamento totalmente diverso, entendendo que tanto a lei complementar, como a lei ordinária da União

podem revestir-se ou não do caráter de leis nacionais.

Entretanto, segundo a doutrina majoritária, como consequência da lei complementar estar, nas palavras de Sacha Calmon<sup>8</sup>, a serviço da Constituição e não da União Federal, é lei nacional de observância obrigatória pelas ordens jurídicas parciais.

## II – REVOGAÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR POR LEI ORDINÁRIA

### A) RESERVA DA LEI COMPLEMENTAR E HIERARQUIA DAS NORMAS

No ordenamento jurídico brasileiro, vigora com toda sua intensidade o princípio da reserva legal, o qual exige que a regulamentação de determinadas matérias seja feita necessariamente por lei formal.

O legislador constituinte brasileiro, em atendimento ao princípio da reserva legal, delegou competência para o Congresso Nacional legislar sobre determinadas matérias exclusivamente por meio de lei complementar.

Conseqüentemente, as matérias de reserva da lei complementar são aquelas predeterminadas pelo legislador constituinte, cuja utilização não é de decisão do Poder Legislativo.

Portanto, em razão da coexistência em nosso ordenamento de ordens jurídicas parciais e total, nas hipóteses em que há expressa previsão de lei complementar por parte da Constituição, é vedado a qualquer outra espécie normativa regular a matéria.

<sup>7</sup> BORGES, J. S. M. *Lei Complementar Tributária*, p. 71.

<sup>8</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Op. cit. p. 98.*

Todavia, no caso de lei complementar tratar de matéria reservada aos Estados e Municípios, interferindo nos seus interesses particulares, esta será inconstitucional por invasão de competência.

Em contrapartida, ao regular matéria da União reservada à lei ordinária, ao invés de inconstitucionalidade, incorre em queda de *status*, pois terá eficácia apenas de lei ordinária federal. Neste caso, é possível lei complementar tratar de matéria que não pertença à sua reserva, em decorrência da identidade do órgão legislativo emissor de ambas as leis.

Ainda, como o *quorum* de aprovação da pretensa lei complementar é superior ao exigido para a regulamentação da matéria, não há que se falar em irregularidade formal na sua edição. Nesse caso, a lei não poderá ser considerada lei complementar propriamente dita, ou lei materialmente complementar. Deverá apenas ser considerada lei formalmente complementar, uma vez que a aprovação por *quorum* qualificado, por si só, não tem o condão de alterar a substância do instrumento.

A recíproca não é verdadeira. Caso determinada lei ordinária vier a tratar de matéria reservada à lei complementar, esta será inconstitucional.

A lei complementar encontra seu fundamento de validade na Constituição, estando a esta subordinada, assim como as demais espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal. É a consagração do princípio da supremacia da Constituição.

Segundo respeitável doutrina, inexistente hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, já que ambas possuem campos de atuação diversos. Em decorrência, pode ocorrer invasão de competência, não ofensa ao princípio da hierarquia das leis.

Apenas existe hierarquia quando o ato subordinado extrai seu fundamento de validade do ato subordinante, ou, como afirma Souto Maior<sup>9</sup>, quando este regula a forma de criação daquele.

Isto não ocorre no caso, uma vez que todas as espécies normativas elencadas no art. 59 têm como fundamento de validade a própria Lei Suprema. A lei ordinária, definitivamente, não busca seu fundamento de validade na lei complementar.

Somente a circunstância de a lei complementar ser mencionada antes da lei ordinária no elenco do art. 59 do Texto Supremo, não significa que haja posicionamento hierárquico. Da mesma forma, a exigência de *quorum* de aprovação qualificado não traduz a superioridade hierárquica da lei complementar.

Não obstante considerável parcela da doutrina entender que não há hierarquia entre as referidas espécies normativas no ordenamento jurídico brasileiro, há doutrinadores que ainda vislumbram a existência da suposta hierarquia.

Geraldo Ataliba vislumbrava, na vigência da Constituição de 1967, a hierarquia das normas, na qual a lei complementar sucedia imediatamente a norma constitucional e precedia as leis ordinárias e as demais normas, sobrepondo-se a estas, ou seja, sendo formalmente superior às normas infraconstitucionais.

Afirmava que “as leis complementares, no seu campo estão para as leis ordinárias, assim como as leis constitucionais estão para as leis complementares”<sup>10</sup>. E argumentava que a necessidade de aprovação por maioria absoluta em cada Casa do Congresso Nacional emprestava a esta norma superioridade sobre as demais.

<sup>9</sup> BORGES, S. M. B. *Lei Complementar Tributária*, p. 56.

<sup>10</sup> ATALIBA, Geraldo. *Op. cit.* p. 30.

Ressalvava, todavia, que, no caso de determinada lei complementar disciplinar matéria que não pertencesse ao seu campo próprio e exclusivo, não gozaria de qualquer superioridade.

A corrente doutrinária que defendia a hierarquia das normas foi perdendo força, tornando-se obsoleta. Inclusive Geraldo Ataliba<sup>11</sup> veio, posteriormente, por influência de Souto Maior Borges, reconhecer, de forma categórica, a inexistência da qualquer superioridade hierárquica da lei complementar.

Ainda hoje, Paulo de Barros Carvalho entende que Carta Magna prevê a hierarquia formal da lei complementar sobre as demais espécies normativas. Seu entendimento decorre do parágrafo único do art. 59, o qual estabelece que “*Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis*”<sup>12</sup>.

Ademais, alguns autores ressaltam que em certas hipóteses a lei complementar subordina a lei ordinária e em outras tal subordinação inexistente. A lei ordinária estaria subordinada à lei complementar quando esta fundamentasse sua validade. É o que ocorreria quando a lei complementar determinasse ou insinuasse a elaboração de legislação ordinária necessária à aplicação da lei complementar, ou quando traçasse parâmetros para as matérias tratadas pela legislação ordinária. Em contrapartida, não haveria qualquer subordinação quando a lei complementar cumpre sua função constitucional independentemente da promulgação de outras normas.

Celso Ribeiro Bastos<sup>13</sup> denomina lei complementar exauriente aquela que incide de

maneira direta sobre os fatos regulados, não prescindindo de normação complementar. Em contraposição, denomina lei complementar continuável aquela que permite a coexistência de outra espécie normativa, sendo necessária a extensão de sua normatividade por intermédio de lei ordinária. Nesse caso, entende que a lei ordinária extrai seu fundamento de validade da lei complementar, sendo a esta subordinada.

Portanto, de acordo com a posição doutrinária majoritária, a qual acolhemos, não há propriamente uma hierarquia entre as leis, apenas cada uma tem seu campo de atuação específico, no qual é autônoma e absoluta.

## B) POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO

No caso de lei complementar tratar de matéria não incluída no seu campo específico de incidência, surge a questão acerca da possibilidade de revogação desta por lei ordinária.

Os autores que vislumbram a possibilidade de revogação ou alteração de lei complementar por lei ordinária, quando a primeira extravasar seu campo específico de atuação, argumentam que a opção do legislador de tratar em lei complementar matéria destinada à lei ordinária, não faz com que esta matéria perca sua natureza ordinária.

Logicamente, o equivocado e desnecessário tratamento de certa matéria em lei complementar não tem o condão de transformá-la em matéria de reserva da lei complementar.

O que eleva uma lei à categoria de lei complementar não é o nome ou a invocação

<sup>11</sup> RDPúb. 53/54:61.

<sup>12</sup> Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi editada, em 26.02.1998, a Lei Complementar nº 95 que disciplinou o art. 59, § único.

<sup>13</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Lei Complementar – Teoria e Comentários*, p. 88.

que faça o legislador, mas a concorrência dos dois requisitos anteriormente analisados, quais sejam, o *quorum* qualificado e a matéria constitucionalmente exigida.

Geraldo Ataliba compartilhava do mesmo entendimento, apesar de defender a existência de hierarquia entre as diversas espécies normativas. Para ele, a hierarquia existiria apenas quando a lei complementar estivesse tratando de matéria a ela reservada. No entanto, a lei ordinária poderia perfeitamente dispor sobre qualquer matéria não reservada à lei complementar, inclusive derogando-a neste campo<sup>14</sup>.

Não obstante o exposto, parte minoritária da doutrina ainda entende que, independente da matéria que esteja regulando, a lei complementar é espécie normativa superior à lei ordinária. Em decorrência, mesmo que disponha sobre matéria a ela não reservada pela Constituição, não poderá ser alterada ou revogada por lei ordinária.

Para embasar este entendimento, faz-se necessário aceitar a hierarquia das leis e a conseqüente superioridade formal da lei complementar sobre a lei ordinária, independente da matéria que esteja sendo versada.

Apesar da posição doutrinária majoritária no sentido da possibilidade de revogação de lei complementar por lei ordinária, quando a primeira versar sobre matéria não compreendida no seu campo restrito de atuação, o Superior Tribunal de Justiça vem firmando jurisprudência no sentido contrário.

O caso concreto, o qual vem sendo reiteradamente julgado por esta Corte, trata da revogação pela Lei nº 9.430, de 1996, da isenção da Contribuição para o Financiamento da

Seguridade Social – COFINS para as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 1987. A referida isenção havia sido concedida pela Lei Complementar nº 70, de 1991, a qual instituiu a contribuição.

Ocorre que isenção tributária não é incluída entre as matérias abrangidas pela reserva da lei complementar, sendo, portanto, matéria residual, e devendo ser tratada em lei ordinária.

O Ministro José Delgado, componente da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao relatar o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 253.984, originário do Rio Grande do Sul, se manifestou expressamente que “(...) a revogação da isenção pela Lei nº 9.430/96 fere, frontalmente, o princípio da hierarquia das leis, visto que tal revogação só poderia ter sido veiculada por outra lei complementar. (...)”<sup>15</sup>.

A Segunda Turma do Tribunal Superior também acolhe a posição defendida pela Primeira Turma acerca da impossibilidade de revogação de dispositivo de lei complementar por lei ordinária, independentemente da matéria tratada, tornando pacífica a posição de ambas as Turmas de Direito Público desta Corte.

É o que demonstra o seguinte trecho extraído da decisão da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial nº 261.068, também originário do Rio Grande do Sul:

“(...) É pacífico o entendimento de ambas as Turmas de Direito Público que a revogação da isenção da COFINS, ainda que seja matéria passível de inserção em lei ordinária (isenção tributária), não pode vigorar se o diploma criador da isenção é de hierarquia superior. (...)”<sup>16</sup>

<sup>14</sup> ATALIBA, Geraldo. *Op. cit.* p. 36.

<sup>15</sup> STJ; AGREsp 253.984/RS; Rel. Min. José Delgado; 1 Turma; j. 03.08.2000; DJ 18.09.2000, p. 105

<sup>16</sup> STJ; REsp 261.068/RS; Rel. Min. Nancy Andrighi; 2. Turma; DJ 29.08.2000

No mesmo sentido é o entendimento da Ministra Eliana Calmon, outra componente da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim externado no julgamento do Recurso Especial nº 226.062:

“Tributário - COFINS - Isenção - Sociedade livre: LC °. 70/91 - Revogação da isenção pela Lei nº 9.430, de 27/12/96. 1. Estabelecida isenção da COFINS em lei complementar, não é lícita a supressão do favor fiscal por lei ordinária. (...)”<sup>17</sup>

Portanto, não apenas os Ministros integrantes da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, como também os integrantes da Segunda Turma desta Corte, acolhem o entendimento contrário ao da doutrina dominante.

Contudo, a posição adotada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça não é acolhida pacificamente pelos tribunais regionais, assim como pelo Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região adota entendimento contrário, vislumbrando a possibilidade da referida revogação, conforme entendimento da Juíza aposentada do Tribunal Regional Federal da 4ª Região Tânia Escobar, na Apelação Cível nº 98.04.01866-7<sup>18</sup>.

O mesmo entendimento é encontrado entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1, na qual foi declarada a constitucionalidade da COFINS<sup>19</sup>, conforme o voto do Ministro Moreira Alves, *verbis*:

“(...) A circunstância de ter sido instituída por lei formalmente complementar – a Lei Complementar nº 70/91 – não lhe dá,

evidentemente, a natureza de contribuição social nova, a que se aplicaria o disposto no § 4º do art. 195, porquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída – que são objeto desta ação, é materialmente ordinária, por não tratar, neste particular, de matéria reservada, por texto expresso da Constituição, à lei complementar. (...) A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 – e a Constituição atual não alterou este sistema – se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido a lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.”

Portanto, em oposição ao entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, acompanhado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acolhe o entendimento favorável à possibilidade de revogação.

## Conclusão

Em suma, entendemos que não existe no sistema jurídico brasileiro hierarquia entre as normas legais, uma vez que todas possuem como seu fundamento de validade a Constituição Federal e estão a ela subordinadas diretamente. Existe apenas a reserva da lei complementar, a qual afasta a possibilidade de outros veículos normativos versarem sobre determinadas matérias.

<sup>17</sup> STJ; REsp 226.062/SC; Rel. Min. Eliana Calmon; 2. Turma; DJ 10.06.2000

<sup>18</sup> TRF 4. Região; AC 98.04.01866-7/RS; Rel. Juíza Tânia Escobar; 2 Turma; j. 25.03.1999; DJ 12.05.99

<sup>19</sup> STF; ADC 1-1/DF; Rel. Min. Moreira Alves; Plenário; DJ 16.06.1995.

*Data maxima venia*, discordamos da posição adotada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual vislumbra a hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, bem como a conseqüente impossibilidade de revogação daquela por esta, independente da matéria versada.

Como conseqüência, acolhemos a posição adotada pela doutrina dominante, assim como pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no sentido da possibilidade de revogação no caso específica da lei complementar extravasar seu campo de atuação.

Naturalmente, a lei complementar representa uma segurança dos contribuintes na relação jurídica tributária contra eventuais excessos dos poderes impositivos.

Contudo, isto não significa que este veículo normativo possa cristalizar o sistema, exigindo que matérias não compreendidas na sua reversa de atuação sejam necessariamente tratadas por lei complementar, unicamente em razão de terem ocasionalmente sido objeto deste instrumento.

Devemos respeitar a opção do legislador constituinte quando este escolheu as matérias tributárias que considerou de interesse da nação e, apenas nestes casos, exigir a utilização do instrumento por ele designado.

## Bibliografia

### DOCTRINA

ATALIBA, Geraldo. *Estudos e Pareceres de Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. V. III.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar na Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Lei Complementar – Teoria e Comentários*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BORGES, José Souto Maior (coord.). *Direito Tributário Moderno*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Tributário Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

CARVALHO, Maria Augusta Machado de (coord.). *Estudos de Direito Tributário em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário*. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito Tributário*. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Lei Complementar Tributária*. In: *Caderno de Pesquisas Tributárias*. São Paulo: Resenha Tributária, v. 15, 1990.

\_\_\_\_\_. A função da LC tributária - legalidade do Decreto nº 3.070/99 e da IN-SRF 060/99 - Possibilidade de Adoção de Imposto fixo no direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, v. 65, p. 146-162, fev. 2001.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. T. II e III.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. V. II.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

### JURISPRUDÊNCIA

ANDRIGHI, Nancy. STJ; REsp nº 261.068/RS; 2ª Turma; DJ de 29.08.2000.

CALMON, Eliana. STJ; REsp nº 226.062/SC; 2ª Turma; DJ 10.06.2000.

DELGADO, José. STJ; AGREsp nº 253.984/RS; 1ª Turma; j. 03.08.2000; DJ de 18.09.2000.

ESCOBAR, Tânia. TRF 4º Região; AC nº 98.04.01866-7/RS; 2ª Turma; j. 25.03.1999; DJ de 12.05.1999.

MOREIRA, Alves. STF; RE nº 146.733/SP; Pleno; RTJ 143:684.

MOREIRA, Alves e SANCHES, Sidney. STF; ADC nº 1-1/DF; Rel. Min. Moreira Alves; Plenário; DJ 16.06.1995.

# Responsabilidade Fiscal (2000)

*Diogo de Figueiredo Moreira Neto*

## 1. Introdução

Uma triste tradição de irresponsabilidade fiscal e orçamentária dos governantes brasileiros, em que o gastar mais do que se arrecada, o iniciar obras sem saber se é possível terminá-las, o superfaturar para obter proveitos ilícitos, o paralisar investimentos iniciados pelo antecessor e o endividar os erários, entre outras mazelas administrativas do mesmo jaez, que se incorporaram ao cotidiano político, parece estar, enfim, com seus dias contados, assim como o flagelo da inflação, inevitável produto dessas práticas obnóxias.

E possível que, com o advento da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a **Lei de Responsabilidade Fiscal**, o País esteja superando uma das mais terríveis barreiras a seu desenvolvimento sustentado, isso não só pelo atingimento do **equilíbrio das contas públicas**, um efeito visível, como, e principalmente, pelos ganhos de **legitimidade democrática**, um efeito invisível, mas muito mais profundo e duradouro.

Inaugura-se um **novo conceito** de gestão fiscal, em que o **equilíbrio das contas públicas** erige-se em **dever** do administrador público que, para cumpri-lo cabalmente, além de sua sujeição à **legalidade**, precisa ainda submeter-se à **legitimidade**, inclusive no exercício obrigatório da **prudência fiscal**.

Esse novo conceito vem claramente expresso no art. 10, § 10, da Lei, em que se define a responsabilidade fiscal e os tópicos a ela pertinentes nos seguintes termos:

*“A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação **planejada e transparente**, em que se previnem **riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas**, mediante o cumprimento de **metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.**”<sup>1</sup>*

A compreensão dessa evolução conceptual, em seus aspectos políticos, econômicos e jurídicos é indispensável para a tarefa que se impõe, necessária e patriótica, mas nem sempre fácil, de **interpretar** e de **aplicar** a nova legislação de finanças públicas.

Esta Lei, embora represente uma importante conquista da **racionalidade** e da **democracia** na administração pública, apresenta dificuldades de toda sorte, desde questões

---

<sup>1</sup> Foram destacados no texto os elementos inovadores introduzidos pela Legislação.

teóricas, como seja a sua inserção juspolítica, que são importantes para sua compreensão, às eminentemente práticas, suscitadas pelos preceitos de seu articulado, tudo demandando atenção e estudo, com vistas ao necessário e árduo trabalho interpretativo a ser enfrentado, que recairá sobre seus milhares de aplicadores e, inevitavelmente, confluirá para os tribunais do País.

Para tanto, serão reexaminados, como pano de fundo, conceitos sobre democracia, economia e finanças públicas, para, em relação a eles, tecer algumas considerações sobre temas como insolvência pública, segurança jurídica e estabilidade financeira. A seguir, depois de lembrados alguns precedentes institucionais, serão apresentadas algumas conclusões sobre a evolução principiológica trazida ao Direito Financeiro e sobre a experiência brasileira, encerrando-se com algumas breves conclusões.

## 2. Considerações Políticas

Sob o ângulo político, o aspecto mais importante a ser realçado é que a evolução das finanças públicas passa a refletir as recentes modificações do conceito de **democracia**, que transcendeu de um conteúdo positivista e formal, que tinha sido satisfatório para estruturar um Estado de Direito, para apresentar também um conteúdo material, apto a lastrear um modelo de **Estado Democrático de Direito**.

Com efeito, tem-se hoje assente que a democracia não pode mais ser considerada apenas como um processo formal de escolha de quem nos deve governar, mas, também, de uma escolha de como queremos ser governados.

É com essa concepção, de um **valor substantivo**, a ser realizado pelas sociedades, elevada por isso ao rol dos **princípios fundamentais** nas Constituições contemporâneas, que a **democracia** passa a se incorporar ao elenco dos **direitos fundamentais das pessoas**, indissoluvelmente ligada à **liberdade e à igualdade**.

Muito a propósito, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, sem favor, dos mais importantes juristas da atualidade, em magistral trabalho, *Democracia, Juízes e Controle da Administração*<sup>2</sup>, assim sintetiza essa evolução:

“todos nós nos submetemos às Leis adotadas sobre a base de uma decisão comum dos membros da coletividade, *iguais* em direitos, mas a democracia tem um componente *liberal* essencial, pois, além do direito à participação na formação dessa vontade geral, o cidadão não se submete inteiramente a ela, pois permanece como titular de direitos fundamentais próprios, indissociáveis da personalidade e da dignidade humanas, e que limitam o poder político. Daí resulta que *liberdade, igualdade* de direitos e *democracia*, são indivisíveis”.

Mas essa ascensão da **democracia**, entendida em seu valor substantivo, ao elenco dos **direitos fundamentais**, tampouco passou despercebida fora do âmbito do pensamento jurídico, como bem o atestam ilustres sociólogos e politicólogos contemporâneos, que mais recentemente trataram o tema, como, destacadamente, NORBERTO BOBBIO<sup>3</sup> e ROBERT A. DAHL<sup>4</sup> e, na linha desses predecessores, GIOVANNI SARTORI<sup>5</sup> e ALAIN TOURAINE<sup>6</sup>.

Assim é que ALAIN TOURAINE, após considerações sobre os processos formais próprios da democracia, acaba por reconhecer que são, efetivamente, os **direitos fundamentais** dos cidadãos, “os verdadeiros fundamentos da ordem política e da paz social”.<sup>7</sup>

Dá prosseguimento, assim, o notável sociólogo francês, à mesma linha de pensamento do não menos celebrado teórico político italiano, GIOVANNI SARTORI, que, depois de assinalar que a democracia não é, pura e simplesmente, “o governo da maioria”, mas o é “o governo da maioria *limitada*”, explica que isso se dá porque o cidadão *não perde a sua liberdade* com a expressão formal de seu voto, mas, ao contrário, por se tratar de um regime aberto, “a manutenção da democracia como um processo em marcha nos exige assegurar que todos os cidadãos (maioria *plus* minoria) **ostentem os direitos que o método requer**, através do qual a democracia opera”.<sup>8</sup>

Essa nova concepção contrasta fortemente com a que prevaleceu em grande parte do Século XX, período em que se considerou possível e até comum uma coexistência da democracia com regimes e governos de corte autocrático, fortemente estatizantes, socialistas e, até mesmo, violentamente despóticos, dispensando-se lembrar tantos infaustos exemplos desse, hoje, incompreensível hibridismo.

Modernamente muito se tem escrito sobre as relações entre economia e democracia, principalmente sob o acicate da motivação trazida pela dimensão do fenômeno da **exclusão econômica**, que atinge grandes massas

populacionais do planeta e que se veio agudizando desde o Século XIX e durante todo o Século XX, para se tornar particularmente mais grave nos países em desenvolvimento, embora se apresente não menos aflitiva, naqueles tidos como desenvolvidos.

Ora, se é certo que a exclusão econômica leva à exclusão política, e isso não se discute, o que é mais espantoso e verificar-se, como resultado das pesquisas lavadas a cabo no último lustro sobre o agigantamento do setor informal da economia, que, nas democracias emergentes<sup>9</sup>, essa exclusão econômica em escala planetária vem a ser nada menos que o resultado acumulado de políticas públicas equivocadas, que, não obstante, continuam a ser mantidas, arraigadas à crença de que ainda é possível resolver novos e magnos problemas, como este, da **exclusão**, nesta virada do Século, com fórmulas, concepções e ideologias novecentistas, como as dos surrados *ismos*.

Esse estranho conservadorismo, que se situa entre a acomodação, a indecisão e o acovardamento ante os grandes desafios emergentes, embora paradoxalmente insista em anacrônica fidelidade ao “progresso”, arraigasse a velhas fórmulas cerebrinas do passado, que foram, por ironia, as mesmas que terminaram por produzir todos esses milhões de excluídos, durante tantas décadas de fastígio dos dois principais modelos de **Estado-providência** vigentes: o do Bem Estar Social e o Socialista.

Vem a ser, portanto, uma amarga ironia, que esses milhões de excluídos que adentram o Século XXI, sejam, afinal, filhos das mesmas

<sup>2</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madri, Civitas, 5ª edição ampliada, 2000, ps. 66 a 84 (n/ adaptação).

<sup>3</sup> NORBERTO BOBBIO, *Il Futuro de la democrazia. Le regole del gioco*, Turim, 1986.

<sup>4</sup> ROBERT A. DAHL, *Pollarchy. Participation and opposition*, N. York, 1971.

<sup>5</sup> GIOVANNI SARTORI, *Theory of Democracy revisited*, 1987, apud trad. espanhola *Teoria de la democracia*, Madri, Alianza, 2 volumes, 1988. Há uma edição compendiada posterior: *Democracia. Cosa è*, Milão, Rizzoli, 1993.

<sup>6</sup> ALAIN TOURAINE, *Qu'est ce que la démocratie?*, Paris, Fayard, 1994.

<sup>7</sup> ALAIN TOURAINE, op. cit., p. 264.

<sup>8</sup> GIOVANNI SARTORI, op. cit., p.58 (n/ negrito na citação).

<sup>9</sup> Um bom resumo e esclarecedora bibliografia podem ser compulsados no documento *Background Paper — Barriers to Participation: The Informal Sector in Emerging Democracies*, produzido por CATHERINE KUCHTA-HEBLING, para o *Center for International Private Enterprise — CIPE*, disponível na Web Page <http://www.cipe.org>, Copyright CIPE, 2000.

políticas autocráticas, estatizantes e socializantes, que dominaram o Estado-nação por tanto tempo, e, não obstante, aí continuam, aberta ou escansamente, pouco importa, a ser cultuadas pelos que, secretamente, namoram o autoritarismo e desconfiam da liberdade, aliás, como sempre o fizeram, porém, uma vez professadas, por aqueles que não aprenderam com a História, procuram disfarçá-las em versões criptodemocráticas, abusando de um conceito cujo conteúdo material jamais entenderam.

São, invariavelmente, esses mesmos, que insistindo nas fórmulas do passado, os que mais se opõem às reformas que podem resgatar os excluídos, confundindo e procurando que se confunda, em estranha militância política feita com os olhos postos no retrovisor, a **democracia formal**, que conhecem, e que se demonstrou ser uma **democracia excludente**, com a nova **democracia substancial**, que não conhecem, e, até por definição, por ser fundamentalmente **participativa**, é, ao revés, uma **democracia includente**.

Mesmo que se lhes conceda, aos inefáveis cultores dos extremismos políticos do passado, o benefício da boa fé, até o de serem cristãos novos da democracia, há sempre o risco, neste mundo de riscos crescentes, de virem a ressuscitar, ao primeiro descuido, o flagelo de suas crenças deletérias, que ressurgiriam, apresentadas com o estrépito das militâncias, como alternativas eficientes de poder, que estariam aptas a produzir resultados materiais, mais rapidamente do que é possível através do que se sabe ser um lento e paciente exercício das soluções democráticas.

Ora, uma **democracia substantiva**, para sua prática, não pode depender apenas do sufrágio eletivo de representantes, exigindo, cada vez mais, uma decidida abertura **à participação**, com a derrubada dos

remanescentes dos muros autocráticos, da Bastilha a Berlim, que hoje podem ser representados pelos **altos custos das transações econômicas**, as novas barreiras ao progresso, que são mantidas por Estados pesados e gastadores, que querem se perpetuar e as suas castas dirigentes, **com todas as perversas exclusões sociais e econômicas que geraram e que mantêm**.<sup>10</sup>

Assim, a **democracia** renovada, que emergiu vitoriosa de três guerras mundiais, não mais poderia ser um mero conceito formal, apenas referido à prevalência da vontade da maioria. Historicamente, essa postura havia demonstrado ser perigosa para as conquistas da liberdade, por ser capaz de entronizar os mais ferrenhos radicalismos e despotismos mesmo em sociedades moderadas e cultas.

As duras lições dos conflitos, holocaustos e misérias fizeram prevalecer o conceito substantivo, referido às liberdades fundamentais, que deveriam ser afirmadas e mantidas para todos, maioria ou minoria, porque, afinal, a **dignidade humana**, com seus corolários, que protegem a personalidade, os bens e outros aspectos a ela inerentes, não podem ser objeto de opções de políticas governamentais.

### 3. Considerações Econômicas

Mas não mudaria apenas o cenário político; a Revolução das Comunicações transformaria dramaticamente todo o cenário econômico, causando uma **Terceira Revolução Industrial**.

Com efeito, a **Primeira Revolução Industrial**, nos decênios finais do Século XIX, havia assentado o processo de **desenvolvimento econômico** sobre fatores fixos de produção, tais

<sup>10</sup> A respeito, a conclusão (8.0) do *paper* referido, de CATHERINE KUCHTA-HEBLING.

como os bens imóveis, as máquinas e a mão-de-obra local. O papel do Estado correspondia ao modelo liberal clássico, limitando-se a garantir a propriedade e a segurança das transações.

A **Segunda Revolução Industrial**, no início do Século XX, manteve os fundamentos do desenvolvimento econômico ancorados nos fatores fixos, notadamente baseado em instituições concentradoras de capital e centrado em parques de indústria pesada; mas o Estado, em maior ou menor grau, se substituiria aos empreendedores e aos capitalistas privados, aumentando suas receitas tributárias e se assenhoreando dos bens de produção, para dilatar seu poder político, o que inaugurava uma era de capitalismo de Estado.

A **Terceira Revolução Industrial**, que se iniciou na segunda metade do Século XX, fruto da rápida disseminação de altas tecnologias da informação e da produção, deslocou os fundamentos do processo de desenvolvimento para os fatores móveis, como os capitais de investimento institucionalizados, a tecnologia de ponta e a alta qualificação da mão-de-obra, internacionalizados todos, à busca de melhores condições de aplicação.

Com isso, o Estado, como agente de produção, ficava alijado da competição direta no setor produtivo, uma vez que os modelos prevalentes, de Bem Estar Social e Socialistas, já tinham esgotado sua capacidade de retirar recursos das sociedades que governavam; restava-lhe a alternativa de retirar-se da produção, privatizando ou reprivatizando, e assumir papéis adequados ao novo processo competitivo, atuando como agente **regulador** e **de fomento**.

Assim, o modelo de **Estado Providência**, que havia pretendido a tudo prover, acabaria falido, afogado em dívidas, assolado pela inflação, tornando-se incapaz não só de capitanear o desenvolvimento, como até de desempenhar a contento suas tradicionais missões próprias e inalienáveis, de provedor de **segurança** jurídica, econômica e social.

Um novo modelo surge, em transição, com o abandono do desempenho de atividades econômicas, para as quais a sociedade é comprovadamente melhor do que o Estado, para concentrar-se em regulá-las, no interesse comum, e fomentá-las, ou seja: **protegendo e incentivando a concorrência**, interna e externamente, dando surgimento a um modelo de **Estado Concorrencial**.<sup>11</sup>

A globalização rompia o isolamento e a autonomia econômica, que ainda pudessem ser possíveis ao Estado-Nação, deslocando a competição da capacidade bélica para a capacidade de atrair capitais, tecnologias avançadas e cérebros.

Com essa mudança, o Estado, na Terceira Revolução Industrial podia retornar à sua missão própria e insubstituível de garantir a **segurança** da sociedade, o que, no campo econômico, tem um nome: **estabilidade**.

Antes de levar essas conclusões ao campo financeiro estatal, parece mais apropriado tecer, agora, algumas considerações gerais sobre certas relações que se travam entre a **democracia e a economia**, no contexto das quais se articulam as finanças públicas.

<sup>11</sup> O conceito de **Estado Concorrencial** está desenvolvido por PHILIP G. CERNY, a partir de seus trabalhos, publicados desde 1991 (*The limits of deregulation: transnational interpenetration and policy change*, in *European Journal of Political Research*, 19, p. 173 a 196) até sua maturação em *Paradoxes of the Competition State the dynamics of political globalization*, in *Government and Opposition*, 32, 2, p. 251 a 274.



## 4. A Busca da Estabilidade

A **segurança econômica** se assenta em um necessário tripé: a **segurança jurídica**, que garante a propriedade e os contratos; **segurança monetária**, que garante a meda, o crédito e o câmbio, e a **segurança fiscal**, que garante o equilíbrio das finanças públicas.

Os modelos providencialistas pretéritos, do Estado do Bem-Estar Social e do Estado Socialista, jamais se preocuparam em atender concomitantemente aos três requisitos da segurança econômica. Bastavam-lhes as providências formais da **legalidade**, do **curso forçado da moeda** e das **finanças públicas orçamentadas**.

### 4.1. A segurança jurídica

A busca da segurança **jurídica** exigia muito mais do que a mera observância da **legalidade**, entendida em seu sentido formal, pois seria inconcebível que atos de governo, fossem eles normativos ou concretos, não exprimissem a **legitimidade** das escolhas parlamentares e administrativas, como resultantes da expressão de uma democracia substantiva.

Em outras palavras: só pode existir segurança jurídica quando **valores** vigentes na sociedade sejam devidamente captados e possam ser implementados na ação do Estado, ou seja, com a evolução do **Estado de Direito em Estado Democrático** de Direito e a concomitante adoção de **princípios jurídicos**, que contenham e ponham em evidência uma axiologia moralmente tridimensional: **legal, legítima e lícita**.

A reunião desses dois qualificativos para distinguir o novo Estado em reconstrução

– **democrático** e de **direito** – expunha suficientemente o subjacente conceito constitucional de **ordenamento dos valores**<sup>12</sup>, tão auspiciosamente inaugurado na Lei Básica de Bonn<sup>13</sup>.

Por outro lado, para a expressão desses valores, sobreveio um intenso repensar dos **princípios**, de seu conceito, de suas funções e, sobretudo, de sua transcendental importância na estruturação de um Direito visceralmente comprometido com valores substantivos.

Tal mutação, que ocorreria também por volta da segunda metade do Século XX, recuperava para a Ciência Jurídica, um imenso tesouro substantivo, que fora esquecido e quase sepultado pelo positivismo jurídico.

Assim, contribuindo para superar o formalismo positivista, sem que isso significasse abandonar suas conquistas dogmáticas, tão brilhantemente desenvolvidas nos Séculos XIX e XX, e que haviam sido tão importantes para alicerçar a segurança jurídica, os **princípios jurídicos**, depois de garimpados na doutrina, de onde surgiram, e reconsiderados à luz da epistemologia e da metodologia científica contemporâneas, passaram ao direito posto, na condição de **normas jurídicas**, com maior amplitude significativa, mas nas mesmas condições formais das normas preceituais.

Essa reentrada dos **princípios**, a partir de então, passou a demandar um tratamento doutrinário que lhes fosse próprio, e que, pouco a pouco, efetivamente lhes seria dado pelos mais notáveis juristas do século vinte, de modo que, em três decênios, embora um átimo na vida civilizada, logo se comprovaria como a solução adequada para atender os fortes anseios da sociedade pela **recuperação dos valores na vida jurídica**, ameaçados de se perderem, de tão entulhados pela formidável quantidade de leis

<sup>12</sup> Para usar a expressão consagrada de PETER HABERLE, v. *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlim, 2ª ed. 1996.

<sup>13</sup> V. art. 18 e 23, G G.

produzidas, em multiplicadas fontes legiferantes, paradoxalmente, sepultando o próprio Direito sob montanhas de preceitos jurídicos.

Nada mais enfático, a respeito, que o depoimento de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA, em atualíssima obra, em que aponta a nova dogmática dos princípios como a única técnica que se tornou disponível **“para fazer funcionar razoa velm ente o sistema por sobre a maré incessante de inumeráveis preceitos escritos”**<sup>14</sup>

Registre-se que, além da **plethora legislativa** apontada, para o desenvolvimento da nova dogmática dos princípios, concorreram também os seguintes fatos, de não menor importância: a **celeridade na mudança** dos quadros referenciais (como, por exemplo, na Espanha, que em poucas décadas teve alterado cerca de oitenta por cento do acervo legislativo do País); a **ascensão da regulática**, trazendo a pluralização e a deslegalização das fontes do Direito; a **criação de agrupamentos políticos de Estado** em vias de federalização, como a Comunidade Européia, com suas respectivas legislações comunitárias; e, também na mesma linha e não menos importante, o fenômeno em curso da **globalização institucional**.

É, pois, nesse complexo cenário de nosso tempo que ressurgem os **princípios-norma**, despontando como o principal instrumento do novo enfoque do Direito, voltado à recuperação dos valores substantivos da conduta humana,

em acréscimo aos importantes valores formais, que haviam sido exitosamente implantados pelo positivismo jurídico.

Por outro lado, essa reconsideração dos princípios no Direito importa na conseqüente obrigação de definirem-se as novas **eficácias** (ou **funções**) que lhes cabe desempenhar na ordem jurídica e, ainda, quando da ocorrência da hipótese de conflitos, a definição, além das técnicas tradicionais de composição **interpreceitual**, de novas técnicas de composição **interprinciológica**, pelo emprego da **conciliação ponderada de valores**<sup>15</sup>.

Assim é que, sem entrar em maiores detalhes, surgem distinções práticas e relevantes, como as que destacam as **modalidades de eficácia imediata e mediata** dos princípios. A **imediate**, com dois subtipos: a **eficácia dirimente** e a **eficácia impediante**, e a **mediata**, com inúmeros subtipos, como, por exemplo, as **eficácias axiológica, nomogenética, otimizadora, sistêmica e integrativa**.

Este é, em rápido debuxo, o amplo campo de expansão que o Direito tem à frente, embora deva trilhá-lo com os devidos cuidados para contornar a tentação de descambar para soluções simplistas e radicais, que inevitavelmente surgem como exacerbação de novas idéias, como, por exemplo, as que preconizam a introdução de métodos matemáticos de ponderação, como já foi sugerido por doutrinadores alemães<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, *Justicia y Seguridad Jurídica en um Mundo de Leyes Desbocadas*, Madri, Civitas, 1999, p. 106.

<sup>15</sup> Para uma leitura atualizada a respeito, de HEGE STUCK, *Subsumtion und Abwägung*. In *Archiv für Rechts- und Sozial-/Philosophie*, Vol. 84., 1998, ps. 405 e ss.

<sup>16</sup> Como, por exemplo, na obras de HEINRICH HUBMANN (*Die Methode der Abwägung*, in *Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag*, Colônia, Berlim, Bonn, Munique, 1973 os. 173 e ss.) e BERNHARD SCHLINK (*Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlim, 1976), esta obra criticada, a propósito, por ROBERT ALEXI, no particular, in *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., 1996, ps. 141 e 142.

#### 4.2. A segurança monetária

De todos os bens produzidos pela sociedade, a moeda é o mais importante para o sistema econômico: é um **bem público**, no sentido de pertencer à sociedade e não por se tratar um bem **patrimonial** do Estado, pois lhe cabe apenas administrá-la em **benefício geral**, e, por isso, dito sumariamente, o seu valor tanto depende da riqueza gerada pela sociedade quanto da boa gestão monetária.

Mas nem sempre se pensou assim, pois no absolutismo a moeda, que era cunhada pelos reis, a eles pertencia, portando, disso em testemunho, as suas efígies. Mesmo depois das revoluções liberais, notadamente depois da hipertrofia experimentada pelo Estado durante o Século XX, uma persistente deformação estatista sempre se revelou no manejo público totalmente arbitrário da moeda, bastando ao governante invocar nebulosas razões políticas para geri-la em benefício do Estado, quando não de segmentos favorecidos.

Desse vezo resultou o **tríplice abuso político das finanças públicas**, que caracterizou, afinal, os **três inimigos da estabilidade financeira**:

**O abuso político do orçamento**, que é gastar sem receita, criando o déficit público.

**O abuso político da moeda**, que é emitir sem lastro econômico, gerando a inflação.

**O abuso político do crédito**, que é contrair dívidas sem recursos assegurados para pagá-las, dilatando o endividamento público crítico.

Como a **sociedade** é prejudicada, em seu mais delicado patrimônio econômico, que é a saúde da sua moeda, uma vez que essas práticas **confiscam-lhe a renda**, **desestimulam-lhe a poupança** e **impedem-lhe o desenvolvimento**, resultados indesejáveis para qualquer povo,

em qualquer época, é indubitável que configuram três insuportáveis agressões ao conceito de democracia substantiva.

Não por outra razão, no Estado Democrático de **Direito**, patenteou-se a necessidade de proteger a higidez econômica dos países, prevenindo a prática de tais abusos, com a instituição da **estabilidade econômico-financeira**, incluindo-a no novo modelo político, como uma categoria de **direito subjetivo público difuso do cidadão**: em última análise, com o reconhecimento do direito soberano da sociedade de garantir o próprio futuro do País.

#### 4.3. Segurança fiscal

O terceiro tripé está nas **finanças públicas** sadias, pois o Estado gastador e descompensado, no mínimo, intranqüiliza a sociedade e assusta os investidores.

Afastada a acepção antiga e meramente formal de **democracia**, cumpre estabelecer a relação que, hoje, já em sua acepção moderna e material, ela mantém com as **finanças públicas**, entendida esta expressão, com o amplo sentido de **manejo administrativo dos recursos públicos**.

E aqui se apresenta outra nefasta confusão semântica, semelhante à apontada para a moeda, entre tantas, aliás, que se puseram a serviço da insegurança e da perpetuação das desigualdades: é que esses chamados **recursos públicos**, não são assim denominados porque **pertencam** ao Estado, mas por serem **bens do público**, ou seja, da própria **sociedade**, que os gera.

Ora, o **proveito público**, que vem a ser o resultado esperado da **gestão dos recursos** entregues ao Estado, se refere primariamente à **sociedade**, que os produz com sua atividade econômica e a ele os entrega para serem administrados, o que significa, em consequência, que eles devem ser alocados segundo

sua vontade, democraticamente recolhida e legitimamente manifestada, pois é fundamentalmente para atendê-la que essas riquezas, por ela criadas, são arrecadadas.

Pois bem: o instrumento juspolítico necessário para que se proceda a essa alocação **democrática** de recursos, é o orçamento **público**, em que são estimadas as receitas a serem arrecadadas, principalmente pela tributação, e fixadas as **despesas** a serem realizadas em proveito geral. São duas decisões distintas, que devem resultar de ampla e aberta discussão, e jamais serem produtos herméticos, de gabinetes povoados de tecnocratas e de ideólogos de plantão, aplicando fórmulas cerebrinas e empoeiradas.

Em consequência, uma vez tomada a decisão democrática conformadora do orçamento, os administradores passam a **responder duplamente** à sociedade pela adequada aplicação desses recursos públicos: **formalmente**, pelo respeito à legalidade e, **materialmente**, pelo respeito à **legitimidade**, das operações orçamentário-financeiras a seu cargo.

Lamentavelmente, na vigência dos modelos predominantemente providencialistas de Estado de Direito, foi tão somente o crivo da **legalidade formal** aquele que se desenvolveu e apenas através dele se controlou a gestão das finanças públicas. Isso significava que, por muitas décadas, uma vez que o administrador público atuasse **de acordo com a lei**, ou seja, desde que respeitasse a legalidade, estaria satisfeito o seu dever (formal) de governante.

Como consequência, quanto à substância, ou seja, à **legitimidade** de suas decisões, o administrador público só poderia ser julgado **politicamente**, pela própria sociedade, quando de novas eleições, até mesmo nos atos de mais

aberrante desrespeito do dever material de **legitimidade** que viesse a perpetrar na administração financeiro-orçamentária. Em todos os casos, reinava a irresponsabilidade **substantiva** na gestão de dinheiros públicos, e por mais desviada, imprudente e arriscada que fosse, seus atos restavam impunes.

Fácil depreender-se porque, no Brasil, como em tantos outros países do mundo, os políticos ficaram sempre tão marcados na opinião pública pela pecha da **irresponsabilidade**, e por que se foram acumulando tantas mazelas fiscais, como os **déficits públicos**, resultantes dos gastos desabridos, além dos recursos disponíveis; a **inflação**, gerada pela descontrolada emissão de moeda, além dos limites tecnicamente recomendáveis; o **endividamento público**, acumulado pelo excessivo recurso aos empréstimos, além das possibilidades de solvência regular; os **investimentos públicos paralisados**, ou por falta de recursos para prosseguir-los ou por desinteresse político dos governantes em levá-los a cabo; o superfaturamento, como prática desenvolvida para facilitar a prática da corrupção, e a **execução de obras inúteis, supérfluas ou indesejadas**, mascarando a intenção de prodigalizar favorecimentos inconfessáveis.

Por isso é que a caracterização jurídica de uma responsabilidade fiscal **substantiva**, que pudesse superar o simples aspecto formal, da mera legalidade, tornou-se um tema juspolítico fundamental dentro da justa ambição, de maior envergadura, da implantação de uma real **democracia material**, com a esperança e a inspiração alimentadas nas experiências de outros países, que, de algum modo, já logram algum progresso no difícil caminho do aperfeiçoamento da **legitimidade**.

## 5. O Novo Conceito de Estabilidade e de Responsabilidade Fiscais

Como se expôs, a introdução do conceito renovado de **democracia objetiva e substantiva**, superando o vigente na paleodemocracia, que era então **subjéctiva e formal**, foi, sem dúvida, um notável avanço que se logrou alcançar com a entronização do **Estado Democrático de Direito**, provocando uma profunda mutação de enfoque político que, rapidamente, se difundiria a partir do Segundo Pós-Guerra.

Esse fenômeno pode ser particularmente identificado no crescente interesse dos países da Europa continental pelas **instituições públicas anglo-saxônicas**, densamente impregnadas de uma histórica orientação pela democracia substantiva, notadamente no que toca à ação da administração pública, o que ficou nitidamente patenteado no esforço desenvolvido em vários países do Velho Mundo para adaptá-los aos sistemas romano-germânicos neles prevaletentes, o que foi feito, ate mesmo, com algumas aberturas em suas Constituições.

Ainda mais especificamente, tal tendência é facilmente identificada na intensa divulgação e na proliferação que tiveram certos **institutos juspolíticos de participação** que ganharam presença em toda a Europa, a começar pela Itália, a partir dos últimos anos da década de sessenta, do Século XX.

E assim o explica MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, em uma das melhores monografias existentes sobre o tema: “es precisamente en dicho país, como en ningún otro, donde *la participación* se ha situado en el centro del debate político e iuspublicista de los últimos años”, não sendo por acaso que “todo un muestrario de instituciones participativas sin igual en las demás Cartas fundamentales de las democracias occidentales” se inscrevam na Constituição Italiana (art. 3, ap. 2)<sup>17</sup>.

Efetivamente, no quadro europeu, pode ser considerado pioneiro o ensaio de P. L. ZAMPETTI, denominado *Il nuovo concetto di democrazia partecipativa*, inserido na importante obra coletiva *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*<sup>18</sup>, como o estudo que abriu a intensa produção italiana dos anos setenta, com trabalhos seus e de outros autores, como S. CASESE<sup>19</sup>, E. CASETA<sup>20</sup>, R. BETTINI<sup>21</sup>, V. ATRIPALDI<sup>22</sup>, S. AGRIFOGLIO<sup>23</sup> y G. ARENA<sup>24</sup>, aqui mencionados como exemplos da produção monográfica dessa época, de intenso e fecundo desenvolvimento dos conceitos de participação jurídica dos indivíduos.

Justificavam-se, portanto, observações extremamente antecipativas, como a de JEAN RIVERO, para quem o novo conceito de democracia estaria cada vez mais ligado não apenas à escolha de quem se deseja que nos governe, mas ao como desejamos ser governados.

<sup>17</sup> MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, in *Nota Preliminar*, p. 12.

<sup>18</sup> Florença, 1968, Vol. IV, ps. 520 e ss.

<sup>19</sup> *Il privato e il procedimento amministrativo*, Archivio Giuridico, 1970, págs. 25 a 188.

<sup>20</sup> *La partecipazione democratica nell'ordinamento regionale*, Foro Amministrativo, 1972, Vol. IV, ps. 875 e ss.

<sup>21</sup> *La partecipazione amministrativa*, Milão, 1973.

<sup>22</sup> *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell'art. 3 della costituzione*, Nápoles, 1974.

<sup>23</sup> *Riflessione critiche sulle azioni popolari come strutturamento di tutela degli interessi collettivi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1974, número 4, ps. 1395 e ss.

<sup>24</sup> *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo nell'esperienza statunitense*, in *La tutela degli interesse diffusi nel diritto comparato*, Milão, 1976.

Nas **finanças públicas**, todavia, esse progresso foi mais lento. Somente um século depois de se lograr a primeira abertura democrática no campo do controle fiscal, com a **juridicização do orçamento** e das **contas públicas**, ainda sob o critério de **legalidade**, se introduziria uma rigorosa disciplina do gasto público sob o critério de **legitimidade**, para a realização do equilíbrio das contas públicas.

Esse novo passo importava na ampliação da **responsabilidade legal**, dos governantes e dos administradores públicos, em geral, com a dilatação dos marcos políticos e administrativos que já haviam sido postos pelo Estado de Direito, introduzindo-se parâmetros inovadores, de **responsividade legítima**, indispensáveis à realização do Estado Democrático.

Por outro lado, indubitavelmente, o que mais acicoutou esse surto de desenvolvimento democrático, notadamente em busca do que hoje já se passou a denominar, apropriadamente, de **boa administração**<sup>25</sup>, foi uma razão um pouco menos nobre, mas que veio a se tornar pandêmica depois da Segunda Guerra Mundial: a **insolvência pública**.

Essa generalizada **insolvência pública**, produzida pelos gastos crescentes exigidos para sustentar os modelos de Estado dominantes, os do Bem Estar e Socialistas, ao mesmo tempo em que progressivamente se reduzia a sua capacidade de captação de recursos, forçava, em muitos casos, a emissão inflacionária, como tentativa de preservar os modelos desgastados e sustentar os regimes políticos existentes.

Mas isso passava a ser uma tarefa cada vez mais difícil, naqueles países, fossem

vencedores ou vencidos, que tanto haviam sangrado e exaurido seus erários com esforços bélicos e com ambiciosos programas assistenciais, prosseguir na crescente arrecadação de tributos: o modelo econômico esgotado haveria de determinar a mudança dos modelos políticos ultrapassados.

Foi, todavia, nas novas democracias emergentes do pós-guerra, exatamente naquelas sociedades que voltavam a recuperar seu espaço político decisório e relutavam a ceder, pela via da tributação pesada, seu espaço econômico decisório privado, que haviam reconquistado com tantos sacrifícios, que o discurso político de cunho conservador, favorável à sustentação das mega-estruturas estatais, se tornou particularmente mais problemático.

Realmente, se, de um lado, no tocante à **sociedade**, o fato mais importante do período tinha sido a ampliação da **consciência cidadã**, marcando o início da Era da Informação e, no caso, uma nova concepção de democracia participativa<sup>26</sup>, por outro lado, por parte do **Estado**, com o progressivo esgotamento dos recursos impositivos disponíveis, não só para financiar suas atividades tradicionais, como para atender às novas demandas dessas sociedades, que despertavam para um novo papel político, alcançava-se o ponto de inelasticidade da carga tributária, entrando-se em um período em que a disseminada insolvência pública seria das mais importantes causas das transformações que se sucederiam.

Essas mudanças marcariam, assim, o fim das variedades hegemônicas, belicistas e providencialistas, do modelo de Estado do Século XX, falidas e esgotadas, sobretudo, pela

<sup>25</sup> Expressão utilizada por RAFFAELLE RESTA, em seu livro *L'Onere della Buona Amministrazione*, publicado em 1940.

<sup>26</sup> Ref. a MANUEL CASTELLS - *The Age of Information: Economy, Society and Culture*, publicada em português pela Editora Paz e Terra *A Era da Informação: Economia Sociedade e Cultura*.

impossibilidade de seguir capitaneando o processo de desenvolvimento.

Mas todos esses aspectos, referentes às mudanças na sociedade no Estado, podem ser mais claramente captados e compreendidos sob a óptica dos **princípios**, como a seguir se exporá, notadamente quando aplicados ao Direito Financeiro.

## 6. Evolução dos Princípios Aplicáveis ao Direito Financeiro Contemporâneo

Trata-se do desenvolvimento, no contexto de uma robusta renovação dos valores no Direito contemporâneo, de uma **principiologia** apropriada a esse novo **Direito Financeiro**, para um Estado Democrático de Direito.

Têm-se, efetivamente, debuxado um quadro fundamental e bem definido, e, até mesmo, no caso brasileiro, elevado ao **assento constitucional**, em que se distinguem **princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais**.

Com a brevidade própria a um ensaio, apenas se apontará um esboço dessa **principiologia básica**, para os estritos fins que aqui interessa ao esclarecimento da transição experimentada pelo **Direito Financeiro**, desde o modelo do Estado de Direito ao do **Estado Democrático de Direito**, tudo segundo o método e as linhas adotadas para esta exposição.

Segue-se a classificação que se adota na Constituição brasileira de 1988: **princípios fundamentais, gerais e setoriais**.

### 6.1. Princípios fundamentais

No campo dos princípios fundamentais observa-se uma dupla evolução: do **princípio republicano** para o princípio democrático e do **princípio representativo** para o **princípio participativo**.

#### 6.1.1. Do princípio republicano ao princípio democrático

No **Estado de Direito**, ganhou destaque o específico conteúdo do **princípio republicano** que afirma a coisa pública, como patrimônio comum da sociedade, a ser gerido em benefício de todos.

No Estado **Democrático de Direito**, em acréscimo, sobressai a importância da **decisão pública**, o moderno aspecto substantivo do **princípio democrático**, que afirma o direito de todos e de cada um de compartilhar das deliberações sobre a **gestão da coisa pública**.

Como se observa, a **coisa pública** deixa de ser uma longínqua abstração para a sociedade, que, paulatinamente, passa a identificá-la concretamente em relação às suas necessidades, na execução de políticas públicas.

#### 6.1.2. Do princípio representativo ao princípio participativo

No **Estado de Direito** vige o princípio representativo, que garante a escolha subjetiva, dos dirigentes políticos, pelo sufrágio dos cidadãos.

No **Estado Democrático de Direito** a ele se soma o **princípio participativo**, que se volta à escolha objetiva, de como os cidadãos querem ser dirigidos.

Como se exporá adiante, da adoção deste princípio, conjugado com o clássico, da publicidade, deriva o da **transparência**, que

passa a informar todo o setor orçamentário-financeiro da Administração Pública.

Está evidente a evolução em curso da **democracia**, que, sem perder suas bases representativas originais, ganha uma nova e fertilíssima dimensão juspolítica.

### 6.2. Princípios gerais

No campo dos princípios gerais, caracterizam-se três evoluções importantes: a do princípio da legalidade em princípio da legitimidade, a do princípio da eficácia em princípio da eficiência a do princípio da responsabilidade em princípio da responsividade.

#### 6.2.1. Do princípio da legalidade ao princípio da legitimidade

No **Estado de Direito** entronizou-se o **princípio da legalidade**, que se expressa na submissão do agir à vontade da lei.

No Estado Democrático de Direito adita-se o **princípio da legitimidade**, que exige, em acréscimo, a submissão do agir à vontade democraticamente captada.

#### 6.2.2. Do princípio da eficácia ao princípio da eficiência

No **Estado de Direito** importava o princípio da eficácia, vinculando o agir juridicamente correto à produção de **efeitos administrativos**.

No **Estado Democrático de Direito**, além dele, passa a importar também o **princípio da eficiência**, que vincula o agir juridicamente correto à produção dos melhores efeitos administrativos possíveis, ou seja, à realização da **boa administração**.

Observe-se, porém, que a eficiência não é apenas mensurável em termos quantitativos, pois o conceito de boa administração está interligado ao da qualidade da prestação devida ao administrado, que é o dono do serviço.

#### 6.2.3. Do princípio da responsabilidade ao princípio da responsividade

No **Estado de Direito** impera o **princípio da responsabilidade**, que vem a ser, no caso, o dever de legalidade, sob o qual, o administrador público responde pela legalidade de seus atos.

No **Estado Democrático de Direito** se inova o **princípio da responsividade**, introduzindo um novo dever substantivo, em razão do qual o administrador público também fica obrigado a prestar contas à sociedade pela legitimidade de seus atos.

A **responsividade** consiste, portanto, na obrigação de o administrador público **responder pela violação da legitimidade**, ou seja, pela postergação da vontade geral, que foi regularmente expressa, explícita ou implicitamente, na ordem jurídica.

### 6.3. Princípios setoriais

No campo dos princípios setoriais da gestão financeiro-orçamentária, observa-se uma destacada evolução, no que se refere à confecção do orçamento público, que parte do princípio do planejamento para chegar ao princípio do equilíbrio, e, ainda, no que se refere à gestão, a evolução do princípio da moralidade administrativa ao princípio da prudência fiscal, bem como do princípio da publicidade ao princípio da transparência fiscal.

#### 6.3.1. Do princípio do planejamento ao princípio do equilíbrio

No **Estado de Direito** submeteu-se a atividade financeira pública ao **princípio do**

planejamento, o que exigia a previsão de receitas e fixação de despesas de custeio e de capital em orçamento público, como lei formal a ser observada.

No Estado Democrático de Direito vai-se além, para submeter-se também a atividade financeira e o planejamento públicos ao **princípio do equilíbrio**, passando-se a exigir que a execução orçamentária se conduza de forma a equilibrar as despesas não só com a realidade da arrecadação da receita como, ainda, às peculiaridades da realidade sócio-econômica, encontradas em cada unidade financeiramente autônoma.

### 6.3.2. Do princípio da moralidade administrativa ao princípio da prudência fiscal

No Estado de Direito iniciou-se um lento, mas irreversível percurso de resgate da **licitude**, como parâmetro ético para a Administração, hoje presente em vários dispositivos constitucionais brasileiros, entre os quais um genérico<sup>27</sup>, que institui o princípio da **moralidade** na administração pública, que vem a ser a que se exige do bom administrador, e um específico, que prevê o emprego da ação popular para anular ato lesivo à **moralidade administrativa**<sup>28</sup>.

No Estado Democrático de Direito vai-se mais adiante por esse caminho e se define, ainda com mais vigor, um **princípio de prudência fiscal**, a ser observado por parte do administrador financeiro, mais apropriado à extrema delicadeza ética, que exige o manejo dos recursos que são compulsoriamente entregues pela sociedade à gestão do Estado, diante dos

riscos que podem sobrevir, mesmo no curso de uma gestão moralmente correta.

Demanda-se, portanto, nesse contexto neodemocrático, que o administrador de recursos públicos aja com especial moderação e extremo cuidado, considerando certos **riscos**, que até poderiam ser assumidos por gestores privados, mas que não podem ser desprezados quando se trata de gestores da coisa pública, daí o conceito de **gestão sem riscos**<sup>29</sup>.

### 6.3.3. Do princípio da publicidade ao princípio da transparência fiscal

Finalmente, como último, mas não menos importante princípio setorial no contexto do Estado neodemocrático, ou seja, o que se submete ao conceito de democracia substancial, também o **princípio da publicidade** especializa-se e passa por uma evolução para derivar-se em um **princípio de transparência fiscal**, que não mais se trata de um mero um atendimento **formal**, a satisfação de um ritual exigido dos administradores públicos, para se constituir numa obrigação **material** para que eles patenteiem à sociedade, com plena **visibilidade**, os seus **motivos** e os seus **objetivos**, para que as decisões, que houverem de tomar na gestão fiscal dos recursos públicos, possam ser contrastadas sob o crivo democrático da **legitimidade**.

O **princípio da publicidade**, conjugado ao da **participação**, como acima se mencionou, reproduz amplamente em inúmeros institutos participativos da sociedade na gestão orçamentário-financeira, como as audiências públicas, a disposição de meios eletrônicos de acesso ao público, as consultas públicas, etc.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Art. 37, *caput*, CF.

<sup>28</sup> Art. 5º, LXXIII, CF.

<sup>29</sup> Como exemplos, na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, os artigos 9º; 21;43,§ 1º; 50, § 3º e 59,§1º.

<sup>30</sup> Como exemplos, na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, os artigos 9º, *caput*, 9º, § 4º; 48, *caput* 48, § único; 49; 51 e 56,§ 3º, CF.

## 7. Precedentes Institucionais

São vários os precedentes institucionais dessa transformação, mas que vêm aqui referidos apenas para ilustrá-la e para extremar os dois principais sistemas em que se agrupam as soluções juspolíticas voltadas ao **equilíbrio das contas** públicas e ao estabelecimento da **responsabilidade fiscal** dos seus administradores.<sup>31</sup>

O marco inicial pode ser encontrado no *turning point* econômico da década de setenta, em que se registrou o abandono do modelo keynesiano de desenvolvimento a cargo do Estado, demarcando o início do processo de revisão do seu papel com relação à moeda e à condução da economia dos países.

Mais concentradamente, no direito positivo, uma providência pioneira específica pode ser identificada na instituição do chamado **controle guilhotina** do direito norte-americano, na qual já se vai encontrar uma aplicação do princípio do **equilíbrio orçamentário**, que, de acordo com essa legislação, deve ser obtido por meio de cortes orçamentários a serem aplicados pelo Congresso sobre os gastos excessivos da Administração, tudo no cumprimento de uma política de **metas** de austeridade fiscal por ele definida.

Esse resultado se garante com o conceito corolário da **accountability**, entendido como um tipo especial de **responsabilidade**, que passava a ser exigida dos administradores, inaugurando um **modelo parlamentar** de controle do equilíbrio das contas públicas.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> A respeito, recomenda-se, como muito proveitosa leitura, de RICARDO LOBO TORRES, o item 2. *Gestão Orçamentária Responsável*, do Cap. IV. Do Volume V, do Tratado de *Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2ª edição, 2000, do qual se retirou a demarcação feita entre os dois sistemas de controle da estabilidade financeira: o *Parlamentar*, norte-americano, e o *Executivo*, neozelandês (p. 325).

<sup>32</sup> As leis básicas desse sistema norte-americano estão no *Gram-Rudman-Holings Act*, de 1985, ou *Balanced Budget and Deficit Reduction Act*, no *Omnibus Balance Reconciliation Act* e no *Budget Enforcement Act*, ambos de 1990.

<sup>33</sup> Trata-se do *Fiscal Responsibility Act*, de 1994.

<sup>34</sup> *Código de Buenas Prácticas de Transparência Fiscal*, adotado pelo Comitê Provisório, em abril de 1998.

Sobrevieram outras experiências, como a francesa, a alemã e a argentina, que se inclinaram pela realização do controle de gastos pela própria **Administração**; neste caso, obedecendo a parâmetros rígidos, que devem ser, para esse efeito, previamente legislados, culminando os exemplos desse sistema de controle, com o mais recente, adotado na Nova Zelândia<sup>33</sup>, instituidor da chamada **administração** sem riscos fiscais, particularmente importante para o Brasil por ter servido de modelo ao Projeto de Lei Complementar 18/99, que, posteriormente, com os aperfeiçoamentos introduzidos pelo Deputado Pedro Novaes, viria a se transformar na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

Para encerrar esta breve resenha, vale lembrar ainda, por seu conteúdo preceptivo, a receita de **boas práticas de transparência fiscal**, um documento do FMI, divulgado em 1998, no qual técnicos do Fundo Monetário Internacional apresentam uma orientação sobre o assunto e sobre os princípios afins da **transparência** e da **prudência** na gestão fiscal.<sup>34</sup>

## 8. A Institucionalização do Equilíbrio e da Responsabilidade Fiscais no Brasil

Chega-se, então, ao Brasil, com a indagação: o que foi feito e o ainda que resta fazer para que realmente se tenha institucionalizado, a contento, o equilíbrio e a responsabilidade fiscal no País?

Ora, como é ressabido, os aspectos dominantes nas finanças públicas brasileiras foram sempre e secularmente fincados em nossa cultura, o **patrimonialismo** e o **personalismo**, a que se acrescentou mais tardiamente a **democracia formal**, produzindo esse amálgama, em suas formas mais radicais, o fenômeno que caracteriza entre nós o velho **caciquismo** político.

As conseqüências dessas heranças, até hoje de todo inafastadas, têm sido a crônica **imprevisão**, a **improvisação administrativa**, o apelo à **demagogia fácil**, a multiplicação de **obras inconclusas**, o acúmulo de **déficits públicos**, e, até bem recentemente, os males da **inflação** e do **endividamento crescente**. Tudo, em suma, compondo o quadro do **desequilíbrio das contas públicas** e da **irresponsabilidade fiscal**, a ser revertido.

O primeiro marco de racionalização dos gastos públicos no Brasil data da Constituição Imperial, de 1824, com a instituição do **orçamento**, que foi agasalhada nas Cartas republicanas e até ampliada substancialmente na Constituição autocrática de 1937. Mas não se pode dizer que sua trajetória tenha tido sucesso, pois as antigas leis de meios continham sempre os mesmos defeitos, que se combinavam de vários modos: a politização excessiva, a hegemonia do Poder Executivo, as caudas orçamentárias indevidas e, irreversivelmente, a descontinuidade das políticas públicas e as portas abertas para os gastos desabridos. Em suma, o orçamento servia muito mais aos políticos que à sociedade.

Assim é que o primeiro grande marco de efetiva racionalização só chegou com a promulgação do **Código de Contabilidade**

**Pública da União**, que continha, à época, ate mesmo, uma previsão de crime de responsabilidade fiscal.

Um longo aprendizado, demasiado longo, encontrou, enfim, um grande momento, com a Lei nº 4.320, de 1964, que introduziu normas gerais para o direito financeiro, instituiu o orçamento-programa e nos legou, praticamente, o modelo norte-americano, baseado nos conceitos de planejamento de Estado, de continuidade da inversão de capital, e da obrigatoriedade da realização do empenho para proceder às despesas.

E este ciclo arrastado e preguiçoso que se completa, trinta e seis anos depois, com a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que introduziu, também sob inspiração remota de aperfeiçoamentos norte-americanos, o princípio setorial do **equilíbrio das contas públicas** e os conceitos da **responsabilidade** e da **responsividade** fiscais.

A inspiração próxima, da lei fiscal da Nova Zelândia, de 1994, por suas características políticas, deslocando o controle do Congresso para o Executivo, embora isso possa ser irrelevante em países parlamentaristas, reforça este Poder, dando-lhe uma função relevante e de apreciável preeminência no processo orçamentário-financeiro das unidades da Federação<sup>35</sup>.

Essa origem próxima, a que se acrescentam alguns defeitos de elaboração legislativa, são problemas sucintamente relacionados nas conclusões que se seguem, em que se procura ponderá-los, com neutralidade, em face das soluções vantajosas que aporta ao Direito Financeiro nacional.

<sup>35</sup> Exemplo eloqüente da preeminência a que se alude está clarissimamente posta no art. 90, § 3, da Lei Complementar nº 101/2000, ao "autorizar" o Poder Executivo a "limitar os valores financeiros segundo os critérios estabelecidos pela lei de diretrizes orçamentárias", o que nada mais é que um mandato legislativo para intervir corretivamente sobre os demais Poderes.

## 9. Conclusões

Infelizmente, embora politicamente avançada, historicamente oportuna, tecnicamente necessária e, indubitavelmente, útil à economia e ao desenvolvimento do País, a nova Lei apresenta **problemas** que ameaçam comprometer não apenas sua implantação, como, o que poderia ser ainda pior, os próprios conceitos modernizadores da democracia substantiva brasileira que procura introduzir.

Possivelmente, a esta altura, até os leigos, pela simples leitura dos jornais, já se têm dado conta de alguns dos inúmeros percalços que são devidos aos inúmeros defeitos da nova legislação.

Com efeito, em que pese todo seu inegável mérito: ela é **prolixa**, excessivamente **tecnocrática** em seu conteúdo, demasiadamente **remissiva** em sua redação, apresenta dificuldades, tanto para sua compreensão como para sua implementação, além de outros problemas que decorrem de uma forçada **simetria federativa** e, de outros, passageiros, que são causados pela escassez de **regras transitórias**.

Com efeito, trata-se de diploma muito **prolixo**, desenvolvendo-se em longos 75 artigos, enquanto, por exemplo, a Lei Argentina, em contraste, não passa de 8 artigos. Já se vem tornando comum, no País, os textos legislativos longos, detalhistas e tantas vezes casuísticos, como se houvesse desconfiança quanto ao trabalho dos intérpretes; uma postura inaceitável, que degrada e que suscita mais problemas do que os resolve, em razão da intrínseca conflitualidade que lhes é inevitável e diretamente proporcional à enxúndia.

Peca, outrossim, por ser excessivamente **tecnocrática**, denotando claramente a retração da devida assistência jurídica em sua redação. A este respeito, o Professor RICARDO LOBO TORRES tem observado, em suas excelentes conferências e intervenções, em painéis que

vem apresentando sobre esta Lei, que a primeira versão apresentada não passava de uma tradução grosseira, pejada de horríveis anglicismos e de erros de português, da referida Lei Fiscal da Nova Zelândia, de 1994, que lhe servira de modelo.

Descuido de origem semelhante levou a que ainda, a Lei Complementar um diploma se tornasse, excessivamente **remissivo**, o que causa imensa dificuldade para o entendimento claro de seu conteúdo e para sua implementação, o que vem ocorrendo praticamente em todos os Estados e Municípios, e que, por óbvio, mais se agrava nas unidades menores.

E às vacilações na **compreensão** e na **implementação** dessa Lei Complementar, soma-se também o defeito recorrente de não se levar em conta a real **assimetria federativa** do País, tratando-se com os mesmos métodos e instrumentos as finanças e a contabilidade públicas da União, dos Estados e Municípios, independentemente de suas limitações e idiossincrasias.

Finalmente, para encerrar a relação, a Lei apresenta problemas de **inconstitucionalidade**, que, não obstante, poderão ser até superados, por via de interpretações segundo a Constituição, como recentemente o foi, na apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, a fixação de limites internos para o dispêndio dos Poderes dos Estados e dos Municípios é de seus órgãos financeiramente autônomos.

Todavia, durante este processo de exame de constitucionalidade, que poderá demorar-se, vai se também prolongando um nefasto e desastroso clima de dúvidas e de desestímulo.

Por outro lado, seria imperdoável que esta geração perdesse a oportunidade histórica de colher as vantagens da racionalização e democratização financeira e se quedasse numa postura crítica negadora ou acomodada.

É preciso, pois, desenvolver um grande esforço nacional para ampliar a consciência da necessidade de cultivar os valores introduzidos com a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e de aperfeiçoá-la em sua execução, no que possível, o que comporta várias linhas de ação, tais como:

- a – questionar no Judiciário os temas que sejam mais constitucionalmente delicados, visando a obter liminares tranquilizadoras, num ou noutro sentido, pacificando a aplicação da nova legislação em seus pontos mais polêmicos;
- b – pressionar-se o Poder Público para a eventual reabertura de processo legislativo específico sobre os temas em que se revele maior necessidade de correções e de

aperfeiçoamentos, o que poderia e deveria, então, ser realizado com a maior participação possível da classe jurídica, da qual, lamentavelmente, ela careceu na sua origem, e

- c – estimular-se a promoção de debates e de reuniões de estudo, visando ao desenvolvimento de uma metodologia de aplicação simples e clara.

Sem dúvida, em qualquer das linhas de ação, vale em sua plenitude o esforço que puder ser feito, porque, inegavelmente, a prática salutar do **equilíbrio fiscal** e a mudança da **mentalidade cívica**, que advirá como resultado, consolidarão, simultaneamente, a **economia** e a **democracia** no País.

## Arbitragem e contrato administrativo

*Dr. Eros Roberto Grau*

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP  
Professor Visitante da Faculdade de Direito  
da Universidade de Montpellier I (França) [1995-1998]

O debate a respeito da juridicidade da solução, mediante arbitragem, de conflitos entre as partes nos contratos administrativos segue inúmeras vezes por vias inadequadas. Os argumentos em favor e contra a adoção do instituto da arbitragem nesses contratos não atingem, em regra, o núcleo da questão.

O seu deslinde reclama o exame de três pontos, o primeiro deles extremamente singelo.

### Jurisdição e Arbitragem

O primeiro aspecto a considerar está em que a arbitragem não encerra jurisdição<sup>1</sup>.

Ao contrário, a arbitragem previne a jurisdição. Sua origem é contratual<sup>2,3</sup>.

Desfaça-se de pronto, pois, a confusão freqüentemente estabelecida entre uma e outra.

<sup>1</sup> Entre outros, PIERO CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, El Foro, 1.996, vol. II, p. 279; SALVATORE SATTA, *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, EJE, 1.972, vol. II, p. 289 e J.J. CALMON DE PASSOS, *Da Jurisdição*, Salvador, Progresso, 1.957, p. 46.

<sup>2</sup> Nesse sentido, o magistério de CALMON DE PASSOS (*Da Jurisdição*, Salvador, Progresso, 1.957, pág. 46): “De tudo se conclui, na verdade, que os árbitros não têm jurisdição. E porque não a têm é que os autores, diante da perplexidade, procuram fugir com afirmativas de nenhum conteúdo, quais as de jurisdição extraordinária, ou menos plena, ou quase ordinária. Não têm jurisdição, disse-o Manoel Gonçalves da Silva, com propriedade que Pontes de Miranda ressalta elogiosamente, porque apenas conhecem jurisdicionalmente das causas que lhes são submetidas — ‘neque jurisdictione habent, sed tantum cognitione’. Jurisdição é conhecimento (ratio), julgamento (judicium) e execução (imperium) do julgado. Ausente qualquer desses elementos não há jurisdição”, O laudo arbitral, ensina Redenti, em si e por si, não pode ser tido como sentença, porque os árbitros não são investidos de uma função pública e muito menos de um poder soberano, donde o seu pronunciamento, em si e por si, não ser munido de nenhuma autoridade ou eficácia própria, originária.

<sup>3</sup> Há quem pretenda que a arbitragem tenha cunho jurisdicional, como NELSON NERY JR., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1.996, p. 75. O argumento de que lança mão esse autor não impressiona, contudo. O fato de o laudo arbitral constituir título executivo e transitar em julgado é absolutamente irrelevante. A transação celebrada para prevenir um litígio também faz coisa julgada entre as partes (art. 1.030 do CCB) e é título executivo. Mas ninguém irá tão longe, a ponto de atribuir caráter jurisdicional a esse negócio jurídico.

## A equivocada noção de “contrato administrativo”

O segundo ponto respeita à noção de contrato administrativo.

Permito-me contudo inicialmente anotar a circunstância de que, ainda que o uso da arbitragem por entidades da Administração não seja comum, a ponto de atizar a curiosidade dos acadêmicos da atualidade, essa não é questão que tenha passado despercebida pelos nossos juristas.

O fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações. E uma delas pode ser o erro, muito comum, de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração.

Um pesquisador atento e diligente poderá todavia facilmente verificar que não existe qualquer razão a inviabilizar o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado.

Aliás, os anais do Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup> dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como “caso Lage”, no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicavam a navegação, estaleiros e portos.

A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal é de extrema importância porque reconheceu especificamente “a legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso Direito sempre

admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda”. Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra de CASTRO NUNES e fez honra a acórdão anterior, relatado pelo Ministro AMARAL SANTOS.

Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da Administração, como, antes, é recomendável, posto que privilegia o interesse público. São candentes, nesse sentido, as palavras de THEMISTOCLES CAVALCANTI<sup>5</sup>, que transcrevo a seguir: “Parece-me que a administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa, convocando as partes que com ela contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral, do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário ou prolongando o processo administrativo, com diligências intermináveis, sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo”.

De todo modo, ainda que não exista impedimento absoluto ao uso da arbitragem pela Administração, é natural que nem toda matéria possa ser resolvida por essa via. A questão se transporta, então, para a definição do que possa e do que não possa ser objeto de arbitragem.

A melhor doutrina manifesta-se no sentido de que só podem ser arbitradas as questões de natureza contratual ou privada. “São essas relações que podem comportar o juízo arbitral” – pondera CASTRO NUNES<sup>6</sup> – “Aqueles em que o Estado age como Poder Público, estão de seu natural excluídas, pois que, em linha de princípio, não podem ser objeto de transação”.

A doutrina faz distinção entre os *contratos administrativos por determinação da lei e por natureza*, sendo extremamente rico, e complexo, o debate travado em torno do critério destes últimos, os *contratos administrativos por natureza*<sup>8</sup>.

Esse debate perde contudo relevância entre nós, visto que não existem, em face do direito positivo brasileiro, *contratos privados da Administração* [= contratos estatais de direito privado, por oposição aos *contratos administrativos*]. Pois é certo a própria Constituição atribui a todos os contratos celebrados pela Administração a denominação de *contratos administrativos*<sup>9</sup>.

Tem sustentado a doutrina que a procura da qualificação do contrato significa procura do regime jurídico a ele aplicável<sup>10</sup>.

O fato, no entanto, é que, para azar da doutrina, não existe um regime jurídico próprio aos chamados *contratos administrativos*.

A alusão a *regime jurídico* apenas se torna útil, na ciência do direito, quando atrelada àqueles conceitos jurídicos que ASCARELLI<sup>11</sup> – distinguindo-os dos *conceitos jurídicos meramente formais* e dos *conceitos tipológicos [fatispecie]* – chama de *regulae juris*.

As “*regulae juris*” consubstanciam expressões que sintetizam o conteúdo de um

conjunto de normas jurídicas, sem que lhes corresponda um significado próprio. Limitam-se a exprimir, condensadamente, um sistema normativo, a modo – diz FABIO KONDER COMPARATO<sup>12</sup> – de autêntica estenografia legal.

Tome-se como exemplo dessa espécie de conceito o de *propriedade*, que apenas assume alguma significação na medida em que tenhamos sob consideração a função, por ele cumprida no discurso do direito, de resumir toda disciplina normativa atinente ao modo de aquisição e aos poderes, faculdades e deveres decorrentes da aquisição de uma posição jurídica subjetiva em relação a um bem<sup>13</sup>. A utilidade do conceito de *propriedade* – e isso o torna na prática insubstituível – está na enorme economia de tempo e de energia que o seu uso permite a quem pretenda expor o conteúdo do subsistema normativo aplicável à *propriedade* (MERONI 1.989/285)<sup>14</sup>.

Mas é porém certo que *contrato administrativo* não sintetiza o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas; nem exprime, condensadamente, um sistema normativo. Logo, e até porque não há distinção jurídica entre contrato administrativo e contrato privado, como passo a demonstrar, inexistente um “*regime jurídico dos contratos administrativos*”. Portanto, a alusão a tal regime é juridicamente irrelevante.

<sup>4</sup> Revista Trimestral de Jurisprudência 68:382

<sup>5</sup> RDA 45:517

<sup>6</sup> *Da Fazenda Pública em Juízo*, 2ª ed., São Paulo, Freitas Bastos, 1.960, pág. 284.

<sup>7</sup> Lembre-se, a demais, as judiciosas observações de SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA (*Lições de Direito Administrativo*, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1.972, pág. 183: “A autoridade administrativa não poderá, sem autorização legislativa, firmar **compromisso**, quando se trate de matéria em que aja **iure imperii**, quando esteja em jogo a ordem pública. Mas nenhum problema há, quando se cuida de um contrato, que prevê, ele mesmo, a **cláusula compromissória**” [negritos no original]).

<sup>8</sup> Vide a sintética, mas suficiente, exposição de LUÍS SOLANO CABRAL DE MONCADA (*O problema do critério do contrato administrativo e os novos contratos-programa*, separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - “Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. José Joaquim Teixeira Ribeiro”, Coimbra, 1.979).

<sup>9</sup> Vide, por todos, CARLOS ARI SUNDFELD, *Licitação e contrato administrativo*, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 1.995, pp. 199-200.

<sup>10</sup> - Cf. LUÍS SOLANO CABRAL DE MONCADA, págs. 16-17.

<sup>11</sup> *Studi di Diritto Comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1.952, págs. XIII-XVII.

<sup>12</sup> *Diritto de recesso de acionista de sociedade anônima*, in RT 558/269.

<sup>13</sup> Vide MASSIMO MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, Milano, 1.989, pág. 285.

<sup>14</sup> No mesmo sentido, ALF ROSS, *Tù-tù*, in “Diritto e analisi del linguaggio”, a cura di Uberto Scarpelli, Edizioni di Comunita, Milano, 1.976, págs. 165-181.



E assim é porque a circunstância de um contrato ser regido pelo direito público — isto é, pelo “*regime de direito público*” — no que equivocadamente insistem muitos, ainda que fosse veraz não importaria em que os atos de uma das partes no dinamismo da relação contratual, a Administração, deixassem de caracterizar “atos de gestão” e pudessem ser concebidos como “atos de soberania”.

Desejo dizer, com isso, que embora a Administração disponha, nesse dinamismo, de poderes que se toma como expressão de *puissance publique* [alteração unilateral da relação, v.g.], essa relação não deixa de ser contratual. Pois é certo que esses mesmos poderes são contemplados como estipulações de ordem contratual, ainda que por imposição legal. Isso negássemos e, por força, teríamos de admitir que toda e qualquer limitação disposta em lei ao pleno exercício da liberdade de contratar teria a virtude de sonegar aos acordos de vontade celebrados sob a égide do chamado *dirigismo contratual* o caráter de contratos. Não seriam contratos, destarte, mesmo os celebrados entre agentes privados em um regime de controle de preços; e também não o seriam aqueles cujas condições de validade dependem de preceitos normativos ou atos administrativos externos à vontade das partes. Da mesma forma, contratos não seriam aqueles dotados de cláusulas padronizadas por ato estatal, dos quais fazem exemplo os contratos de loteamento, de seguro, as convenções condominiais, inúmeras fórmulas contratuais praticadas no mercado financeiro; nesta última hipótese, sem dúvida, efetivamente surgem modelos contratuais inteiramente padronizados — tal como no caso de contratos celebrados com o BNDES e com o extinto BNH.

<sup>15</sup> Mencione-se, v.g. determinados contratos de seguro, e os contratos coativos de que tratam os incisos XIII, XIV, XVI e XXII do art. 21 da Lei n. 8.884, de 11.6.94; anote-se ainda o dever, dos bancos comerciais, de aplicar parte de seus recursos disponíveis na concessão de crédito rural e de crédito às pequena e média empresas.

Em todos esses casos, bem assim naqueles nos quais é afetada a própria liberdade de contratar<sup>15</sup>, as partes estão entre si relacionadas por vínculo obrigacional. Permanecem a celebrar contratos, ainda que vinculadas também pelo *dever* de adotar determinadas estipulações contratuais ou mesmo de contratar, o que significa *dever* de assumir *obrigação* perante terceiro.

A propósito, entenda-se por *dever jurídico* uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. *Obrigação*, em sentido estrito, como vínculo em razão do qual uma pessoa (devedor) deve à outra (credor) o cumprimento de certa prestação. O *dever* é um vínculo imposto à vontade; a *obrigação*, embora suponha uma situação de dever, na qual se coloca o devedor, é consequência da manifestação da vontade do devedor. Quando o Estado impõe ao particular o *dever de contratar* ou de *admitir a alteração unilateral da relação pela Administração*, v.g., vincula sua vontade no sentido de manifestá-la em determinada direção. Esse *dever de contratar* ou de *contratar determinadas cláusulas contratuais*, é *dever de assumir obrigação*. Assumida a *obrigação*, por imposição do *dever* que o vincula, o particular, no contrato coativo, coloca-se sob *situação obrigacional*.

Por isso — repita-se — embora a Administração disponha, no dinamismo do *contrato administrativo*, de poderes que se toma como expressão de *puissance publique* [alteração unilateral da relação, v.g.], essa relação não deixa de ser contratual, os atos praticados pela Administração enquanto parte nessa mesma relação sendo expressivos de meros atos *de gestão*.

Em suma, é preciso não confundirmos o Estado-aparato com o Estado-ordenamento. Na relação contratual administrativa o Estado-aparato [a Administração] atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o particular; ambos se submetem à lei [Estado-ordenamento]; ou seja, a Administração não exerce atos de autoridade no bojo da relação contratual<sup>16, 17</sup>.

Daí porque, como observa GARCIA DE ENTERRÍA<sup>18</sup>, contrato administrativo e contrato privado não podem ser considerados como realidades radicalmente diferentes e rigorosamente separadas; qualquer contrato pode refletir elementos de Direito Administrativo e de Direito Privado.

Vale dizer: não há diferença entre uns e outros senão na medida em que a ambos se aplicam múltiplos regimes jurídicos.

Toda a razão, pois, a JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR<sup>19</sup>: “En nuestra opinión, el problema carece de interés. En sus términos más estrictos, se trata de una más de tantas logomaquias estériles que tanto abundan en la ciencia del Derecho (...) Una discrepancia, pues, de mera perspectiva que, además, carece de consecuencias prácticas: lo que importa, exclusivamente, es saber a qué normas se sujetan uno y otro tipo de contratos, cuestión que sólo puede resolver el Derecho positivo”.

Alcançada essa verificação, um último aspecto resta ainda a examinarmos, o relacionado à indisponibilidade do interesse público e à disponibilidade de direitos patrimoniais.

Cogitando dos *contratos de direito público*, em conferência pronunciada em São Paulo, em 9 de março de 1.977, ORLANDO GOMES<sup>20</sup> diz serem eles: “a) os que celebram entre si algumas pessoas jurídicas de direito público interno, tais como os estipulados entre a União e algum Estado-membro, entre unidades da federação, entre qualquer destas e um município ou entre municípios. Tais *acordos* se realizam para que as partes alcancem o mesmo fim; b) os que o Estado conclui com particulares ou outros entes públicos para a satisfação de interesses comuns, implicando disposição de direitos subjetivos patrimoniais (VIRGA), — o que não sucede com os acordos primeiramente enunciados; e) os *contratos administrativos* que se ajustam entre a Administração Pública e particulares para a execução e desempenho de atividade do Estado, de interesse geral, que este não pode ou não quer exercer diretamente”.

A exposição de ORLANDO GOMES, precisa e incisiva, como costumavam ser suas manifestações, tem as virtudes [i] de distinguir os contratos que a Administração celebra com

<sup>16</sup> São bastante oportunas as observações de LAURENT, transcritas por PEDRO LESSA (*Do Poder Judiciário*, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1.915, pág. 208): “É o Estado uma pessoa civil, isto é, pôde exercer os direitos privados de que são titulares os indivíduos. Assim, é proprietário, pôde adquirir e possuir bens; diariamente está em condições de contractar. Os actos que pratica o Estado como pessoa civil, não differem na essência dos que realisam os particulares: uma compra e venda não se altera em sua natureza, porque o Estado é comprador ou vendedor, e as obrigações permanecem identicas, inalteradas, quando o Estado contracta. Ahi temos, pois, relações de direito e de interesse privados: qualquer ideia de poder, de soberania, é estranha aos actos em que intervem o Estado como pessoa privada. Por conseguinte, quando o Estado age num processo como proprietário, como credor ou devedor, não está em questão a soberania, não é o Estado como poder que litiga, é o Estado a exercer direitos de um particular; é, pois, um particular cujos direitos apreciam os tribunales, e que por estes é condemnado a pagar, e não um soberano, nem um orgam de soberania”.

<sup>17</sup> Veja-se também FABIO KONDER COMPARATO, *Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Forense, Rio de Janeiro, 1.981, especialmente págs.304 -305.

<sup>18</sup> *Curso de Derecho Administrativo*, c/ Tomás-Ramón Fernández, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1.983, Vol. 1, pág. 639.

<sup>19</sup> *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.999, pág. 194.

<sup>20</sup> *Os contratos e o direito público*, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 10/45-46.

particulares visando à atribuição, a estes, de funções próprias do Estado — a concessão de serviço público, v.g. — daqueles celebrados com particulares tendo em vista a satisfação de interesses comuns e [ii] observar que estes últimos implicam [= podem implicar] disposição de direitos subjetivos patrimoniais.

Essa derradeira observação assume fundamental importância, na medida que a doutrina tem tropeçado em injustificada confusão entre *indisponibilidade do interesse público* e *disponibilidade de direitos patrimoniais*.

Um e outro não se confundem.

## Indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais

Para demonstrá-lo lembro, inicialmente, que indisponível é o *interesse*

*público primário*, não o *interesse da Administração*.

Ensina RENATO ALESSI<sup>21</sup> que os interesses públicos, coletivos, cuja satisfação deve ser perseguida pela Administração, não são simplesmente o interesse da Administração enquanto aparato organizacional autônomo, porém aquele que é chamado interesse coletivo *primário*. Este é resultante do complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade, ao passo que o interesse do aparato organizacional que é a Administração, se pode ser concebido um interesse, desse aparato, unitariamente considerado, será simplesmente um dos interesses *secundários* que se fazem sentir no seio da coletividade e que podem ser realizados somente na medida em que coincidam, e nos limites dessa coincidência, com o interesse coletivo *primário*.

A distinção – fundamental e necessária – entre *interesse público primário* e *interesse*

da Administração (interesse público secundário) também está pacificada entre nós<sup>22</sup>.

Por certo é possível tomarmos como *interesse da Administração* o de pagar o mínimo a seus credores, com o que ela, Administração, permaneceria “*mais rica*”. Mas esses interesses – *interesses públicos secundários* – diz ALESSI, “possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l’interesse collettivo primario” – interesse como tal “non potrebbe essere realizzato se non in vista della coincidenza con l’interesse primario, pubblico”; ou, na dicção de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>23</sup>, esses interesses “não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa.

## De outro lado, a medida do interesse público é a legalidade

Assim, é evidente que quando se afirma que a arbitragem se presta a “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”<sup>24</sup> isso não significa não possa, a Administração, socorrer-se dessa via visando ao mesmo fim. Pois não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.

Disponer de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados.

A Administração, para a realização do

<sup>22</sup> Diz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, 4ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1.993, pág. 22), após averbar que os interesses públicos ou interesses *primários* são os interesses da coletividade como um todo e os interesses *secundários* são os que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses da coletividade: Poderia, portanto (o Estado, a Administração), ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas ‘seus, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despende o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos. Por isso os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa.

Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desventura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir”. E insiste ainda, o mesmo autor (pág. 46): “Interesse público ou primário é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa. Para exemplificar o importante discrimen entre um e outro, comparem-se as seguintes hipóteses. Se o Estado causar danos a terceiros e indenizá-los das lesões inflingidas estará revelando-se obsequioso ao *interesse público*, pois é isto o que determina o art. 37, parágrafo 6º, da Constituição. Se tentar evadir-se a este dever de indenizar (mesmo consciente de haver produzido os danos) estará *contrariando o interesse público*, no afã de buscar um interesse secundário, concernente apenas ao aparelho estatal: interesse em subtrair-se a despesas (conquanto devidas) para permanecer ‘mais rico’, menos onerado patrimonialmente, lançando, dessarte, sobre ombros alheios os ônus que o Direito pretende sejam suportados por todos. Tal conduta não é de interesse público, pois interesses secundários só podem ser satisfeitos quando coincidirem com interesses primários”.

<sup>23</sup> Ob. cit., pág. 22.

<sup>24</sup> Art. 1º da lei n. 9.307/96.

<sup>21</sup> *Principi di Diritto Amministrativo*, 1, quarta edizione, Giuffrè, Milano, 1.978, págs. 232/233: Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l’amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l’interesse dell’Amministrazione intesa come apparato organizzativo autonomo, sibbene quello che é stato chiamato l’interesse collettivo *primario*, formato dai complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l’interesse dei *apparato*, se può essere concepito un interesse dell’*apparato* unitariamente considerato, sarebbe semplicemente uno degli interessi *secondari* che si fanno sentire in seno alla collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l’interesse collettivo primario. La peculiarità della posizione giuridica della pubblica Amministrazione sta appunto in ciò, che la sua funzione consiste nella realizzazione dell’interesse collettivo, pubblico, primario. Anche volendo concepire un interesse, secondario, dei *Amministrazione* considerata come apparato organizzativo autonomo, esso non potrebbe essere realizzato se non in vista deita coincidenza con l’interesse primario, pubblico”. CARNELUTTI distingue interesses que são *individuais na modalidade* e *coletivos na finalidade*, chamando-os *interesses coletivos mediatos ou secundários* (*Sistema di Diritto Processuale Civile*, 1, CEDAM, Padova, 1.936, págs. 11/12).

interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum.

Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles.

Bem a propósito, as observações de ALESSI e de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, acima reproduzidas, permitem-nos salientar a circunstância de, v.g., realizar-se o interesse público na omissão, pela Administração, do uso de recursos judiciais meramente protelatórios, que se prestam unicamente a retardar, em benefício exclusivo

do interesse da Administração, secundário, o cumprimento de suas obrigações.

Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem. Retorno, à esta altura, às observações de THEMISTOCLES CAVALCANTI para afirmar que precisamente o fazendo a Administração estará a prestar acatamento ao interesse público.

O debate a respeito da juridicidade da solução, mediante arbitragem, de conflitos entre as partes nos "contratos administrativos" será, como se vê, facilmente espancado se um mínimo de reflexão vier a ser praticado em torno do núcleo da questão.

## MERCOSUL: Problemática Factual e Institucional

*Dr. Helio Jaguaribe de Mattos\**

Instituto de Estudos Políticos e Sociais

### 1. Problemas de Mercosul

#### Aspectos gerais

Mercosul constituiu a culminação de um processo de aproximação e integração entre Argentina e Brasil, iniciado com o Acordo de Itaipú, firmado pelos presidentes Sarney e Alfonsín em 30-XI-1995. O Tratado de Assunção, que instituiu Mercosul, nele integrando Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, foi firmado em 29-III-1991. Está Mercosul, assim, em vias de completar dez anos de funcionamento.

Nesse período, Mercosul se consolidou como um importante mercado sub-regional, que absorve apreciável parcela das exportações de Argentina e Brasil e mais de metade das dos dois outros partícipes. Consolidou-se, também, como um importante protagonista internacional, proporcionando a seus membros um poder de negociação e uma audiência que, isoladamente, nenhum poderia ter.

Sem embargo de seu saldo extremamente positivo, Mercosul acusa, em fim dos anos 90, alguns graves problemas, que podem ser agrupados em duas ordens de questões; as de caráter factual e as de caráter institucional.

Os problemas factuais se desdobram em um considerável número de itens. Alguns representam a inevitável reação, em todos os processos integrativos, de setores de um país membro que se revelam subcompetitivos, relativamente aos de outro país membro, do que são exemplos típicos o açúcar argentino, ante o brasileiro, e o trigo brasileiro, ante o argentino. Outros, mais complicados, decorrem de assimetrias estruturais, cuja correção pode exigir prazos mais longos ou complexas gestões institucionais.

As questões de ordem institucional decorrem do fato de que se observa uma crescente falta de correspondência entre o desenvolvimento econômico de Mercosul e sua precária estruturação institucional. Mercosul continua funcionando, para todos os efeitos,

\* Helio Jaguaribe de Mattos – Graduiu-se em direito na PUC/RJ e é PHD em Ciência Política pela Universidade de Mainz, na Alemanha. Foi professor e chefe do Departamento de Ciências do ISEB, ex-professor das Universidades de Harvard, Stanfor e do M.I.T. É decano, desde 1979, do Instituto de Estudos Políticos e Sociais - IEPES do Rio de Janeiro. Foi titular da pasta de Ciência e Tecnologia de abril a setembro de 1992. É autor de numerosa obra no campo do desenvolvimento político e social, das relações internacionais, dos estudos latino-americanos e da teoria social.

na base do consenso entre seus partícipes, não dispondo de mecanismos próprios nem para sua auto-administração nem, mesmo, para dirimir controvérsias entre empresas dos países partícipes, as quais tendem a ocorrer com tanto mais frequência quanto maior o volume de transações que se realizem. Padece Mercosul, assim, de efeitos fortemente paralizantes. Daí resulta, por um lado, uma crescente sobrecarga da agenda dos órgãos de cúpula dos países membros, os implicando em dirimir disputas interempresariais que deveriam ter distinto processamento. Por outro lado, a falta de satisfatória institucionalidade própria, dentro de um contexto factual caracterizado por fortes assimetrias, induz os interesses privados em jogo a buscar, nas autoridades judiciais de seus respectivos países, soluções que resultam incompatíveis com o Tratado de Assunção. É de salientar-se, a esse respeito, a preocupante medida em que autoridades judiciais de primeira instância vêm ignorando, em suas sentenças, as disposições do Tratado de Assunção que, *de jure*, se sobrepõem às legislações nacionais com elas eventualmente discrepantes.

### Questões factuais

Como precedentemente mencionado, os processos de integração inevitavelmente implicam na necessidade, por parte de cada país membro, de abandonar seus setores subcompetitivos, em favor dos mais competitivos de outro país membro. O trigo brasileiro e o açúcar argentino são exemplos típicos dessa situação. É precisamente para ceder, em seu respectivo mercado nacional, espaço aos setores mais competitivos dos outros partícipes, que as integrações são concebidas, o que resulta em vantagens para todos, quando seja satisfatoriamente equilibrado o intercâmbio global.

O trigo gaúcho é vantajosamente substituído pelo argentino, cabendo aos produtores brasileiros se deslocarem para outros setores, como o da soja. O açúcar tucumênio é vantajosamente substituído pelo brasileiro, cabendo aos produtores argentinos se deslocarem para outros setores, como o de cítricos. Os países partícipes devem contribuir para que tais substituições se processem da melhor forma possível, estimulando e facilitando a reorientação dos produtores, em vez de tentar proteções incompatíveis com a letra e o espírito das normas integrativas.

A questão se torna mais difícil, entretanto, quando o problema da deficiência de competitividade não dependa de especializações setoriais, para o favorecimento das quais, precisamente, se destina o processo integrativo, mas de fatores de ordem geral, que inibam o sistema produtivo de um país membro. Como foi contemplado pelos iniciadores de Mercosul, este se destina a otimizar a economia de cada partícipe. Se um determinado país membro se defronte com uma situação de generalizada subcompetitividade, o próprio sistema integrativo tem de ser revisto. Algo disto está presentemente se verificando nas relações entre Argentina e Brasil.

A esse respeito, entretanto, importa considerar dois distintos aspectos. Um deles se refere a certas importantes deficiências de que se ressente a capacidade exportadora da Argentina. O outro diz respeito ao fato de que, não obstante tais deficiências, a Argentina vem mantendo um saldo favorável em sua balança de comércio com o Brasil, o que significa que, globalmente, o intercâmbio com o Brasil lhe é favorável. Esta última circunstância desautoriza, na própria perspectiva da Argentina, as invocações anti-Mercosul formulada por alguns setores daquele país.

Isto não obstante, importa levar na devida conta importantes deficiências que afetam a capacidade exportadora da Argentina. Essas deficiências foram muito bem descritas e analisadas, entre outros autores, por Aldo Ferrer<sup>1</sup>. Em última análise, tais deficiências resultam de duas diferentes ordens de fatores. Por um lado, ocorre, como salientado por Ferrer, que a Argentina seguiu, nos últimos vinte anos, por influência de um predominante neoliberalismo, uma política de desindustrialização, enquanto o Brasil, não obstante não ter ficado imune das pressões ideológicas da mesma natureza, manteve, ainda que menos dinamicamente que no passado, sua política de industrialização. Decorrentemente, a Argentina se encontra em condições subcompetitivas, relativamente a diversos setores industriais brasileiros (e mais ainda em termos internacionais) e fica demasiado restrita a exportações agropecuárias e de petróleo.

Por outro lado, o sistema de rígida paridade cambial com o dólar, que se revelou eficaz na supressão da hiperinflação argentina, vem se tornando crescentemente oneroso, na medida em que a efetiva desvalorização do peso não é cambialmente corrigida. Estima-se, atualmente, que essa desvalorização seja da ordem de 30%, o que estrangula de um modo geral todas as exportações argentinas, salvo as supercompetitivas e, por outro lado, estimula, desrazoavelmente, as importações.

### Aspecto institucional

Como precedentemente mencionado, Mercosul, embora tenha adquirido personalidade jurídica, continua dependendo do consenso dos partícipes para todas as decisões coletivas, seja através do Conselho do Mercado Comum, seja por entendimentos de cúpula entre presidentes.

Em matéria institucional, comparativamente à União Européia, que dispõe de completo acervo de mecanismos supranacionais, Mercosul necessitaria criar, pelo menos, alguns de organismos supranacionais mais imediatamente necessários. Entre estes avulta a indispensabilidade de uma Secretaria mais autônoma, inclusive com apropriadas funções técnicas e uma instituição jurisdicional supranacional, para dirimir contendas civis e comerciais, reservando-se para a cúpula do sistema importantes assuntos políticos.

A carência de mecanismos supranacionais, em Mercosul, não decorre da falta de propósito integrativo, por parte dos partícipes, mas do fato de que, com sua presente composição, Mercosul carece de suficiente equilíbrio, entre os países membros. Com efeito, como o demonstra o quadro abaixo, o Brasil, relativamente às três mais importantes variáveis do grupo, detém uma posição excessivamente majoritária. Se se levar em conta, o voto brasileiro sempre ultrapassaria o conjunto do grupo. Se, diversamente, se ignorar o princípio da proporcionalidade, o Brasil se sentiria prejudicado.

<sup>1</sup> Cf Aldo Ferrer, *Hechos y Ficciones de la Globalización - Argentina y el Mercosur en el Sistema Internacional*, Buenos Aires, FCE, 1997

## MERCOSUL

### Principais Variáveis

ITENS	ARGENTINA	BRASIL	PARAGUAI	URUGUAI	TOTAL
População (milhões, 1998)	31,1	166,3	5,2	3,3	205,9
PIB US\$ (bilhões, 1998)	242	556	8	11	817
Exportações intra-Mercosul (US\$ bilhões, 1998)	4,5	8,9	0,3	1,3	15
Brasil	- por população 80,8% - por PIB 68,1% - por exportações 59,3%				

A correção desse desequilíbrio depende, entre outras medidas, do alargamento de Mercosul, com o previsto ingresso de países como Bolívia, Chile e Venezuela.

Sem embargo de considerações de ordem mais geral, estão na agenda de Mercosul duas medidas que provavelmente serão adotadas a prazo relativamente curto. Uma consiste em se converter o atual regime de arbitragem em um sistema jurisdicional de caráter supranacional, para dirimir controvérsias privadas intra-Mercosul. A outra consiste em se reforçar as atribuições da atual Secretaria, se lhe conferindo, também, funções técnicas e se lhe dando mais ampla competência.

## 2. O Cenário Internacional

### Considerações prévias

Uma apropriada discussão da problemática factual e institucional de Mercosul requer se tenha em vista o atual cenário

internacional e suas prováveis tendências evolutivas. Com efeito, ademais de estar, de múltiplas formas, economicamente inserido no sistema internacional, nele Mercosul é um protagonista político e dele depende, decisivamente, a margem de autonomia externa de que possam dispor seus partícipes.

O primeiro e principal fato a se levar em conta, relativamente ao atual sistema internacional, é a predominante posição que nele ocupam os Estados Unidos.

Os Estados Unidos, convertidos em única superpotência, depois da implosão da União Soviética, em 1991, se encontram numa situação muito especial que Samuel Huntington,<sup>2</sup> acertadamente, designou de “unimultipolaridade”. Tal situação resulta do fato de que condições internas e externas não permitem que a incontrastada supremacia mundial americana, em termos militares e econômico-tecnológicos, se constitua em uma igualmente incontrastável hegemonia mundial. Os Estados Unidos dispõem de uma hegemonia

relativa, conducente a uma supremacia mundial submetida a condições restritivas de ordem doméstica e internacional. Ou seja, dispõem de um regime de relativa unipolaridade, cujo exercício é restringido, domesticamente, por constrangimentos político-institucionais e socioculturais e internacionalmente, ou multipolarmente, por resistências procedentes tanto de potências amigas como não amigas. Tais resistências se revelam eficazes na medida em que, dados os constrangimentos domésticos que restringem as margens de atuação unilateral dos Estados Unidos, estes não dispõem de condições nem para ignorar essas resistências nem para coercitivamente as suprimir.

Como democracia de massas os Estados Unidos são regulados por instituições não compatíveis com o exercício de um imperialismo ostensivo, que requer, de parte da metrópole imperial, um governo autoritário, como se verificou em todos os impérios históricos, do Assírio e Egípcio ao Romano, ao Império Espanhol, ao de Napoleão. É interessante observar como o Império Britânico, formado durante o período de uma democracia aristocrática de caráter autoritário, se tornou, sem prejuízo de outros fatores, crescentemente inviável a partir da segunda metade do século XIX, conforme o regime inglês evoluía para se tornar uma democracia de classe média, com Gladstone e se tornou impossível quando Inglaterra se converteu, com Attlee, em uma democracia social de massas.

Acrescente-se, no caso dos Estados Unidos, o fato de que o povo americano, embora se orgulhe de sua condição de única superpotência e pretenda preservá-la, não se dispõe, por outro lado, a sacrifícios pessoais e financeiros para sustentar aventuras imperiais. Roma, em contrapartida, constituiu e manteve seu império, a partir de Mário, (108 AC), com legiões formadas por voluntários e deixou de subsistir quando mudanças de mentalidade e de estilos de vida, a partir do século IV AD, privaram de voluntários o recrutamento militar.

A elite de poder americana, depois do fracasso do Vietnã, motivado, precisamente, pelas resistências domésticas a um ostensivo imperialismo, foi capaz de montar um sistema de guerra aeroespacial que se pode travar praticamente sem custos de vidas americanas e sem apelo ao recrutamento militar, como ficou demonstrado no caso da guerra do Golfo. Assim mesmo, entretanto, ações militares desse tipo requerem que elas se revistam, aos olhos do público americano e, de um modo geral, do mundo, de “legitimidade”. Legitimidade que pode ser conferida, como no caso da guerra do Golfo, pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas ou, mais precariamente, como no caso de Kosovo, pela OTAN. Em todos esses casos, entretanto, se faz mister a prévia “demonização” do inimigo, seja este Sadam Hussein ou Milosevic.

Potências amigas, como as da Europa e não tão amigas, como China, Rússia, Irã e outras, objetam a intervenções militares unilaterais, por parte dos Estados Unidos e exigem para tais intervenções expresse mandato das Nações Unidas ou, no caso dos europeus, pelo menos, da Aliança Atlântica. Daí o regime de “unimultipolaridade” referido por Huntington.

### Nova estratificação internacional

O sistema internacional que se configurou sob o regime da unimultipolaridade americana tem características pouco estáveis. A mais longo prazo esse regime ou bem conduzirá a uma consolidação e generalização da hegemonia americana, gerando um efetivo unipolarismo, ou bem, diversamente, acentuará suas características multipolares, gerando uma ordem mundial algo semelhante à do século XIX. Um novo regime multipolar, entretanto, tenderá a se caracterizar pela constituição, formal ou informalmente, de um diretório mundial, compreendendo as grandes potências, provavelmente coincidindo com a formação de

<sup>2</sup> Cf. Samuel Huntington, “A Superpotência Solitária”, in *Política Externa* Vol. 8, Nº 4 março-abril, maio, p. 12-25.

um novo Conselho de Segurança, operando, pelo menos de jure, sob a égide das Nações Unidas.

Presentemente, o instável regime de unimultipolaridade apresenta uma estratificação de poder mundial dividida em três níveis. Um nível dirigente, sob a supremacia dos Estados Unidos, incluindo, em menor grau de influência, a União Européia – notadamente Alemanha, França e Inglaterra e o Japão.

O segundo nível da presente estratificação mundial inclui países dotados de relativa autonomia doméstica e internacional, que não dispõem de condições de se oporem à supremacia americana mas podem oferecer-lhe suficiente resistência para preservarem apreciável margem de autonomia internacional e maior ainda de autonomia doméstica. Tais países são China, Rússia, Índia e Irã. O Brasil dispõe, potencialmente no âmbito de Mercosul, de acesso a esse nível.

O terceiro nível de estratificação internacional é um nível de dependência, que compreende o conjunto dos demais países. Um país como a Suíça, na medida em que se alinhe com a União Européia e atue em consonância com esta, ainda que dela não fazendo formalmente parte, participa do nível de relativa autonomia. Isoladamente, a Suíça resvala para o nível de dependência.

A instabilidade própria à presente condição americana de unimultipolaridade se faz sentir em todos os três níveis de estratificação mundial do poder. Um país como a China, se mantiver por alguns decênios sua presente unidade interna e sua acelerada taxa de desenvolvimento econômico, tenderá, em meados do século entrante, a atingir condições de equi-potência como os Estados Unidos. Diversamente, se tal não ocorrer, a China será submetida a terríveis processos disruptivos, tendentes a sua fragmentação interna. Rússia, de forma equivalente, dispõe de um par de

decênios para recuperar sua condição de superpotência, ou sofrer fortíssimos processos disruptivos, também a ameaçando de fragmentação. Índia e Irã estão, igualmente, submetidos a alternativa de consolidarem seu desenvolvimento e sua unidade interna, com possível acesso ao nível dirigente, ou serem submetidos a gravíssimos processos disruptivos, resvalando para o nível de dependência.

Um país de grande população, como o Brasil, que presentemente se situa entre o nível de relativa autonomia e o nível de dependência, ostenta uma situação particularmente instável. Se o Brasil lograr, dentro de um par de decênios e no âmbito de Mercosul, superar seu renitente subdesenvolvimento, tenderá a consolidar sua posição no nível de relativa autonomia, com possibilidades de futuro progresso. Se, diversamente, mantiver seu presente subdesenvolvimento e perder a margem de autonomia de que ainda dispõe, sofrerá, como China e Rússia, terríveis processos disruptivos, com possível fragmentação de sua unidade nacional.

A instabilidade do presente sistema internacional tende a conduzi-lo, até meados do século entrante, a uma alternativa básica: consolidação da hegemonia americana, gerando um longo período de Pax Americana ou, diversamente, formação de um novo sistema multipolar, em que os Estados Unidos deverão, seguramente, exercer um papel relevante, mas em que tenderão a ser também relevantes países ou sistemas como China, Rússia, União Européia e alguns outros. As mais importantes variáveis, para o segundo cenário são, por um lado, o continuado desenvolvimento da China e, a superação, pela Rússia, de suas atuais condições caóticas e, por outro lado, a adoção, pela União Européia, de uma política externa e de defesa própria. Não dispondo os Estados Unidos de condições para a preventiva eliminação de rivais (China e Rússia) ou

preventivo controle da U.E., a tendência de que venha a prevalecer, em meados do século XXI, uma ordem mundial multipolar — em detrimento da Pax Americana depende, predominante, mas não exclusivamente, de um exitoso desenvolvimento chinês.

## O processo de globalização

Como tem sido salientado por Aldo Ferrer<sup>3</sup> o atual processo de globalização constitui a terceira onda, incomparavelmente mais ampla e profunda, de um processo que se iniciou com as descobertas marítimas e o subsequente mercantilismo, prosseguiu, em maior escala, com a revolução industrial e atingiu, nas últimas décadas do século XX, imensas e planetárias proporções com a revolução tecnológica.

As principais características da terceira onda desse processo consistem, a partir da prática instantaneidade das comunicações internacionais e das facilidades para rápido e pouco dispendioso transporte internacional, no predomínio das técnicas informacionais no processo produtivo, na livre e imediata movimentação telemática de bilhões de dólares de um mercado a outro, assim como na descentralização geográfica dos processos produtivos e gerenciais.

Como ocorreu com as precedentes ondas do processo de globalização, a atual é fortemente concentradora nas relações centro-periférica. As grandes civilizações orientais, como Índia e China, ostentavam, na era dos descobrimentos marítimos, um nível civilizatório algo superior ao ocidental. Isto não obstante, a

revolução mercantil, assegurando aos europeus superioridade na navegação de longo curso e nos processos de coordenação da oferta da produção artesanal, proporcionaram uma vantagem da ordem de 2 para 1 à economia ocidental. Essa vantagem se tornou da ordem de 10 para 1 com a Revolução Industrial. Com a presente revolução tecnológica ela assumiu proporções de 60 para 1<sup>4</sup>.

As empresas multinacionais americanas, acompanhadas por algumas européias e japonesas, dispõem de extraordinária superioridade sobre as empresas convencionais do resto do mundo. Essa superioridade reside, em parte, na não compartilhada detenção de inovações tecnológicas. Em parte, na grande vantagem de economias de escala, com regimes mais eficientes de gestão, fácil acesso a amplíssimos mercados de capitais e a não menos amplas fontes de financiamento a baixo custo. E ainda consistem, de forma a lhes assegurar definitiva superioridade, na detenção de um regime privilegiado de comércio internacional. Como salientado por Luciano Coutinho e João Furtado<sup>5</sup> o princípio de “livre comércio”, tão veemente defendido pelos Estados Unidos e pelas teorias neoliberais, é completamente ultrapassado, na prática, pela rede das multinacionais. Na verdade, estamos ingressando numa era de fim de liberdade de comércio. Mais de 1/3 das exportações americanas e de 2/5 de suas importações se processam por transações entre matrizes e filiais de multinacionais. Essas transações não decorrem de atendimento dos princípios de otimização da relação custo-qualidade e sim do interesse das empresas de reterem em sua

<sup>3</sup> Cf. Aldo Ferrer, História de la Globalización, Vols. 1 e 2, México, Fondo de Cultura Económica, 1996 e 1999.

<sup>4</sup> Cf. Osvaldo Sunkei e Pedro Paz, El Subdesarrollo Latinoamericano v la Teoría dei Desarrollo, México, Siglo XXI, 1970 e atuais níveis a partir de dados comparativos do PIB.

<sup>5</sup> Cf. Luciano Coutinho e João Furtado, “A Integração Continental Assimétrica e Acelerada: Riscos e Oportunidades de ALCA” in Samuel Pinheiro Guimarães, Org., ALCA e Mercosul - Riscos e Oportunidades para o Brasil, Brasília, IPRI, 1999.

rede suas próprias transações. Esta é uma das principais razões pelas quais o comércio internacional dos países periféricos fica restrito à exportação de “commodities”, de baixo preço e demanda de reduzido crescimento.

O resultado final do processo de globalização consiste na prática eliminação da soberania da maior parte dos países do mundo, reduzindo-os a segmentos anônimos do mercado internacional, exogenamente dirigidos pelas grandes multinacionais e potências com jurisdição sobre suas respectivas matrizes.

### Situação da América do Sul

O continente sul-americano, com a pequena exceção de Guiana e Suriname, compreende dois grandes blocos sub-regionais: Mercosul e Pacto Andino. Mercosul, integrando, fonnalmente, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, constitui o principal sistema da região, contendo uma área territorial de mais de 11.862 mil km<sup>2</sup> uma população de mais de 200 milhões de habitantes e um PIB de mais de um trilhão de dólares. Bolívia e Chile, associados a Mercosul, detêm em conjunto uma população de cerca de 22 milhões de habitantes e um PIB de cerca de US\$80 bilhões. Do outro lado, os demais países do Pacto Andino, Colômbia, Equador e Peru, representam uma população de mais de 72 milhões de habitantes com um PIB somando cerca de US\$170 bilhões.

### Mercosul

O comércio intra-regional de Mercosul absorve 25% das exportações de seus participantes, mas é particularmente importante para todos. Para Paraguai e Uruguai representa, respectivamente, 61% e 55% de suas exportações totais. Para a Argentina, 36%. Para o Brasil, 17%, sendo de notar-se, entretanto, que Mercosul é o principal mercado para as

exportações brasileiras de alto valor agregado.

A relevância de Mercosul para seus participantes excede de muito, entretanto, sua significação como mercado sub-regional, por importante que esta seja. Com efeito, de um ponto de vista econômico, Mercosul, ademais de assegurar o escoamento de significativa, ou majoritária, parcela das exportações dos países integrantes, lhes proporciona um âmbito favorecido no interior do qual podem determinar, empírica e operacionalmente, quais são seus setores produtivos dotados de competitividade internacional ou aptos a adquiri-la, mediante exequíveis melhoramentos técnico-gerenciais. Mercosul, destarte, funciona como um campo protegido para a comprovação da competitividade internacional das exportações de seus membros e para o adestramento de seus setores mais aptos a se tornarem competitivos.

Mais do que o econômico, entretanto, avulta o papel de Mercosul como sistema de asseguramento da autonomia nacional de seus participantes, no âmbito dos efeitos altamente desnacionalizantes produzidos pelo processo de globalização. Mercosul, por um lado, proporciona a seus membros um poder internacional de negociação que nenhum dos países que o integram, inclusive o Brasil, poderia isoladamente ter. Por outro lado, Mercosul é o principal fator de preservação das margens de autonomia internacional de que ainda dispõem seus participantes, os quais isoladamente, notadamente nos casos de Paraguai e Uruguai, tenderiam, a relativamente curto prazo, a se converter em segmentos anônimos do mercado internacional, exogenamente dirigidos pelas grandes multinacionais e potências com jurisdição sobre suas matrizes.

Não obstante sua alta taxa de êxito, Mercosul se defronta com dois importantes problemas. Por um lado, passado o “período áureo”, de 1991 a 1995, Mercosul vem dando crescentes indicações de debilidades estruturais, devidas ao que Aldo Ferrer

denomina de seus “quatro pecados capitais”<sup>6</sup>. Esses pecados afetam, particularmente, as duas grandes economias do sistema, Argentina e Brasil, e podem ser enumerados da seguinte forma: (1) excessiva dependência do mercado financeiro internacional; (2) deficiente integração social doméstica; (3) assimetria das estratégias nacionais e (4) divergências na inserção internacional.

Mercosul, por outro lado, constitui um sistema insuficientemente amplo para assegurar, satisfatoriamente, a mais longo prazo, os interesses internacionais de seus participantes. Importaria, no que se refere ao próprio sistema, a ele incorporar alguns outros países sul-americanos, notadamente Chile e Bolívia, a ele já associados e Venezuela, que demonstra interesse em nele ingressar. Importaria, adicionalmente, ajustar com o Pacto Andino um sistema sul-americano de cooperação econômica e política, que gerasse no continente uma área de livre comércio para os respectivos países.

No que se refere aos “pecados capitais” assinalados por Aldo Ferrer importa indicar, muito brevemente, em que consistem os mesmos. A excessiva dependência do mercado financeiro internacional representa a principal limitação estrutural do eixo Argentina-Brasil. Em ambos os países sua balança comercial não gera suficiente saldos para arcar com seus débitos em transações internacionais, decorrente do serviço da dívida, remessa de lucros e outros itens. Daí resulta, para a Argentina, um déficit anual, em seu balanço de pagamentos, da ordem de US\$15 bilhões e, para o Brasil, da ordem de US\$25 bilhões. Para cobrir esses déficits ambos os países dependem do ingresso anual de capitais estrangeiros por não menores

montantes, lhes gerando uma dependência estrutural do mercado financeiro internacional.

A margem de pobreza e de exclusão social, significativa no caso da Argentina, assume proporções alarmantes no caso do Brasil, afetando cerca de 30% de sua população. Enquanto não for corrigida essa grave deficiência, esses países, notadamente o Brasil, padecem de insuficiente margem de integração social, com decorrente debilitação de seu poder nacional.

Mais graves, a curto e médio prazos, são as duas outras limitações apontadas por Ferrer. No que se refere às assimetrias nas respectivas estratégias nacionais, Ferrer mostra como graves inconsistências na orientação econômica da Argentina, nos últimos vinte anos, a levaram, por insensatas motivações ideológicas (caso típico de Martínez de Hoz) a sacrificar seu parque industrial, convertendo o país num produtor de produtos agropastoris e de petróleo, enquanto o Brasil manteve e expandiu sua capacidade industrial. Daí importantes desequilíbrios qualitativos nas relações de troca entre Argentina e Brasil.

No que se refere à respectiva inserção internacional, Ferrer salienta o fato de que em ambos os países, mas notadamente no caso da Argentina, importantes setores da opinião pública e, decorrentemente, das forças políticas, aceitam os princípios neoliberais como indeclináveis normas econômicas. Como decorrência da aceitação passiva do jogo do mercado internacional e da renúncia a uma deliberada intervenção do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e preservação de sua autonomia interna, o país fica à mercê das forças internacionais e perde capacidade decisória.

<sup>6</sup> “Cf. Aldo Ferrer, “Argentina-Brasil, Mercosul e Integração Sul-Americana” in *Política Externa*, Vol. 9, N. 2, setembro, outubro, novembro, dezembro, pgs. 5-17.

A situação descrita por Ferrer se reveste de extrema gravidade. Como se discutirá subseqüentemente, Argentina e Brasil não dispõem, historicamente, para consolidar Mercosul, do tempo necessário para que, previamente, corrijam os “quatro pecados” mencionados por Ferrer, notadamente no que se refere à superação, necessariamente lenta, de seus coeficientes de pobreza e exclusão social. A consolidação de Mercosul constitui uma tarefa extremamente urgente e absolutamente indispensável para a sobrevivência nacional dos países membros. Importa assim, entre outras medidas, que Argentina e Brasil procedam, prontamente, a uma ampla discussão dos problemas com que se defronta seu relacionamento em Mercosul, independentemente do que estipulem os tratados e sim levando em conta a absoluta necessidade, para a sobrevivência de ambos, de encontrar um ajuste durável para o equilíbrio de suas transações. Mais do que um importante mercado sub-regional, Mercosul é para os participantes seu passaporte para a história.

### 3. Requisitos de Viabilidade

#### Aspecto geral

O quadro internacional precedente indicado, bem como o acelerado processo de globalização em marcha, com seus decorrentes efeitos, revelam, de forma irretorquível, a absoluta necessidade de se manter, consolidar e expandir Mercosul. Mais do que um importante mercado comum, Mercosul é a condição necessária de possibilidade de sobrevivência histórica dos países que o integram.

Face a tal situação, os problemas com que presentemente se defronta Mercosul não podem ser tratados topicamente, ou meramente

em função dos convênios em vigor, mas sim tendo em vista a possível otimização de Mercosul para todos os seus membros. Mercosul só poderá resistir às sérias pressões a que já está submetido e às, ainda mais graves, que decorrem do projeto americano de ALCA se, por um lado, sua relevância não apenas econômica mas política e histórica, for plenamente reconhecida por todos os países membros, incluído o imperativo, por parte de Mercosul, de se recusar à constituição de uma área de livre comércio nas Américas, como propõe o projeto ALCA, a qual, eliminando a tarifa comum de Mercosul, decorrentemente também eliminaria Mercosul. Por outro lado, para que os participantes de Mercosul se aferrem na defesa e preservação deste é indispensável que resulte inequívoco, para cada um deles, que sair de Mercosul ou permitir a eliminação deste constitui uma opção muito pior do que a de permanecer em Mercosul e sustentar sua consolidação e expansão.

Em termos substantivos, há três questões fundamentais em jogo. A primeira consiste em se estudar as condições de que dependa a possível otimização do relacionamento argentino-brasileiro, no âmbito de Mercosul. A segunda consiste em se empreender um exercício semelhante, no tocante ao relacionamento do Paraguai e Uruguai com os dois sócios maiores. A terceira questão fundamental se relaciona com a ampliação de Mercosul, tanto no referente à formal incorporação, a este, dos três países sul-americanos qualificados para integrá-lo e propensos a fazê-lo Bolívia, Chile e Venezuela — quanto, de forma mais lata, no sentido de se ajustar, com o Pacto Andino, assim incluídos os países que não se tenham integrado em Mercosul, um acordo de livre comércio sul-americano. Acordo este que seria uma alternativa excludente de ALCA.

### Optimização possível

A possível otimização do relacionamento Argentina-Brasil depende de uma objetiva e equitativa análise dos fatores que inibem a capacidade exportadora da Argentina, tendo-se em vista, como objetivo final, lograr-se um satisfatório equilíbrio no intercâmbio entre ambos os países e se adotar um regime que estimule “joint ventures” e investimentos em setores menos desenvolvidos, que se revistam, se modernizados, de perspectivas de competitividade.

No que se refere aos problemas tópicos, a matéria não comporta prescrições antecipadas, dependendo de cada caso. Importa, apenas, a necessidade, por parte do Brasil, de partir de uma posição de abertura, que favoreça soluções positivas, ainda que o Brasil deva arcar, por certo prazo, com ônus que resultem de temporário favorecimento de alguns setores argentinos.

O problema mais grave, entretanto, é o que decorra da rigidez cambial argentina, fixando uma paridade que sobrevaloriza, em algo da ordem de 30%, o peso argentino, assim severamente limitando sua capacidade exportadora. A dificuldade principal, no caso, decorre, como é sabido, do fato de que uma altíssima percentagem da dívida interna argentina está fixada em dólares, com a consequência de que uma realista desvalorização do peso se tornaria insuportável para os devedores domésticos. Ante a dupla inviabilidade de se conservar a atual paridade e de se desvalorizar o peso, impõe-se a necessidade de uma solução extremamente engenhosa. É provável que a única solução possível seja a adoção pela Argentina, ainda que temporariamente, de um regime de câmbio múltiplo. Manter, para transações financeiras, a paridade do peso com o dólar e desvalorizar, real isticamente, o peso, para as transações de comércio exterior.

O relacionamento de Paraguai e Uruguai com os sócios maiores requer, ademais de outras providências, medidas que tomem ambos os países solidários com as exportações efetuadas pelos demais. Tal medida traria, adicionalmente, importantes benefícios para Argentina e Brasil. Entre as possíveis modalidades de se operacionalizar essa solidariedade, uma das mais práticas e, possivelmente, a mais vantajosa, consiste na criação de grandes “tradings” exportadores de Mercosul, de que sejam sócios, segundo um apropriado regime de proporcionalidade, os quatro (e futuramente os demais) membros de Mercosul. A criação de tais “tradings”, adicionalmente à questão da solidariedade, é um imperativo para dinamizar a exportação por Mercosul, para o restante do mundo, de produtos de maior valor agregado. Esse sistema teria a vantagem de converter todo o território de Mercosul em uma grande plataforma comum de exportações, em que todos os participantes teriam algo a ganhar com exportações procedentes do território de qualquer um deles.

A terceira importante questão em jogo, como precedentemente se mencionou, é a ampliação de Mercosul. Essa questão compreende dois distintos aspectos, um relacionado com a incorporação, a Mercosul, de países como Bolívia, Chile e Venezuela. Outro consiste na adoção de um regime de livre comércio na América do Sul entre os países desse Mercosul ampliado e os remanescentes do Pacto Andino. Mercosul é o núcleo duro de um sistema econômico sul-americano. O regime de livre comércio, como alternativa excludente de ALCA, permitirá que países de capacidade econômica não excessivamente diferenciada se beneficiem da ampliação de seus mercados. Por outro lado, na medida em que satisfaçam os requisitos apropriados, os países que permaneçam no Pacto Andino poderão, se lhes interessar, ingressar futuramente em Mercosul. Este, a longo prazo, tenderá a englobar todos os países sul-americanos, integrando, com



NAFTA e a U.E. o grupo dos grandes mercados regionais do mundo.

A constituição de uma área sul-americana de livre comércio, na forma precedentemente indicada, representa uma vantajosa alternativa ao projeto ALCA. Com efeito, este, colocando sob o mesmo regime de livre comércio a mais competitiva economia do mundo com as subcompetitivas economias do sul, forçaria estas a se reduzirem à produção de matérias primas e produtos de baixo valor agregado, enquanto as grandes multinacionais americanas ocupariam todo o espaço dos produtos e serviços de mais alta tecnologia. Diversamente, uma área sul-americana de livre comércio abriria os mercados da região à competição de empresas de semelhante nível de competitividade. Facilitaria, igualmente, observadas apropriadas medidas cautelatórias, um grande acordo de livre comércio com a União Européia, cujo nível médio de competitividade se aproxima, muito mais que o americano, do nível das empresas sul-americanas.

### Institucionalização

O problema da conveniente institucionalização de Mercosul, precedentemente abordado, só parece comportar uma solução apropriada, na amplitude requerida para o caso, mediante a ampliação de Mercosul. A agregação de Bolívia, Chile e Venezuela permitiria compensar o excessivo peso relativo do Brasil dentro do sistema, viabilizando a adoção de critérios de proporcionalidade, na formação dos órgãos supranacionais. A futura incorporação de outros países sul-americanos facilitaria, ainda mais, a questão da proporcionalidade. É certo que a ampliação do número de participantes torna mais complexa a adoção de deliberações comuns. O caso da União Européia, entretanto, contando com o complicador de distintos idiomas, que a quase identidade português-espanhol não apresenta, mostra como é possível, mediante apropriado regime institucional, operar um coletivo em relação ao qual o sistema sul-americano teria bem menor número de participantes.

## O Co-Seguro no Direito Brasileiro: Entre a Fragilidade da Prática e a Necessidade de Reconstrução Positiva do Instituto<sup>1</sup>

*Dra. Judith Martins-Costa<sup>2</sup>*

Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito da UFRGS;  
Doutora em Direito na Universidade de São Paulo. Advogada

### SUMÁRIO:

#### INTRODUÇÃO

##### I - As fragilidades da prática

- A) O "paradoxo brasileiro": da inexistência de verdadeiro co-seguro;
- B) As normas incidentes.

##### II - As conseqüências, para a prática, da inserção, no novo Código Civil brasileiro, de regra específica, e da incidência do Código de Defesa do Consumidor

- A) O co-seguro frente às diretrizes fundamentais do novo Código;
- B) Co-seguro e relação jurídica de consumo. Conclusão.

### Introdução

O co-seguro constitui operação econômico-jurídica pela qual várias empresas de seguros, conjuntamente, e sem que entre elas haja solidariedade<sup>3</sup>, assumem determinado risco, mediante um contrato de seguro único<sup>4</sup>, com as mesmas garantias e período de duração e com um prêmio global. Assim afirma a legislação

estrangeira<sup>5</sup>, assim leciona a doutrina<sup>6</sup>, que o distingue claramente da hipótese de pluralidade de seguros e do resseguro, seja pelo critério das distintas finalidades desses institutos, seja pela análise da operação econômica subjacente, seja pelo exame da relação estabelecida entre as empresas seguradoras e a parte segurada.

<sup>1</sup> Texto apresentado ao II Fórum de Direito Do Seguro "José Sollero Filho", promovido pelo IBDS, Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, Porto Alegre, novembro de 2001. Agradeço ao Professor Doutor Paulo TOLEDO PIZA, 1º Vice -Presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro a disponibilidade e o profícuo "diálogo". Aos meus orientandos Tatiana de OLIVEIRA DRUCK, do Programa de Pós-Graduação - Mestrado e Felipe TEIXEIRA NETO, do Programa de Iniciação Científica, ambos da Faculdade de Direito da UFRGS, sou grata pelo auxílio na pesquisa doutrinária e jurisprudencial

<sup>2</sup> Judithmc@plug-in.com.br

<sup>3</sup> Acerca da existência ou não de solidariedade em razão da prática brasileira do co-seguro veja-se, adiante, a segunda parte.

<sup>4</sup> Sobre a unicidade do contrato veja-se MUNÓZ PAREDES, José Maria, *El coaseguro tradicional y la práctica contemporánea: cuestiones fundamentales del coaseguro moderno*, Anais do II Forum de Direito do Seguro José Sollero Filho, Porto Alegre, novembro de 2001.

<sup>5</sup> A definição ora posta funda-se na legislação portuguesa, DL 94-B/98, de 17 de abril, art. 132. Vejam-se as observações de VASQUES, José, *Contrato de Seguro*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p.51 e ss, com referências à legislação e doutrina européias.

<sup>6</sup> VASQUES, José, *Contrato de Seguro* e MUNÓZ PAREDES, José Maria, *El coaseguro tradicional y la práctica contemporánea: cuestiones fundamentales del coaseguro moderno*, ambos já citados.

Relembramos: no caso de pluralidade de seguros pelo mesmo risco, o segurado contrata, separadamente, com dois ou mais seguradores. Há, portanto, dois ou mais contratos totalmente independentes, sujeitando-se o segurado que quiser celebrá-los tão só ao princípio indenitário do art. 1.437, primeira parte, do Código Civil, segundo o qual “*não se pode segurar uma coisa por mais do que valha, nem pelo seu todo mais de uma vez*”. Não há nenhuma relação a vincular as distintas seguradoras, os vínculos só sendo formados entre cada uma delas e o segurado, apartadamente.

Já o resseguro, como comumente se afirma, é o “seguro do seguro”. Seu objetivo é reforçar, por outrem – a empresa resseguradora –, a posição do segurador, sendo por isto instrumentalizado por um contrato que não se confunde com aquele celebrado entre o segurador e o segurado. O segurador cede, total ou parcialmente, os riscos assumidos, os riscos de determinados tipos, ou o que excede determinado limite valor dos riscos que assegurou a um outro segurador, chamado “ressegurador”<sup>7</sup>. Importa, pois, numa dupla operação, que requer dois contratos distintos e independentes, conduzindo a um duplo e inconfundível feixe de relações diretas, a que se estabelece entre a seguradora e o segurado, e a que se estabelece entre a seguradora e a empresa de resseguro, apenas indiretamente sendo estabelecida relação entre a empresa de resseguro e o segurado<sup>8</sup>.

Diferentemente, o co-seguro importa, como já se disse, num único contrato. Sua finalidade é fragmentar ou diluir horizontalmente os riscos<sup>9</sup>, de modo que, estruturalmente, observa-se a vinculação

entre um “pólo segurador” formado por várias empresas seguradoras, e um “pólo segurado”, onde está o credor do seguro ou o seu beneficiário. A sua principal característica está em que o risco é garantido conjuntamente por todos os integrantes desse “pólo segurador”, embora cada qual assuma, no que diz com os aspectos financeiros da operação econômica, uma parte dele.

Bem se vê, desde já, que esta operação, embora juridicamente una, é, porém, altamente complexa, importando distintos feixes de relações jurídicas das quais decorrem também distintos efeitos. Como explica com clareza José Maria Muñoz Paredes<sup>10</sup>, o co-seguro está assentado numa estrutura contratual peculiar: muito embora as companhias co-seguradoras dividam o pagamento da indenização, quando ocorrido o sinistro cada uma delas assume o risco por inteiro. Assim sendo, o elemento característico do co-seguro é que “*el consentimiento otorgado por los coaseguradores no se limita a la asunción de una cota, sino a sumir esse riesgo colaborando con otras compañías, que es, a su vez, asumido por el tomador*”<sup>11</sup>.

Portanto, muito embora exista no co-seguro, correntemente, uma “empresa líder” há uma atuação conjunta de cada uma e de todas as co-seguradoras frente ao risco: para esse específico efeito – que é também a finalidade precípua e a própria função social da operação jurídica denominada “seguro” – não se tem como asseguradas várias “quotas de risco”. Em consequência, como afirma a mais atualizada doutrina européia, ao segurado não são oferecidas várias “coberturas parciais”, mas uma cobertura completa<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Nesse sentido MELLO FRANCO, Vera Helena de, *Lições de Direito Securitário – Seguros Terrestres Privados*, São Paulo, Maltese, 1993, p. 123.

<sup>8</sup> Assim o art. 68 § 3º do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966.

<sup>9</sup> ALVIM, Pedro, *O Contrato de Seguro*, Rio de Janeiro, Forense, 3a. edição, 2001, p. 349.

<sup>10</sup> MUNÓZ PAREDES, José Maria, *El coaseguro tradicional y la práctica contemporánea: cuestiones fundamentales del coaseguro moderno*, Anais do II Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho, Porto Alegre, novembro de 2001.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Assim, MUNÓZ PAREDES, op. cit.

Ora, pela mera indicação desses dados, é possível perceber, com facilidade, que o co-seguro não prescinde de uma certa regulamentação, legal, administrativa ou contratual, que indique a possibilidade de resposta a certas questões fundamentais: havendo várias seguradoras, deve haver uma ou várias apólices? Se uma das co-seguradoras não recebe a sua quota do prêmio, estará obrigada, no caso de sinistro, a cobrir a indenização? Se não há solidariedade entre as empresas co-seguradoras, assim não estatuidando a lei nem o contrato, como obrigar a empresa líder a pagar pelo todo, como já decidiu a nossa jurisprudência<sup>13</sup>? Qual é o fundamento e quais são os limites do poder de representação da empresa líder, em relação às lideradas, e quais são os deveres que daí defluem? No caso de liquidação ou cessação das atividades de determinada co-seguradora, quem garante a integralidade da indenização ao segurado ou beneficiário? Como opera a representação em juízo?

Esse arrolamento de questões, que está longe de esgotar a imensa gama de litígios passíveis de decorrerem de uma relação de co-seguro, permite mesmo assim perspectivar as dificuldades que apresenta a nossa realidade, tangível e urgente: enfrentamos, no Brasil, o que chamo de “paradoxo do co-seguro”: comparativamente com a realidade de outros países ele existe e não existe, a prática o apresenta com diferenças notáveis face ao modelo doutrinário e legal que secularmente o tem moldado na experiência do Direito Comparado. Examinar esse paradoxo é o objeto da primeira parte de minha exposição. Na

segunda parte pretendo sinalizar alguns caminhos para a regulação positiva do co-seguro, à vista das diretrizes fundamentais do novo Código Civil e dos princípios e regras informadores da tutela ao consumidor.

## I - As fragilidades da prática

A prática brasileira do co-seguro apresenta fragilidades que comprometem esse modelo tanto no que diz respeito à relação entre as empresas co-seguradoras quanto à proteção do segurado ou beneficiário. Essas fragilidades constituem o seu paradoxo (A). A parca normativa incidente deve também ser indicada (B).

### A) O “paradoxo brasileiro”: da inexistência de verdadeiro co-seguro.

O seguro, como experiência cultural, como prática social e como modelo jurídico, deriva de uma concepção de vida comunitária assentada na solidariedade social. Essa expressão, dotada de amplíssima vagueza semântica, traduz, no nível mínimo, categoria social que exprime uma forma de conduta correspondente às exigências de convivência de toda e qualquer comunidade que se queira como tal, implicando a superação de uma visão meramente individualista do papel de cada um dos seus singulares membros e assim configurando elemento de coesão da estrutura social<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> STJ, RE RESP nº 66.305 – Paraná, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, j. em 10.08.99.

<sup>14</sup> Assim exprime UDA, Giovanni Maria, *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corresponsabilità delle prestazioni*, Rivista di Diritto Commerciale, 1990, 5-6, p.332.

Entre nós, essa categoria social (e igualmente ética e política) é apreendida pelo Direito na Constituição Federal<sup>15</sup>, indicando em linhas gerais, a exigência de evitar, ou ao menos de reduzir, a conflitualidade social mediante a superação da visão estreitamente egoística do Direito que foi inaugurada pelo paradigma do Direito Moderno, tributário das concepções iluministas acerca do **indivíduo**, etimologicamente o *in-dividuus*, o que não pode ser dividido, designando o que hoje entendemos por “átomo”.

Como é por todos sabido, essas concepções foram fixadas, positivamente, nos Códigos oitocentistas, assentados no poder da vontade individual. Por isto é que os vigentes entendimentos que tendem a ultrapassar (ou, ao menos, a minimizar) o individualismo, conduzem a que, hoje, a solidariedade social torne-se exigência ético-jurídica de tipo político, cujo papel é o de desenvolver “*uma função de endereço político acerca do funcionamento do próprio ordenamento jurídico*”<sup>16</sup>.

As categorias políticas e jurídicas não são dissociáveis, no entanto, do *ethos*, isto é, da forma de ser, perceber e estar no mundo de determinada sociedade e da cultura que a anima e vivifica. Quando certa sociedade se tem, a si mesma, como **comunidade**, isto é, como conjunto de seres entrelaçados por relações de mútua

colaboração, assumindo deveres que transpassam a esfera interindividual para operarem numa esfera “naturalmente” associativa de vida, certas formas jurídicas florescem e têm maximizados o seu sentido e operacionalidade.

Não por acaso o co-seguro nasce, na prática das aventuras comerciais marítimas do Medievo europeu, no qual foi moldado um “planeta jurídico” – para usar a expressão de Paolo Grossi<sup>17</sup> – firmemente atado à experiência prática comunitária, que foi, no *Medioevo* mediterrâneo<sup>18</sup>, tão paradigmática como foi, na Modernidade, o individualismo. E se toda a experiência comunitária implica, basicamente, **confiança e de colaboração**, também não por acaso o co-seguro configura, desde a sua origem, numa forma de colaboração empresarial, tendo em vista, contudo, uma mesma e única finalidade: assegurar a uma determinada “parte” a cobertura de riscos em regra vultosos, mediante a associação de vários seguradores que, responsabilizando-se cada qual por sua “quota” de indenização, assumiam, contudo, a integralidade do risco contratado.

Não por acaso, igualmente, essa concepção do co-seguro, e sua regulamentação, contratual, administrativa e legal, manifesta-se hoje no Direito Positivo daqueles lugares do mundo onde é ainda forte o sentido comunitário,

<sup>15</sup> Constituição Federal, art. III, inciso I, que fixa como “princípio fundamental”, entre os “objetivos fundamentais da República”(art. 3º, *caput*) o de “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”. Acerca da possível operatividade da diretriz constitucional da solidariedade social no campo do Direito das Obrigações escrevi em *Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo*, ensaio integrante da obra *A Reconstrução do Direito Privado – Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. org. MARTINS-COSTA, Judith, Ed. Revista dos Tribunais, no prelo.

<sup>16</sup> UDA, G. M., op. cit., p. 333.

<sup>17</sup> GROSSI, Paolo, *L’Ordine Giuridica Medievale*, Bari, LATERZA, 1996.

<sup>18</sup> Foram os mercadores medievais italianos dos grandes portos, como Gênova e Veneza, principalmente, que elaboraram os primeiros contratos de seguro. Em 1378, em Toulouse, nasceu a primeira sociedade comercial de responsabilidade limitada, a do *Moulins de Bazacle*, e foi em Gênova que se viu formar, em 1424, a primeira companhia de seguros de transportes terrestres e marítimos. Na mesma época, em Barcelona, editou-se “*Las capitulas de Barcelona*”, consideradas a primeira consolidação legislativa do direito de seguros, que, traduzidas do catalão para o castelhano, o italiano, o francês e o alemão, influenciaram longamente o direito europeu dos seguros (para estas notas, consultei BEIGNER, Bernard, *Droit du contrat d’assurance*, Paris, PUF, 1999, p. 14 e 15).

notadamente a Itália, a França, a Alemanha, a Espanha, Portugal tendo, já em 30 de maio de 1978, a então chamada Comunidade Econômica Européia (hoje, União Européia) editado sobre o tema a Diretiva 78/473/CEE<sup>19</sup>.

E não por acaso, finalmente, o co-seguro encontra resistências, acomodações e lacunas entre nós, que não tivemos, em nossas origens históricas, a profunda vivência da experiência comunitária que se desenhou no Medievo europeu; que recebemos, sem mediações históricas importantes, o individualismo moderno em sua plena força.

Nossa concepção extremamente individualista da vida social, provocando “temperamentos” na concretização de um contrato tão fortemente ancorado numa concepção comunitária, transindividual, como

é o contrato de co-seguro, pode dar pistas para compreender essas acomodações que a prática da operação apresenta, bem como a incompreensível carência de regulamentação na matéria. Essa mesma ausência de uma normativa legal que surpreendeu Munõz Paredes e o faz propugnar, muito acertadamente, pela “*mediata*” *correção do problema*”<sup>20</sup>, assim como surpreende a qualquer teórico que, antes de examinar a questão na prática brasileira, aproximar-se do co-seguro pela via doutrinária do Direito Comparado. Explica, também, o verdadeiro diálogo de surdos, nesse campo, entre a escassa doutrina e a pontual jurisprudência que, para avaliar e julgar a matéria posta a julgamento conta tão só com o fato “bruto” e, portanto, encontra dificuldades para qualificá-lo de forma relativamente unânime, impossibilitando, assim, também a construção

<sup>19</sup> Assim dispõe o art. 2º da Diretiva: *1. As operações de co-seguro comunitário, a que se refere a presente Directiva, são apenas aquelas que satisfaçam as seguintes condições: a) o risco, nos termos do nº 1 do art. 1º, esteja coberto por várias empresas de seguros, a seguir denominadas “co-seguradoras”, das quais uma seja líder, sem que haja solidariedade entre elas, através de um contrato único, com um prêmio global e com a mesma duração; b) este risco esteja situado na Comunidade; c) para garantir este risco, a líder esteja autorizada, nas condições previstas na Primeira Directiva de Coordenação, isto é, que seja tratada como se fosse uma seguradora que cobrisse a totalidade do risco; d) pelo menos uma das co-seguradoras participe no contrato através de sua sede ou através de uma agência ou sucursal estabelecida noutro Estado-membro que não seja o da líder; e) a líder assuma plenamente o papel que lhe cabe na prática do co-seguro, determinando, nomeadamente, as condições do seguro e de tarificação”.*

<sup>20</sup> Veja-se a observação no estudo citado, in verbis: “*La cláusula de coaseguro es una constante en la práctica de todos los países, tanto si se emite una sola póliza o tantas como compañías, y por ello me ha extrañado sobremanera el conocer, por los datos que tan amablemente me han facilitado y la jurisprudencia que he leído, que las pólizas brasileñas, por lo común, no incorporan una cláusula similar, que las pocas que lo hacen apenas definen las atribuciones de la líder y que, en ocasiones, ni siquiera figura en la misma el cuadro de coaseguro con las respectivas participaciones, que es comunicado a posteriori al tomador. Este silencio de los contratos, agravado por la falta de una normativa legal, dará lugar a innumerables problemas y debe ser corregido de manera inmediata”.*

de um modelo jurisprudencial<sup>21</sup>.

Advogado especializado na prática do Direito Securitário, e também teórico e doutrinador na matéria, Paulo Toledo Piza informa que as apólices, no Brasil, “*muito raramente fazem referência ou contém cláusulas sobre co-seguro*”<sup>22</sup>. Esse advogado, 1º vice-presidente do IBDS, conquanto a sua rica experiência prática, afirma taxativamente que apenas uma vez viu uma cláusula nesse sentido, em apólice de seguro de vida em grupo, estipulada com a seguinte redação:

## Co-seguro

*Este seguro foi contratado com emissão de Apólice Única, tendo esta Seguradora, na qualidade de Líder, efetuado em seus registros oficiais o lançamento completo da operação, por si e pelas Co-seguradoras, que assumem,*

*direta e individualmente, a responsabilidade que lhes couber até a respectiva importância máxima de sua participação.*

Trata-se de exceção: nosso costume é somente o de apresentar ao segurado, no frontispício da apólice, a distribuição do co-seguro entre a várias companhias asseguradoras, sem que haja, no contrato, nenhuma disposição sequer equivalente a uma regra. Muitas vezes o segurado não tem sequer ciência da existência do co-seguro!

Se os contratos nada contêm, se não existe sequer a regulamentação por meio das chamadas “condições gerais do negócio”, por outro lado, do ponto de vista da regulamentação administrativa, o IRB Brasil Resseguros S.A, entidade a qual compete editar normas sobre a regulamentação do co-seguro ainda não formulou diretiva geral que pudesse incidir nos particulares contratos com eficácia

<sup>21</sup> Para a compreensão da expressão “modelo jurídico jurisprudencial” utilizo a concepção de REALE, Miguel, que ao examinar o fenômeno da normatividade percebeu que as normas jurídicas, provindas das quatro fontes às quais são reconhecidos os atributos da autoridade e da prescritividade — a saber, a fonte legislativa, a jurisprudencial, a consuetudinária e a negocial — podem apresentar-se como modelos, vale dizer, como “*estruturas normativas que ordenam fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas conseqüências*”. Os modelos jurisprudenciais incluem-se entre os modelos jurídicos ou prescritivos, os quais não são o mesmo que normas: constituem suas especificações, geralmente resultando de uma pluralidade de normas que, entre si articuladas numa certa estrutura, compõem uma unidade lógica de sentido. Correspondentes, no plano jurídico, às estruturas normativas verificadas nas estruturas sociais, os modelos são constantemente construídos pela experiência jurídica, distinguindo-se entre “modelos jurídicos”, dotados de eficácia prescritiva, eis que provenientes das quatro fontes de produção jurídica, e os modelos dogmáticos, ou hermenêuticos, cuja elaboração é doutrinária e cuja força é indicativa, argumentativa ou persuasiva. (Veja-se, de REALE, **Fontes e Modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico**, São Paulo, Saraiva, 1994, e, *Para uma teoria dos modelos jurídicos*, in **Estudos de Filosofia e de Ciência do Direito**, São Paulo, 1978. Escrevi sobre o tema in *A Boa-Fé como Modelo – uma aplicação da Teoria dos Modelos*, de Miguel Reale, in **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**, São Paulo, Saraiva, no prelo).

<sup>22</sup> Conforme correspondência à autora em 29 de outubro de 2001.

supletiva<sup>23</sup>. Vejamos o que o Direito legislado hoje apresenta em tão importante tema.

## B) As normas incidentes

Ao tratar do seguro marítimo, o velho Código Comercial de 1850 dispõe no art. 668 que, “*sendo diversos os seguradores cada um deve declarar a quantia por que se obriga*”, determinando, outrossim seja a declaração datada e assinada. A regra fundamental está na

parte final do mesmo artigo, pelo qual “*na falta de declaração, a assinatura importa em responsabilidade solidária por todo o valor segurado*”. O texto ainda determina que, “*se um dos seguradores se obrigar por certa e determinada quantia os seguradores que depois dele assinarem sem declaração de quantia por que se obrigam, ficarão responsáveis cada um por outra igual soma*”.

A essas disposições em breve retornarei, cabendo assinalar, por ora, tão só o óbvio: trata-

<sup>23</sup> Recentemente, a após a redação e apresentação deste trabalho no II Fórum José Sollero Filho, o Conselho Nacional de Seguros Privado – CNSP, órgão executivo, vinculado ao Ministério da Fazenda, editou, em 3 de dezembro de 2001, a **Resolução CNSP nº 68, de 2001** que “estabelece regras e critérios para a operação de seguro denominada cosseguro, na hipótese de que trata o art. 32, inciso VIII, do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966”. Por esse ato administrativo, definiu-se, no art. 2º: “I - cláusula de seguradora líder - é a cláusula da apólice que nomeia a seguradora líder; II - cosseguro - operação de seguro em que duas ou mais seguradoras, com anuência do segurado, distribuem, percentualmente, os riscos de determinada apólice, sem solidariedade; III - comissão de cosseguro - é a comissão que pode ser paga à seguradora líder, pelas demais seguradoras, pela administração e operação da apólice; e IV - seguradora líder - é a seguradora que compartilha o mesmo risco com uma ou mais seguradoras, ficando incumbida da administração e operação da apólice” No art. 3º regrou-se o co-seguro, determinando: “Art. 3º Não existe responsabilidade solidária entre sociedades seguradoras nas operações de cosseguro”, vedando-se, no art. 4º, “operação de cosseguro com participação de seguradora sem assunção de responsabilidade”. Também, no art. 5º vedou-se a realização de cosseguro nos seguintes seguros: “I - seguro habitacional do Sistema Financeiro da Habitação - SFH; e II - seguro DPVAT administrado pelo convênio específico.” Em ítem elogiável, ocupou-se a Resolução em impor o dever de informar, preceituando: “Art. 6º No frontispício da apólice, do certificado de seguro, da proposta, do cartão-proposta e em quaisquer materiais promocionais do cosseguro, deverá constar o nome de todas as seguradoras participantes e, por extenso, os respectivos limites de responsabilidade máxima assumida. Parágrafo único. Na hipótese de que a quantidade de seguradoras venha a inviabilizar a menção das informações na forma de que trata o “caput”, a seguradora líder deverá registrar, de forma clara, legível, precisa e identificável, a existência das demais seguradoras no frontispício destes documentos, com referência expressa à parte em que todas as participantes do risco e respectivas responsabilidades estão perfeitamente identificadas.” Fixou ainda, no art. 7º, o conteúdo obrigatório mínimo da apólice, a qual “deverá conter, entre outras, cláusulas específicas dispostas sobre: I - a seguradora líder e suas atribuições; e II - a inexistência de responsabilidade solidária entre as sociedades seguradoras”. Por sua vez, a **Resolução CNSP nº 71/ 2001** da mesma SUSEP, e da mesma data, ao dispor sobre Limite de Retenção de Grupo, determinou: Art. 1º A aplicação do limite de retenção de grupo atenderá ao disposto nesta Resolução e se processará na forma das instruções que forem baixadas pelo IRB-Brasil Resseguros S.A”, ocupando-se em definir, no art. 2º, como segue: “Para fins desta Resolução considera-se: I - cosseguro obrigatório - operação de cosseguro obrigatoriamente realizada entre seguradoras vinculadas; II - cosseguro facultativo - operação de cosseguro em que a seguradora líder não seja uma seguradora vinculada; III - risco isolado - objeto ou conjunto de objetos de seguro que possam ser atingidos por um mesmo evento, em caso de eventual sinistro; e IV - seguradora vinculada - a seguradora que controle ou seja controlada direta ou indiretamente por outras, ou, ainda, aquelas que estejam sob controle comum, direto ou indireto, ainda que não exercido por seguradora”. Ao estabelecer o Limite de Retenção de Grupo, editou: “Art. 3º A seguradora que mantenha vínculo com sociedades congêneres somente terá cobertura automática de resseguro de excedente de responsabilidade se, da respectiva apólice, participarem em cosseguro todas as seguradoras a ela vinculadas que operem no mesmo ramo, cada qual com quota não inferior à respectiva capacidade de retenção. § 1º A concessão de resseguro facultativo, a critério do ressegurador, poderá ser condicionada à exigência de retenção mínima por todas as seguradoras vinculadas entre si, que operem no mesmo ramo da respectiva apólice. § 2º O disposto neste artigo não se aplica às operações de cosseguro facultativo, conforme definição contida no art. 2º”.

se de norma dirigida à regulação de um específico setor, o do seguro marítimo. Em termos de normas gerais, aplicáveis a quaisquer casos de co-seguro, o que se tem, objetivamente, é bem menos substancial: o art. 4º do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que preceitua integrar-se no “sistema do seguro” o co-seguro, o resseguro e retrocessão, “*por forma a pulverizar os riscos e fortalecer as relações econômicas do mercado*”; o art. 32, inciso VIII, que atribui ao Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) a competência para disciplinar as operações de co-seguro, nas hipóteses que refere; os artigos 42 e 44, inciso I, que atribuem ao IRB (antigo Instituto de Resseguros do Brasil, hoje denominado IRB- Brasil Resseguros S.A) a competência para regular o co-seguro segundo as diretrizes do CNSP e aplicar penalidades às sociedades seguradoras por infrações cometidas na qualidade de co-seguradoras; o art. 79, § 1º, que determina sejam as sociedades seguradoras obrigadas a ressegurar no IBR a quota que for fixada pelo CNSP; o art. 80, que estatui devam obedecer, as operações de co-seguro, aos critérios fixados pelo CNSP “*quanto à obrigatoriedade e normas técnicas*”; o art. 88, meramente reiterativo de regras anteriores, para determinar que as sociedades seguradoras obedçam às normas e instruções da SUSEP e do IRB também sobre operações de co-seguro; e o art. 113, que prevê a aplicação de penalidade às pessoas físicas ou jurídicas que realizarem operações de co-seguro ou resseguro sem a devida autorização<sup>24</sup>.

Como se vê, a normativa da legislação securitária, salvo a do Código Comercial relativa

aos seguros marítimos, não contém regras de fundo, tão só escassas regras de procedimento, em caso de infração, e normas atributivas do dever e da competência do CNSP, SUSEP e IRB para efetivamente regular o co-seguro, as quais, todavia, ao longo do tempo não vinham sendo editadas de forma sistemática<sup>25</sup>. De qualquer forma, as regras que edita, sendo emanadas por órgão vinculado ao Poder Executivo, têm caráter de atos administrativos, constituem, efetivamente, atos administrativos, devendo ser entendidos, e obrigar, no limite da competência **regulatória** daqueles órgãos<sup>26</sup>.

No plano extra-estatal, a FENASEG (Federação Nacional de Seguradoras) editou “Convênio de Co-seguro”, com vigência desde 2 de março de 1995. Esse trata, fundamentalmente, das relações internas entre as seguradoras, até porque compete privativamente ao Governo Federal formular a política de seguros privados e legislar sobre as suas normas gerais, sendo do CNSP, do IRB e da SUSEP, como se viu, a competência para regular o co-seguro.

Este Convênio tem o mérito, contudo, de estabelecer normas para regulamentar o relacionamento técnico, administrativo e financeiro das seguradoras no tocante às operações de co-seguro que abrange (item 2), de determinar procedimentos para a aceitação, cessão e restituição do prêmio (item 3), editando ainda determinações acerca da comunicação dos sinistros, do pagamento antecipado da respectiva cota-parte e cota mínima de indenização (item 4) e da liquidação de valores (item 5), construindo, entre as co-seguradoras,

<sup>24</sup> Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966 - Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências.

<sup>25</sup> Vide nota nº 22.

<sup>26</sup> É de ser discutido se o Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966 confere àqueles órgãos uma competência “regulatória” ou meramente “regulamentar”, discussão, todavia, que não cabe nos limites deste estudo. Para estas distinções vide SUNDFELD, C. Ari (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros, 2000.

uma espécie de “pool” ou consórcio entre as empresas, sob a liderança de uma delas (item 3.3).

Não se tratando nem de longe de norma legal, nem mesmo administrativa, sua importância para a relativa disciplina do setor deve ser perspectivada e considerada pelo juiz por força (e nos limites) do art. 130, *caput*, do Código Comercial, que reconhece a força normativa dos usos e costumes. Pode, assim, ser tida como uma “cristalização organizativa” dos usos, que no novo Código Civil foram recebidos como indiscutível fonte de normatividade jurídica<sup>27</sup>. Contudo, na falta de normas legais que estruturam diretamente o tipo conforme os modelos que nos são fornecidos pelo Direito Comparado, como proceder? Qual é exatamente o “tipo co-seguro” que, **na experiência prática brasileira**, hoje efetivamente existente, se oferece à nossa qualificação?

Salvo no que concerne aos seguros marítimos, não temos normas que assinalem, por exemplo, o âmbito de aplicação do co-seguro e a extensão das responsabilidades das co-seguradoras; nada indica como se há de fazer a cobrança do prêmio, quais as formas e os limites do mandato outorgado à empresa líder, bem como os seus poderes, direitos, faculdades e

deveres; não sabemos quais são os deveres de todas as co-seguradoras em relação ao segurado ou ao beneficiário, nem a forma da representação em juízo, assim como não existem regras que detalhem o conteúdo da apólice<sup>28</sup>.

Ora, nesse quadro, há que se concordar integralmente com Toledo Piza quando afirma que o modelo que a prática brasileira indica comumente sob a denominação de “co-seguro” constitui, mais propriamente, um co-seguro anômalo, também dito “co-seguro administrativo” ou “co-seguro interno”, porque formado sem o conhecimento do segurado, configurando também instituto distinto da categoria do resseguro<sup>29</sup>.

Isto ocorre, afirma o autor, porque no mais das vezes, o segurador com que vem a contratar o segurado, acaba posteriormente, sem o conhecimento deste, por “distribuir” o risco em quotas-partes entre outras seguradoras<sup>30</sup>. Pedro Alvim já assinalara essa prática, ao indicar o co-seguro, na experiência brasileira, como “*um dos processos de pulverização de cobertura que os seguradores adotam segundo a sua conveniência, mas sem qualquer restrição*”<sup>31</sup>, sendo a escolha das demais co-seguradoras geralmente feita pela própria líder entre congêneres de sua confiança, sequer conhecendo o segurado quais sejam

<sup>27</sup> São frequentes as referências aos “usos”, às “circunstâncias do caso”, à “natureza da situação”, etc., v.g. os artigos 111, 113, 128, 326, 427, 429, 569, 596, 597, 615, 695, 699, 700, 724.

<sup>28</sup> Vide nota nº 22.

<sup>29</sup> TOLEDO PIZA, Paulo, *O Contrato de Resseguro: Tipologia, Formação e Direito Internacional*, tese de doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2001, inédita. Não teremos aí tipificada a figura do resseguro, na medida em que esse “*co-seguro administrativo ou interno não chega a entronizar, para a co-seguradora ou co-seguradoras a quem a líder “cede” quotas de risco (...) uma atividade ressecuritária*”, pois a cessão é feita sobre “*um interesse eminentemente segurável, e não sobre um interesse ressecurável*”, assinalando ainda o autor: “*ou seja, não se promovendo a cessão para a garantia da atividade securitária desenvolvida pela “seguradora líder, não se pode falar, exatamente, na existência de um interesse ressecurável, da parte desta, que se veja garantido por suas congêneres*”. Em sentido contrário, MUÑOZ PAREDES, op. cit.

<sup>30</sup> TOLEDO PIZA, op. cit.

<sup>31</sup> ALVIM, Pedro, op. cit., p. 352, grifos meus. Lembra porém ALVIM haver restrição no caso do seguro de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres, na forma da Lei nº 6.194/74, regulamentada pela Resolução CNSP nº 1, de 3.10.75, e alterada pela Lei nº 14.07.92, cujo art. 19 proíbe o co-seguro nas operações contratadas nessa modalidade de seguro.

essas<sup>32</sup>.

Omissa a legislação, desorganizado o setor e totalmente desprotegido o segurado, a jurisprudência colmatou a lacuna: neste caso, permite concluir decisão do STJ<sup>33</sup>, a responsabilidade é integralmente da empresa que contratou diretamente com o segurado e assumiu, assim, o papel de “líder”.

Essa posição aponta, com radicalidade, às diferenças entre o modelo advindo da prática brasileira e aquele posto na experiência estrangeira. Porém, no nosso quadro legislativo de carências e anomalias apresenta-se agora ao intérprete o novo Código Civil, ora no aguardo de sanção presidencial e que, promovendo a unificação das obrigações civis e comerciais, cuidou, ainda que parcamente, de sinalizar o tema. Cabe pois examinar a sua relevância nesse campo.

## II - As consequências, para a prática, da inserção no Novo Código Civil de regra específica, e da incidência do Código de Defesa do Consumidor

Em um único artigo específico, o novo Código Civil trata do co-seguro. A sua compre-

ensão não se pode dar desvinculadamente do que o Coordenador-Geral da Comissão Elaboradora do Anteprojeto, Professor Miguel Reale, chamou de “diretrizes fundamentais”, entre elas a sistematicidade, a eticidade e a socialidade<sup>34</sup>. (A). Refletindo-se a operação co-securitária em interesses de um pólo qualificado legalmente como “consumidor”, também incidem as normas da legislação protetiva (B).

### A) O co-seguro frente às diretrizes fundamentais do novo Código Civil

Dispõe o *caput* do art. 760 do texto aprovado pelo Congresso Nacional: “A *apólice* ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e do beneficiário”. A regra é completada, para o que aqui concerne, pelo art. 761, segundo o qual “quando o risco for assumido em co-seguro, a *apólice* indicará o segurador que administrará o contrato e representará as demais, para todos os efeitos”<sup>35</sup>.

Tem-se aí a consagração legislativa da figura do co-segurador líder, a indicação de seu verdadeiro poder de representação e da

extensão desse poder, “para todos os seus efeitos”. Em outras palavras, a líder poderá receber e emitir as declarações que, nos termos da legislação específica, devem ser feitas, tais como a declaração do risco, do seu agravamento, de suas condições peculiares, quando for o caso, da participação no sinistro, de casos de alteração e resolução contratual. Tem também a representação processual e deve cumprir, por si e por todas, os deveres anexos e instrumentais decorrentes da relação contratual em causa.

A importância dos deveres anexos ou instrumentais derivados da boa-fé é manifesta no novo Código Civil. Para avaliar a sua extensão e alcance, é preciso considerar, preliminarmente, que o novo Código se apresenta, como já tive oportunidade de sublinhar<sup>36</sup>, como um “sistema aberto de princípios e regras”, apto a acolher continuamente a experiência social, modelando-a segundo suas diretrizes fundamentais.

Em primeiro lugar está a diretriz sistemática, estruturada na interligação entre as normas da Parte Geral e as da Parte Especial e implementada pela linguagem semanticamente “vaga” de numerosos dispositivos, verdadeiras cláusulas gerais, bem como no constante reenvio do intérprete/aplicador às “circunstâncias concretas”, aos “usos” e aos “costumes” habitualmente seguidos em determinados setores da experiência civil.

Entre as cláusulas gerais de fundamental importância para o contrato de seguro em geral, e nomeadamente o co-seguro, estão as contidas nos artigos 421 e 422 do novo Texto, que consagram a adstrição da conduta **segundo a boa-fé** e a **função social** dos contratos, expressões das outras duas “diretrizes fundamentais” que o informam, quais seja, a

eticidade e a socialidade.

Sabe-se que o contrato de seguro é tradicionalmente assentado na boa-fé, sendo considerando um dos contratos *uberrimae bonae fidei*, pois o dever de agir segundo a boa-fé aí não é meramente anexo, encontrando-se, diversamente, no núcleo das obrigações principais de ambas as partes contratantes. A idéia hoje denotada, porém, é de maior alcance: no seguro e no co-seguro agregam à chamada boa-fé subjetiva, também a boa-fé objetiva.

É certo que tanto a boa-fé subjetiva quanto a objetiva constituem emanações do princípio geral da confiança, que domina o Direito como um todo, incidindo, porém, de modo particularizado, no Direito das Obrigações. Porém, enquanto a expressão “boa-fé subjetiva” designa um estado de confiança, uma crença subjetiva da parte de estar agindo de acordo ao Direito, a locução “boa-fé objetiva” indica a fonte produtora de normas de conduta que impõem a quantos entram em contacto social relevante juridicamente deveres de colaboração, entre os quais os de informação e os de consideração e proteção aos legítimos interesses do *alter*, daí derivando a distinção semântica: agir **de boa-fé** (subjetiva), agir **segundo a boa-fé** (norma de comportamento).

Ora, a norma de comportamento imposta pelo dever de agir segundo a boa-fé gera várias consequências que não podem ser minimizadas no contrato de co-seguro, seja no que diz com a relação interna, entre as várias co-seguradoras, seja no que concerne à relação com o segurado ou o beneficiário.

É preciso lembrar que em cada relação contratual complexa se alinham, a par dos deveres principais, que estruturam o tipo, deveres secundários, acessórios e também

<sup>32</sup>Idem, p. 352.

<sup>33</sup>O já aludido RESP n° 66.305 – Paraná, julgado pelo STJ em 10.08.99.

<sup>34</sup>Miguel Reale, *O Projeto de Código Civil – Situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 3 e ss.

<sup>35</sup>Essa regra teve origem em sugestão enviada ao Coordenador da Comissão Elaboradora do Anteprojeto, Professor Miguel Reale, pelo Professor Fábio Konder Comparato, que em novembro de 1969 apresentou substitutivo ao Capítulo referente ao contrato de seguro. Nos comentários a que então procedeu, assinalava Comparato que a regulamentação geral do Código Civil deveria constituir “uma espécie de direito comum do contrato de seguro”, enfatizando, quanto à normativa a final consagrada no hoje art. 761 aí ser precisada a função do segurador-líder, no co-seguro, como “representante necessário dos demais, em juízo ou fora dele”. (vide COMPARATO, Fábio Konder, *Substitutivo ao Capítulo Referente ao Contrato de Seguro no Anteprojeto de Código Civil*, Revista de Direito Mercantil, vol. 5, 1972, p. 147. A regra proposta vem enumerada como “art. IV”).

<sup>36</sup>A respeito do novo Código como um ‘sistema aberto’ escrevi em *O Direito Privado como Construção: as Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*, Revista de Informação Legislativa, vol. 139, Brasília, 1998, e *O Projeto de Código Civil: em busca da “ética da situação”*, Revista Jurídica, vol. 283, Porto Alegre, 2001, texto este revisto e acrescido em *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*, citado, no prelo.

independentes do dever principal, deveres anexos ao dever principal e ainda os deveres instrumentais, nascidos ou de norma legal, ou cláusula contratual ou, ainda que não expressamente previstos, incidem por força do princípio da boa-fé. Denomino esses deveres de “avoluntaristas” para justamente indicar a circunstância de não serem gerados necessariamente pela vontade das partes nem por pontual explicitação legislativa<sup>37</sup>, antes constituindo, nas precisas palavras de Mota Pinto, “*deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato (...) dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportando variáveis segundo as circunstâncias concretas da situação*”<sup>38</sup>.

Ora, no que diz com a **relação interna**, isto é, inter-seguradoras, a boa-fé objetiva provoca a maximização do dever geral de colaboração que estrutura o “tipo co-seguro”, nascido e desenvolvido como um contrato de colaboração empresária. Porém, paralelamente, da cláusula geral prevista no art. 422 do novo Código podem surgir, por via da concretização judicial, outros deveres de conduta como especificações desse dever geral de colaboração: assim os que darão, por exemplo, a medida, *in concreto*, da representação que foi conferida à empresa líder; os que permitirão especificar as formas de comunicação acerca das informações que se fizerem necessárias entre as empresas; poderá daí nascer, eventualmente, o dever de não agravar a situação da co-segurada que esteja em situação de liquidação; possibilita ainda o cânone da

conduta segundo a boa-fé sopesar a extensão da responsabilidade da empresa líder na análise do risco, a sua diligência na cobrança dos prêmios e no cumprimento das demais funções que lhe forem cometidas, etc.

A boa-fé objetiva não se apresenta, contudo, como uma norma aplasmadora, simplificante, sempre igual em suas manifestações, antes sendo vinculada à natureza da obrigação e às concretas circunstâncias do caso. Por isso, nas relações internas às co-seguradoras concretiza-se não apenas como mandamento de consideração (*mea res agitur*), como ocorre nos contratos em que os interesses são contrapostos, mas verdadeiramente como *nostra res agitur*; pois é nas relações obrigacionais marcadas pela comunhão de escopo que a cooperação se manifesta em sua plenitude, afirmando Clóvis do Couto e Silva aqui se cuida “*de algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa supra-pessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum*”<sup>39</sup>.

Também no que concerne à **relação entre as co-seguradoras e o segurado ou o beneficiário** encontraremos a maximização dos deveres impostos pelo princípio da boa-fé, expressão da diretriz da eticidade no novo Código, que aqui se encontra com o princípio estatuído no art. 421, qual seja, o da função social do contrato, reflexo, por sua vez, do que Miguel Reale denominou de “diretriz da socialidade”, nota dominante do Projeto<sup>40</sup>. Examinemos certas possibilidades de atuação

<sup>37</sup> Para o exame dos deveres veja-se ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 8a. edição, 200, p. 63 e ss; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 6a. edição, Coimbra, 1989, p. 125; MOTA PINTO, Carlos Alberto, *Cessão de Contratos*, 3a. edição, Coimbra, Almedina, 1988, p. 278 a 295 e o meu *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 437 e ss.

<sup>38</sup> MOTA PINTO, op. cit., p. 281.

<sup>39</sup> COUTO E SILVA, Clóvis, *A Obrigação como Processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 31.

<sup>40</sup> REALE, Miguel, *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*, citado, p. 9.

de uma e de outra diretriz.

Da incidência da boa-fé decorrem para as seguradoras, na relação com o segurado ou o beneficiário, a par do dever geral de colaboração, os mandamentos de lealdade, veracidade, informação, diligência e sigilo, o dever de não frustrar as legítimas expectativas do contratante, e o de exata adstrição à finalidade econômico-social do contrato, entre outros. De mais a mais, a boa-fé atua como cânone hermenêutico-integrativo do contrato<sup>41</sup>. Sendo firmado por adesão, o que é a prática freqüente, incide ainda o art. 423, introdutório, no Código de direito comum, da antiga regra da interpretação mais favorável ao aderente.

O segurado contrata com determinada seguradora, no mais das vezes, porque confia naquela empresa. Para além de um fator subjetivo, trata-se de uma confiança objetivada, porque essa decorre, normalmente, da imagem, no mercado, de determinada seguradora, sua solvabilidade, as garantias que apresenta, etc.. Portanto, já aqui se apresenta, pela conjugação entre a regra do art. 761 e o princípio do art. 422 – **e independentemente de qualquer outra norma a respeito** – o dever de a seguradora líder informar ao segurado, com toda a clareza, que as partes estarão concluindo contrato de seguro na modalidade de co-seguro, indicando, na apólice, o nome das demais co-seguradoras e as condições e limites em que o risco foi assumido por cada uma.

Acresce a estas normas a do art. 187 do novo Código, que modifica e aperfeiçoa, entre nós, o regime da ilicitude dos atos jurídicos, ao estatuir: “*Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu*

*fim econômico social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”. Como já tive oportunidade de observar<sup>42</sup>, a importância dessa norma está em que retira do suporte fático do abuso de direito a intenção de prejudicar, ocorrendo a ilicitude objetivamente pela só ultrapassagem dos limites consignados no mencionado artigo.

Surge então a relevantíssima questão de saber se, não observado o dever de informar ao segurado acerca da ocorrência de co-seguro, e havendo dano, deve ser reconhecida a solidariedade entre as empresas, mesmo quando não se configura o seguro marítimo versado no art. 668 do Código Comercial, uma vez que a ilicitude, somada a causação de dano, gera a solidariedade na responsabilização dos autores do ato danoso (art. 1.518 do vigente Código Civil e art. 924 do novo Código).

Ainda não se deteve a doutrina a examinar a regra do art. 761 do novo Código, e no que concerne à situação hoje vigorante, os escassos trabalhos publicados apresentam posições antinômicas. Pedro Alvim, por exemplo, alvitra a possibilidade de o segurado ter tratado apenas com a líder, dela recebendo a apólice, por ela mesma emitida. Em caso de litígio, ajuizará o segurado a ação apenas contra essa, cobrando-lhe a integralidade da prestação. “*Alguns juízes*”, alerta Alvim, “*acolhem o pedido, mudando desta forma a natureza jurídica de sua posição, fazendo com que responda pela obrigação das demais*”<sup>43</sup>, tornando então solidária, e não mais divisível, a obrigação, hipótese que aparentemente Alvim rejeita ao aludir à doutrina estrangeira que, como vimos, não admite a hipótese de solidariedade.

Vera Helena de Mello Franco, por sua vez, é taxativa: “*no co-seguro, as várias*

<sup>41</sup> Assim o nosso *A Boa-Fé no Direito Privado*, cit., p. 428 e ss.

<sup>42</sup> In “*O Projeto de Código Civil – Em busca da “ética da situação*”, cit., p. 38.

<sup>43</sup> ALVIM, Pedro, op. cit., p. 353.

seguradoras participam dos mesmos riscos, respondendo solidariamente perante o segurado<sup>44</sup>”. E Pontes de Miranda tem a mesma taxatividade, só que em sentido inverso: “No cosseguro não há solidariedade dos seguradores. Cada um só assume a sua quota de risco ou de riscos. Não se pode pensar, por conseguinte, em direito de regresso. Sejam os cosseguros separados, sejam em contrato único de cosseguro, as assunções de riscos são independentes<sup>45</sup>”.

A jurisprudência segue ora uma, ora outra posição<sup>46</sup>, mas penso que a tendência, com a entrada em vigor do novo Código, deverá ser a de estender-se para estes casos o manto operativo do princípio da boa-fé, mormente quando o segurado contrata diretamente com apenas uma empresa – que seria a líder – não tendo conhecimento da existência de co-seguro ou não sendo adequadamente informado acerca das condições em que foi assumido o risco. A tutela da confiança como princípio reitor no contemporâneo Direito Obrigacional, somada à legítima atitude, em tema de seguro, de proteção estatal à posição do segurado<sup>47</sup>, não permite outra conclusão, muito embora, ao assim se estabelecer, se esteja afastando ainda mais nosso “co-seguro anômalo” de suas matrizes históricas e do perfil que tem na experiência comparatista.

<sup>44</sup> MELLO FRANCO, Vera Regina, op. cit., p. 124.

<sup>45</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, T. XLV, Rio de Janeiro, Borsó, 1964, § 4.915, p. 292.

<sup>46</sup> Em sentido contrário à existência de solidariedade, exemplificativamente, TJRS, AC n° 183053602, 4a. C. Civ., Rel. Des. Mário Augusto FERRARI, j. em 22.12.83 e, do mesmo Tribunal, o AI 598592780, 2a. C. C. de férias Cív; Rel. Des. Orlando HEEMANN Jr, j. em 1º. 06.99. Apontando à solidariedade, também do mesmo Tribunal, o acórdão proferido no processo AC n° 186066585, Rel. Des. Elvio SCHUCH PINTO, j. em 05/11/86; do TARS, a AC n° 193109386, Rel. Des. Moacir Leopoldo HAESER, j. 194196861 e a decisão do TJPR a final confirmada no já aludido RESP RESP n° 66.305 – Paraná, julgado pelo STJ em 10.08.99

<sup>47</sup> Como anota José VASQUES, o contrato de seguro sempre motivou o legislador a adotar uma atitude legítima de proteção ao segurado, pelo que tradicionalmente há, por parte da lei, um conjunto de preceitos imperativos, maior ou menor, mais sempre existente. (op. cit., p. 25).

<sup>48</sup> Ver ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, *Direito das Obrigações*, Ed. Almedina, Coimbra, 8ª edição, pp. 60 e ss.

disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Em outras palavras, a concreção especificativa da norma, em vez de já estar pré-constituída, preposta pelo legislador, há de ser construída pelo julgador, a cada novo julgamento, cabendo relevantíssimo papel aos casos precedentes, que auxiliam a fixação da hipótese, e à doutrina, no apontar de exemplos.

Conquanto essas diretrizes do novo Código possam auxiliar a disciplina do co-seguro, muito podendo fazer a jurisprudência mediante a sua adequada e prudente concreção, o certo é que, se quisermos considerar o co-seguro em sua verdadeira natureza, tal qual aponta a experiência de outros países, a matéria **estará a requerer ainda regulamentação específica** – aí sim se procedendo à **regulamentação** da lei, e não à autônoma **“regulação”** – talvez aos moldes da Diretiva 78/473/CEE, da Norma 11/94-R do Instituto de Seguros de Portugal ou da “Cláusula concordada de Coaseguro espanhola”, em sua recente redação<sup>49</sup>, ou pelo estabelecimento de diretrizes destinadas especificamente aos diferentes setores ou áreas do seguro, atendendo as peculiaridades de cada qual.

Independentemente dessa necessária regulação, porém, é preciso considerar que os contratos de seguro tipificam, em regra, contratos de consumo. E, neste setor, o ordenamento brasileiro dá resposta ao meu ver firme à natureza dos **deveres contraídos com o**

**segurado ou o beneficiário**, tendo o CDC, portanto, exponencial importância nas relações entre o “pólo segurador” e o “pólo segurado”.

## B) Co-seguro e relação jurídica de consumo.

Contratos de consumo são os que vinculam um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços. A designação engloba todos os contratos, civis e mercantis, nos quais, por estar presente em um dos pólos da relação o que a lei define como “consumidor”, supõe-se a existência de um provável desequilíbrio entre as partes<sup>50</sup>. Para saber quando se tipificam tais contratos é necessário, antes de mais, qualificar o que se entende, legalmente, por “consumidor”.

Nos termos da Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990, “consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto como destinatário final” (art. 2º). A lei promove a extensão conceitual no parágrafo único do mesmo art. 2º, entendendo “equiparado” ao consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações do consumo” e ainda mais ampliando a definição estipulativa no art. 29, em capítulo que trata das práticas comerciais, aí definindo: “para os fins deste capítulo, e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas<sup>51</sup>”.

<sup>49</sup> Para o exame dessas regras veja-se MUÑOZ PAREDES, op. cit.

<sup>50</sup> MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1999, p. 139.

<sup>51</sup> Também é feita a extensão conceitual no art. 17, para os efeitos de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço.



Passados dez anos da entrada em vigor do CDC e já acomodados certos excessos doutrinários que marcaram o seu *début*, hoje é amplamente majoritária a chamada “corrente finalista” ou “teleológica”, para a qual a posição de “destinatário final” que qualifica certo contratante como “consumidor” é a posição de quem é o “*destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica*”<sup>52</sup>. Não basta, afirma Cláudia Lima Marques, ser o destinatário fático do bem, como aspira a “corrente maximalista”, é necessário também ser o destinatário econômico<sup>53</sup>.

Subjaz a essa concepção a idéia de vulnerabilidade do consumidor, que não é só econômica, é também técnica, jurídica e fática: a vulnerabilidade técnica diz respeito diretamente à informação efetiva e ao poder-dever de informação sobre o produto ou serviço detido pelo fornecedor, podendo, assim, o consumidor ser mais facilmente enganado, intencionalmente ou não, quanto às suas reais características. Já a vulnerabilidade jurídica, presumida no CDC para o consumidor não-profissional (devendo

ser provada pelo consumidor profissional) diz respeito à falta de conhecimentos jurídicos específicos acerca das condições subjacentes às bases da contratação, tais como dados econômicos ou contábeis<sup>54</sup>.

Ora, independentemente da existência, ou não, de vulnerabilidade econômica ou jurídica, o certo é que o pólo segurado estará sempre em posição de **vulnerabilidade técnica** perante o pólo segurador, fornecedor dos serviços de seguro. A vulnerabilidade configura presunção *ius et de iure*, assim vindo disposta no inciso I do art. 4º do CDC, pois está ancorada a Política Nacional das Relações de Consumo no “*reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo*”.

Assim, creio não poder ser afastada a incidência do CDC, sendo certo que as seguradoras qualificam-se como “fornecedoras” para os fins do art. 3º da normativa tutelar<sup>55</sup>. O beneficiário, embora não seja “contratante”, é também destinatário final e, portanto, está também protegido pela tutela do CDC<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 142.

<sup>53</sup> Idem, ibidem.

<sup>54</sup> Idem, p. 148. Também assim o meu ....

<sup>55</sup> CDC, art. 3º: “Fornecedor é toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º - Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de caráter trabalhista” (grifei).

<sup>56</sup> Creio não se dever inferir de decisões do STJ que afastaram a incidência do CDC para o efeito de cálculo do prazo prescricional, em ação do segurado contra a seguradora para haver reparação, aplicando o Código Civil, que a tutela consumerista esteja elidida. É que a *ratio decidendi*, no caso, considerou que o Código de Defesa do Consumidor, como lei nova, “estabeleceu disciplina especial apenas quanto à ação de reparação de danos por fato de serviço, não revogando o art. 178, § 6º, II, do Código Civil, dispositivo mais amplo, pois engloba toda e qualquer ação entre segurado e segurador”, aplicando-se, assim, o enunciado na Súmula nº 101 daquela Corte, segundo o qual a ação do segurado contra a seguradora, decorrente do contrato de **seguro**, prescreve em um ano. Em algumas decisões da 2a. Seção daquele Tribunal, o conceito de “danos causados por fato do produto ou do serviço” também foi aduzido às razões de decidir para afastar o prazo quinquenal previsto no art. 27 do CDC. A tutela contratual, porém, não é afastada. Vejam-se, exemplificativamente, RESP 220080/SP, 3a. T., Rel. Min. Waldemar ZVEITER, j. em 11.04.2000; RESP 255147/RJ, 3a. T., Rel. Min. Waldemar ZWITER, j. em 19/02/2001 e RESP 207789/RJ, 3a. T., Rel. Min. Carlos Alberto MENEZES DIREITO, j. em 27.06.2001.

A par da responsabilidade pela carência ou deficiência na prestação de informações adequadas (art. 12), pela consagração legal do dever de informar com correção, clareza, precisão, ostensividade e em língua portuguesa (art. 31), da expressa incidência do princípio da boa-fé (art. 4º, inciso III, *in fine*), da ilicitude de submeter o consumidor inadimplente, por ocasião da cobrança de débitos, a procedimentos que o exponham ao ridículo ou a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça (art. 42), o segurado é beneficiado, expressamente, com a “*facilitação da defesa dos seus direitos*” (art. 6º, inciso VIII), o que de *per si* afastaria eventual pretensão de co-seguradora líder para que, havendo litígio, devesse o segurado acionar separadamente cada uma das co-seguradoras<sup>57</sup>.

No caso do “co-seguro anômalo”, praticado entre nós, em que a cooperação empresarial é ajustada sem que o segurado tenha ciência do fato, ou seja inadequadamente informado sobre as condições da contratação, incidirá, ainda, a norma do art. 46, pela qual “*os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance*”, o que ocorre quando a apólice sequer consigna a indicação das demais co-seguradoras.

Aqui se apresenta, com toda a força, o antes mencionado “paradoxo”: apesar de o setor de seguros constituir, na experiência jurídica brasileira, um dos que mais fortemente

têm recebido a intervenção estatal<sup>58</sup>, constata-se que o que se pratica não é o co-seguro, ajustando-se, sob o seu *nomem juris*, certas formas de colaboração inter-empresarial que as seguradoras “*adotam segundo a sua conveniência, mas sem qualquer restrição*”, como já observara Alvim. Nessa hipótese, pode-se pensar que a prática desenha formas aproximativamente consorciais de colaboração empresarial. Isso ocorrendo, é lícito aventar a formação de uma espécie de “consórcio” entre as empresas, caso que levará a aplicação da regra de solidariedade prevista no art. 28, parágrafo 3º do CDC e, quando for o caso, à desconsideração da personalidade jurídica por abuso de direito

## Conclusão

Da conjugação entre a prática, de um lado, e as regras legais, principalmente as do Código de Defesa do Consumidor, que afastam o “co-seguro à brasileira” de seus congêneres no Direito Comparado, exposto resulta com clareza a necessidade de ser qualificado adequadamente o instituto, tal como aparece na prática brasileira. Qualificar é compreender, para bem dimensionar não só a incidência dos princípios e regras como a sua extensão. Toda a imensa valia do Direito Comparado restará perigosamente desviada se a doutrina brasileira promover a mera e acrítica transposição de conceitos que estão, por ora, distantes do nosso “direito vivente”.

Será, contudo, o Direito Comparado instrumento de inestimável auxílio para

<sup>57</sup> Conforme pretensão de co-seguradora líder aventada no já aludido RESP nº 66.305 – Paraná, julgado pelo STJ em 10.08.99 e adequadamente rejeitada pelo Ministro Relator.

<sup>58</sup> Anota Clóvis do COUTO E SILVA serem poucos os setores, no Direito Brasileiro, “em que a regulação estatal é tão intensa ou tão ampla como no Direito dos Seguros” ( *O Seguro no Brasil e a Situação das Seguradoras*”, Revista *Ajuris* nº 33, Porto Alegre, 1985.

promover a já apontada e urgente disciplina ao setor do co-seguro, possibilitando à experiência prática amoldar-se aos cânones jurídicos que desenham o perfil do instituto como um contrato único de colaboração empresária, voltado à finalidade econômico-social que lhe unanimemente é reconhecida. Esta é a inadiável tarefa a ser cometida aos órgãos do “Sistema do Seguro”, que deverão considerar — implementando, no espaço regulamentar que lhes concerne —, a diretriz da solidariedade social, de tão fundas raízes no Direito dos Seguros.

Porém, para tanto, dever-se-á levar em conta — e assim também os juízes, ao decidirem os casos — não apenas os princípios e regras do novo Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, mas, fundamentalmente, a idéia de “comunidade de interesses, esforços e fins” que subjaz e comanda o inteiro instituto do seguro, polarizando-a no **interesse comum dos segurados**, inconfundível com cada interesse isoladamente considerado.

Só assim, penso eu, poder-se-á, nesse espaço, fazer ouvir a voz da diretriz constitucional da solidariedade social, de tão fundas raízes no Direito dos Seguros.

# O Direito Internacional e a sua Relação com o Direito Interno\*

*Leandro Leal Ghezzi*

Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela FGV  
Mestrando em Direito Privado na UFRGS

## INTRODUÇÃO

### I. O DIREITO INTERNACIONAL

- a) O Desenvolvimento Histórico do Direito Internacional.
- b) O Caráter Jurídico do Direito Internacional.

### II. A RELAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL COM O DIREITO INTERNO

- a) As Teorias que Tratam da Relação.
- b) Os Conflitos entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

## CONCLUSÃO

## BIBLIOGRAFIA

## Introdução

A cada dia que passa, o Direito internacional assume maior importância. Afinal, cabe a ele a difícil tarefa de pautar as relações que se estabelecem entre os diversos povos de nosso planeta, relações estas que são ao mesmo tempo causa e efeito do ritmo impressionante do desenvolvimento tecnológico e dos processos de integração econômica que hoje fazem parte de nossa realidade.

Parece, pois, relevante tratar do tema proposto, em que pese ser a sua importância subestimada por muitos, que, como teremos oportunidade de ver, negaram até mesmo a existência do Direito internacional. Certamente, assim agiram — e ainda há quem aja — por não perceber, ou por não querer admitir, a importância do Direito internacional e a sua presença cada vez maior em nossas vidas, regrando inúmeros fatos que são hoje corriqueiros para todos.

\* Trabalho apresentado no curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, disciplina de Teoria Geral do Direito, ministrada pelos Profs. Drs. Cezar Saldanha Souza Júnior e Luís Fernando Barzotto

Consideremos, por exemplo, uma viagem aérea internacional, um negócio jurídico de compra e venda celebrado entre pessoas residentes em países distintos - o que agora é ainda mais freqüente em razão do fenômeno da *internet*. Tenhamos em mente o número cada vez maior de tratados internacionais, dispondo sobre assuntos como estes e infinitos outros, sobre temas que se renovam e que são criados a cada dia que passa. Apenas isto já bastaria para justificar o presente estudo.

Nesse contexto, portanto, examinaremos inicialmente com maior atenção o objeto mais amplo deste trabalho, qual seja ele, o Direito internacional. Para tanto, elaboraremos uma breve resenha de sua evolução histórica e teceremos algumas considerações necessárias acerca do processo de sua construção dogmática e do seu questionado caráter jurídico.

Em uma segunda etapa, enfocaremos a questão específica da relação entre o Direito internacional e o Direito interno de cada país. Primeiro, veremos quais são as principais teorias que explicam esta relação e quem foram seus mais ilustres representantes. Depois, e por último, versaremos sobre a instigante questão dos conflitos que muitas vezes se estabelecem entre as normas do Direito internacional e aquelas do Direito interno, para o que contaremos com o valioso auxílio do Direito comparado.

Ao final, com base nos elementos colhidos no curso de nosso estudo, apresentaremos algumas conclusões sobre o tema proposto. Esperamos, então, ter compreendido melhor o que é o Direito

internacional e como ele se relaciona com o Direito interno da cada país e, especialmente, com o Direito brasileiro.

## I. O Direito Internacional

### a) O Desenvolvimento Histórico do Direito Internacional

Inicialmente, parece relevante tecer breves considerações sobre o processo de desenvolvimento histórico do Direito Internacional. Isto na medida em que análises desta natureza não apenas revelam a origem de importantes legados que a história nos deixou, mas também fornecem elementos vitais para a adequada compreensão do objeto estudado, neste caso o Direito internacional.

Segundo Carlos Alberto Bittar Filho, os primeiros elementos para o surgimento do Direito internacional já se faziam presentes em alguns âmbitos culturais da Idade Antiga. Datam desta época os tratados mais antigos de que se tem notícia e já então se praticava a diplomacia<sup>1</sup>.

A primeira contribuição efetiva para o desenvolvimento do Direito internacional, no entanto, remonta à Idade Média. Trata-se da concepção de unidade do gênero humano<sup>2</sup>. Outrossim, as idéias de igualdade e de fraternidade universais defendidas pelo cristianismo e propagadas pelas obras de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino fizeram com que se passasse a compreender que havia princípios jurídicos que obrigavam não só os indivíduos, mas também os Estados<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> BITTAR Filho, Carlos Alberto. "Evolução Histórica do Direito Internacional" in *Revista de Informação Legislativa*, nº 115, Julho-Setembro 1992, p. 385. No mesmo sentido, VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Aguilar, 1957, p. 37.

<sup>2</sup> BITTAR Filho, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 387. Michel Villey antecipa esta percepção, afirmando que "*La pensée biblique et la grecque avaient conscience qu'il existe une communauté de l'humanité tout entière*" ("Considérations Intempestives sur le Droit des Gens" in *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 32. Paris: Sirey, 1987, p. 14).

<sup>3</sup> Cf. Alfred Verdross, *op. cit.*, p. 38.

De qualquer forma, foi apenas no início da Idade Moderna que o Direito internacional adquiriu contornos de disciplina autônoma. Contribuíram para isto a descoberta da América, que fez necessário definir qual Direito era aplicável às relações entre os nativos e os colonizadores, e as obras de Francisco de Vitória (*Relectiones Theologicae*, de 1557), Francisco Soares (*De Legibus ac Deo Legislatore*, de 1613), Alberico Gentili (*De Legationibus*, de 1538) e Hugo Grocio (*De Jure Belli ac Pacis*, de 1625)<sup>4</sup>.

Dentre estas obras, a mais importante foi a de Hugo Grocio. Por ter sido a primeira a sistematizar o Direito internacional, ela fez com que este jurista holandês passasse a ser considerado o fundador do direito internacional como ramo autônomo da ciência do Direito, ainda que alguns autores salientem que por ter sido Grocio fortemente influenciado pelos teólogos e juristas espanhóis, a autêntica origem da disciplina remontaria efetivamente à Escola Espanhola<sup>5</sup>.

Este primeiro período do Direito internacional moderno, como bem observa Alfred Verdross, não teve relevância meramente histórica. Isto porque, segundo este célebre jurista, foi nesta época que ocorreu também a constituição da comunidade de Estados<sup>6</sup>.

Uma segunda e importante etapa do Direito internacional moderno teve início com o Tratado de Paz de Westphalia (1648) que, inspirado nas idéias de Grocio, encerrou a Guerra dos Trinta Anos. A partir de então, o sistema internacional passou a ser constituído por Estados independentes e soberanos, juridicamente iguais entre si<sup>7</sup>.

Com isto, um novo princípio instaurou-se: o do equilíbrio entre os Estados. Alçado a princípio diretivo do direito internacional com a Paz de Utrecht (1713), ele estabelecia que Estado algum poderia tornar-se poderoso a ponto de, sozinho ou aliado, impor sua vontade aos demais<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Cf. Carlos Alberto Bittar Filho, *op. cit.*, pp. 388-9. O autor refere sucintamente o conteúdo de cada uma das obras: "Francisco de Vitória analisou, sob o prisma filosófico-teológico, a chegada dos espanhóis à América. Segundo ele, as relações entre os indígenas e os colonizadores deviam ser regidas por um direito que conviesse a toda a humanidade, o 'Direito das Gentes'; "Francisco Soares ... defendeu pertencerem as cidades independentes, as repúblicas e os reinos, a um conjunto maior, o gênero humano, regulado, consoante ele, por direito especial"; "Alberico Gentile estudou detidamente a questão das imunidades diplomáticas, sob o prisma puramente jurídico"; e "Hugo Grocio ... tratou do reconhecimento e da observância de normas que, conquanto pertencentes à comunidade global, eram, para ele, necessárias à solução de problemas de cada Estado".

<sup>5</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción Filosófica al Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1987, pp. 506 e 507.

<sup>6</sup> VERDROSS, Alfred. *Op. cit.*, p. 39. Segundo o autor, esta comunidade de Estados apresentava originariamente as seguintes características: a) só eram sujeitos originários do direito internacional os Estados soberanos e a Sede Apostólica; b) não havia órgão legislativo central e as normas do Direito internacional surgiam dos tratados e do costume; c) não havia uma jurisdição obrigatória, mas apenas tribunais arbitrais; d) se as partes não chegavam a um acordo no litígio, todo Estado que de boa-fé se considerava prejudicado em seus direitos podia recorrer à autotutela (represálias ou guerra); e) faltava a possibilidade de uma execução jurídica por um órgão executivo central (*loc. cit.*).

<sup>7</sup> BITTAR Filho, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 390.

<sup>8</sup> VERDROSS, Alfred. *Op. cit.*, p. 40. Segundo Verdross, os princípios diretivos da comunidade internacional deste período seriam os seguintes: a) os Estados são comunidades territoriais soberanas, que em seus territórios respectivos exercem o poder supremo e em princípio exclusivo; b) os Estados podem dispor entre si de seu território segundo as regras do direito privado; c) os Estados são independentes e iguais entre si; d) a comunidade internacional continua sendo desorganizada, carecendo de autoridade central; e) os Estados reconhecem as normas do direito internacional, mas cada um deles é que tem que decidir de boa-fé acerca de sua aplicação e interpretação; f) os Estados têm também o direito de impor através da autotutela (represálias ou guerra) seus direitos (direito da autoexecução); g) surge a concepção de que todo o Estado tem o direito de declarar guerra se assim exigirem seus interesses, superando-se, desta forma, a doutrina medieval do *bellum justum*; h) em caso de guerra, os Estados terceiros são livres para se unir a uma das partes beligerantes ou para permanecer neutros (pp. 40-41).

É interessante observar também que com a colonização do Novo Mundo pelos europeus, o Direito internacional experimentou uma significativa ampliação do seu âmbito espacial de validade. Quanto aos sujeitos do Direito internacional, entretanto, o primeiro não europeu surgiu apenas com a separação das treze colônias americanas da Inglaterra em 1776. Na América Latina, o nascimento e reconhecimento de novos sujeitos do Direito internacional veio a ocorrer em função dos processos de independência das colônias espanholas e portuguesas nas primeiras décadas do século XIX. E, na segunda metade deste mesmo século, foram também reconhecidos de maneira geral como sujeitos de Direito internacional os Estados asiáticos não cristãos (o império do Japão, a China e o Afeganistão, entre outros)<sup>9</sup>.

No período que se seguiu, houve um esforço crescente de institucionalização da ordem internacional. O relacionamento entre os Estados sofreu modificações, passando da política de mera coexistência para a de colaboração, e com a realização de importantes conferências internacionais (v.g., a Primeira e a Segunda Conferências de Paz de Haia, em 1899 e 1907, respectivamente), o Direito internacional fortaleceu-se em termos de positivação<sup>10</sup>.

Neste contexto, o turbulento período histórico da Primeira Guerra Mundial e o desejo

comum de que episódios desta natureza não mais se repetissem serviram de estímulo para a organização formal de uma comunidade internacional. Assistiu-se, assim, ao nascimento da Sociedade das Nações, a primeira organização de cunho internacional<sup>11</sup>, tendo por objetivo a manutenção da paz mundial.

Tal ocorrência serve de marco para delimitar o fim do período que a doutrina francesa costuma chamar do Direito internacional clássico. Com a criação da Sociedade das Nações tem início o período do Direito internacional organizado<sup>12</sup>.

Segundo Verdross, foi apenas a partir deste momento, ou seja, depois da primeira guerra mundial, que o direito internacional se tornou realmente universal. Foi também a partir de então que se reconheceu a importância de elaborar os conceitos formais fundamentais ou categorias suscetíveis de apreender a matéria do Direito internacional positivo e de reduzi-la a uma unidade sistemática, desenvolvendo-se, por conseguinte e finalmente, uma teoria do Direito internacional<sup>13</sup>.

Além disso, as limitações congênitas da Sociedade das Nações e a sua incapacidade de impedir a ocorrência da Segunda Guerra mundial mostravam que o objetivo por ela visado só poderia ser alcançado por uma organização interestatal mais forte. Desta forma, em 1945,

criou-se a Organização das Nações Unidas.

Para José Carlos de Magalhães, a insuficiência da ordem internacional baseada apenas nos Estados constatada com a Segunda Guerra mundial teria tornado necessário criar organizações, algumas de caráter supranacional, capazes de interferir nos poderes dos Estados, limitando-os e, portanto, delimitando competências, ou seja, delimitando o seu poder de declarar o Direito. Na sua visão, o surgimento de um número cada vez maior de organizações internacionais, de caráter universal ou regional, disciplinando a atuação dos Estados no plano interno e internacional, no período que se seguiu ao segundo conflito global teria tornado nítida a superação da noção de soberania dos Estados. Para este autor, portanto, deste momento em diante, a noção de soberania teria começado a ceder espaço para a noção de competência<sup>14</sup>.

O natural, nessa perspectiva, seria obviamente que os Estados cumprissem eles próprios a tarefa de delimitar seus poderes e atribuições. Infelizmente, no entanto, não podemos deixar de constatar que hoje em dia no âmbito econômico - senão em outros - os Estados enfrentam a concorrência dos grandes especuladores internacionais e das empresas multinacionais, os quais muitas vezes limitam a sua autoridade e condicionam as suas ações.

De qualquer forma, e não obstante esta realidade, é importante ressaltar que ao longo desse processo, ao homem foi atribuída a condição de protagonista neste cenário internacional. Realmente, como bem anota José

Carlos de Magalhães, "... tal reconhecimento se projetou na esfera internacional, não apenas como aspiração doutrinária, mas como norma de direito dotada de universalidade, para ser observada por todos os países". E ele arremata: "o reconhecimento da imperatividade do respeito aos direitos humanos, provindo da comunidade internacional, importa em sujeição das ordens jurídicas nacionais aos princípios e valores nela consagrados. A ordem jurídica nacional, dissociada de tais valores, está condenada (...) a sucumbir, vendo-se compelida a eles adequar-se, mais cedo ou mais tarde"<sup>15</sup>.

Isto nos remete desde já à questão da relação do Direito internacional como o Direito interno. Mas, antes de passarmos a ela e até como uma condição para fazê-lo, é oportuno que enfoquemos, no contexto até aqui apresentado, o processo de construção dogmática do Direito internacional e, principalmente, a questão do seu caráter jurídico.

#### b) O Caráter Jurídico do Direito Internacional

Segundo Werner Goldschmidt, a efetiva existência de um Direito internacional pressupõe as seguintes condições: 1) Estados independentes que respeitem a independência dos demais; e 2) relações econômicas e culturais entre eles, íntimas o suficiente para fazer necessária uma regulamentação jurídica<sup>16</sup>.

Como vimos, na Antigüidade não existiam estas duas condições. Havia, quanto muito, um Direito internacional embrionário, que, ao invés de se desenvolver, perdeu-se, em

<sup>9</sup> VERDROSS, Alfred. *Op. cit.*, pp. 44-45.

<sup>10</sup> Carlos Alberto Bittar Filho, *op. cit.*, pp. 392 e 397. Alfred Verdross ressalta com precisão que os progressos realizados pelo Direito internacional positivo desde meados do século XIX foram favorecidos pelo estado de paz ininterrupto que desde 1871 reinou entre as grandes potências europeias (*op. cit.*, p. 43). O raciocínio inverso (a paz favorecida pelos progressos do Direito internacional positivo) também nos parece verdadeiro.

<sup>11</sup> Alfred Verdross, entretanto, refere que a Quádrupla Aliança, o primeiro ensaio de uma organização supraestatal, foi criada na Segunda Conferência de Paz de Paris, em 1815 (*op. cit.*, p. 42).

<sup>12</sup> Cf. Alfred Verdross, *op. cit.*, p. 41.

<sup>13</sup> VERDROSS, Alfred. *Op. cit.*, p. 50. Dentre os principais colaboradores deste intento devem ser citados Kelsen e o próprio Verdross.

<sup>14</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. "Dos Fatores de Transformação do Direito Internacional" in *Revista dos Tribunais*, nº 717, Julho 1995, p. 318.

<sup>15</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. *Op. cit.*, pp. 318 e 319. Carlos Alberto Bittar Filho também identifica este fenômeno e acrescenta ainda a preocupação com o meio ambiente (*op. cit.*, p. 396).

<sup>16</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. *Op. Cit.*, p. 505.

função do surgimento do império romano, que abarcou praticamente todo o mundo até então conhecido. E, ao longo da Idade Média, esta situação não se alterou<sup>17</sup>.

Na verdade, foi apenas no século XVI, quando surgiram os Estados independentes, que as duas condições acima referidas para a existência do Direito internacional se fizeram presentes pela primeira vez<sup>18</sup>. Não por acaso foi que, também neste mesmo período, como já referimos, nasceu a ciência que se ocupa do seu estudo, iniciando-se o processo de sua construção dogmática e passando-se a indagar acerca do seu efetivo caráter jurídico.

Conforme Goldschmidt, os pioneiros Francisco de Vitória (1480-1546) e Francisco Suárez (1548-1617), entre outros, individualizaram o Direito internacional como um Direito entre Estados, diferente, ainda que dependente, do Direito Natural<sup>19</sup>. Para Alfred Verdross, contudo, o método da escola espanhola “*parte de la filosofía social aristotélica y tomista, que viera en el hombre un ser racional y social (“animal rationale et sociale”)* por natureza, *deduciendo de ello*

*la escuela española, que también los Estados son por naturaleza seres sociales que se necesitan unos a otros y todos juntos constituyen una comunidad universal. La comunidad de los Estados no requiere, pues, para constituirse, una declaración de voluntad; por su raíz, se funda en el derecho natural*”<sup>20</sup>.

Segundo o mesmo Verdross, também Hugo Grocio (1583-1642), responsável pelo desenvolvimento e sistematização da doutrina jurídico-internacional da escola espanhola, partiu do fato de que os Estados constituem uma comunidade universal em virtude do Direito natural. Não obstante, Grocio distinguiu Direito internacional natural e Direito internacional positivo. O Direito internacional natural teria como fonte a razão e o Direito internacional positivo a vontade dos Estados<sup>21</sup>.

Esse dualismo de Grocio produziria posteriormente uma bifurcação doutrinária. Com efeito, depois dele, a doutrina do Direito internacional se dividiu em dois ramos: a doutrina jusnaturalista pura e o positivismo jurídico puro<sup>22</sup>. José Eduardo de Magalhães aponta a receptividade obtida por estas duas

<sup>17</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. *Op. Cit.*, p. 506.

<sup>18</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. *Op. Cit.*, *loc. cit.*. O autor salienta que foi neste mesmo século que Maquiavel cunhou o termo “Estado” e Bodin o conceito de “soberania”.

<sup>19</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. *Op. Cit.*, *loc. cit.*

<sup>20</sup> VERDROSS, Alfred. *Op. cit.*, pp. 52-53. Celso D. de Albuquerque Mello tem este mesmo entendimento (*Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2ª edição, p. 60).

<sup>21</sup> VERDROSS, Alfred. *Op. cit.*, p. 55. Neste sentido, é interessante lembrar os ensinamentos de Norberto Bobbio acerca do Direito natural e do Direito positivo no pensamento dos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII. Diz Bobbio: “A mais célebre distinção entre direito natural e direito positivo no pensamento moderno é devida a Grócio (considerado o pai do direito internacional) que em seu *De jure belli ac pacis* (1, 10) formula tal distinção em termos de *jus naturale* e *jus voluntarium*: ‘O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza’. E acrescenta: ‘Os atos relativamente aos quais existe um tal ditame da justa razão são obrigatórios ou ilícitos por si mesmos’” (*O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo, Ícone, 1995, p. 20).

<sup>22</sup> VERDROSS, Alfred. *Op. cit.*, pp. 55 e 56. O autor avança na questão, dizendo que para o jusnaturalismo puro, o Direito internacional se reduz a *meras máximas da razão*; os Estados vivem em estado de natureza e não é reconhecido aos tratados nem ao costume o valor de fontes jurídicas. Para Hobbes (1588-1679), neste estado de natureza reinaria, em princípio, a guerra de todos contra todos, ao passo que para Pufendorf (1632-1694) este estado de natureza seria, ao contrário, pacífico. Por outro lado, o positivismo jurídico considera o Direito internacional como mero produto da vontade. Segundo Johan Jakob Moser (1701-1785), a ciência do Direito internacional não teria que perguntar como devem comportar-se entre si os Estados, mas sim dizer quais regras eles observam de fato em suas relações (pp. 57-59).

concepções ao dizer que “no correr do século XVI, o Direito Internacional Público foi analisado e considerado sob a luz do jusnaturalismo e, dos séculos XVII ao XIX, sob o prisma da concepção positivista”<sup>23</sup>.

Entretanto, apesar de todo o esforço empreendido na construção dogmática do Direito internacional, a sua comparação com o Direito interno e as inevitáveis diferenças assim constatadas levaram muitos autores a negar-lhe caráter jurídico. No entendimento de Werner Goldschmidt, os principais argumentos da “tese negativa do caráter jurídico do Direito internacional” seriam os seguintes: a) no Direito internacional, a maior parte das normas emana de convenções e são normas individuais; por tal razão, a ordem jurídica internacional contém inúmeros vazios. Além disso, não existe nenhum legislador preestabelecido. Por fim, se um dos países interessados deseja alterar o Direito existente e não consegue o consentimento dos demais países interessados, uma modificação pacífica se torna irrealizável; b) em relação ao Poder Executivo, ele existe dentro de cada país e impõe a observância das leis porque tem um poder irresistível. A comunidade internacional, contudo, não conseguiu ainda organizar um Poder Executivo; ela não conhece senão constelações de forças, que às vezes não têm poder de impor um princípio jurídico, às vezes não têm interesse algum em fazê-lo; e, finalmente, c) no Direito Internacional, como os juizes são nacionais de algum Estado, é difícil que eles não sejam parciais<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. *Op. cit.*, p. 397.

<sup>24</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. *Op. Cit.*, pp. 508 e 509.

<sup>25</sup> VERDROSS, Alfred. *Op. cit.*, p. 61.

<sup>26</sup> VERDROSS, Alfred. *Op. cit.*, *loc. cit.*. José Inácio G. Franceschini refere que para Espinosa o Estado, investido de parte do poder divino, seria superior aos acordos internacionais, deles podendo livrar-se na medida de seus interesses (“Conflito entre os Tratados Internacionais e as Normas de Direito Interno que lhes forem posteriores” in *Revista dos Tribunais*, nº 556, Fevereiro 1982, p. 28).

Verdross também identifica estes “negadores do Direito internacional”. São aqueles que, sem negar a existência do Direito Internacional, não reconhecem, contudo, o seu caráter jurídico, por entenderem que “*el conjunto de normas llamado ‘derecho internacional’ carece de legislador permanente, de un tribunal propiamente dicho y de un poder coercitivo central*”<sup>25</sup>.

Os negadores partem, pois, do princípio de que a organização de uma comunidade – no caso, a internacional – só pode ser realizada por um poder que seja superior aos seus membros. Para eles, deve haver sempre e necessariamente uma relação de subordinação entre os membros desta comunidade e aquele poder superior. Hobbes, por exemplo, já afirmava que os Estados viviam em “estado de natureza”, não estando submetidos a uma *civitas maxima* superior. E, como o direito positivo só poderia ser estabelecido por uma autoridade superior, não haveria Direito internacional positivo. Aquilo que entendemos por Direito internacional seriam meras palavras, que por falta de um poder coercitivo supraestatal não seriam capazes de dar segurança alguma. Espinosa também entendia assim. Para ele, apenas os Estados teriam poder coercitivo, carecendo o Direito internacional de uma base própria de poder<sup>26</sup>.

Contudo, segundo Alfred Verdross, a negação mais radical do Direito internacional, seria a patrocinada pelos neohegelianos, principalmente Lasson e Binder. Isto por

considerarem eles o Estado como a suprema organização humana<sup>27</sup>.

O curioso, não obstante, é que o próprio Hegel considerava o Direito internacional como Direito. Na verdade, para Hegel, o Estado teria vontade absoluta, estando acima dos tratados internacionais por ele mesmo concluídos<sup>28</sup>, e o Direito internacional, em virtude da ausência de um poder supraestatal, se reduziria a um mero “Direito estatal externo”. Assim, o ponto de contato entre a visão hegeliana do Direito internacional e a de Hobbes e Espinosa, se dá pelo argumento do poder, ou seja, por também ele entender que um *autêntico* Direito internacional só seria possível sobre a base de um poder supraestatal<sup>29</sup>.

Naturalmente, os argumentos erguidos pelos negadores do caráter jurídico do Direito internacional foram derrubados por seus defensores. Desta forma, impõe-se fazer menção, ainda que brevemente, aos contra-argumentos que para tanto foram utilizados.

Mais recentemente, Goldschmidt se encarregou de demonstrar a insubsistência da tese de que por não possuir os três poderes devidamente constituídos o Direito internacional seria destituído de caráter jurídico. No entendimento deste jurista, os principais argumentos da “tese negativa do caráter jurídico do Direito Internacional Público”, podem ser rebatidos com base nas seguintes considerações: a) o Direito internacional não conhece apenas normas individuais, mas

também numerosas normas gerais, as quais se encontram não apenas nas convenções, mas também no costume internacional. De outra parte, apesar da inexistência de um poder legislador plenamente desenvolvido, há nas Nações Unidas – e havia antes na Sociedade de Nações – um poder legislativo incipiente. Por fim, mesmo independentemente destas organizações, sempre foi possível alterar as normas de Direito internacional pacificamente, quer mediante o costume internacional, quer por meio de convenções internacionais; b) quanto à questão do Poder Executivo, observa-se que mesmo no âmbito interno, ele apenas procura fazer com que se respeite as leis, mas de forma alguma sua força é irresistível. Ademais, no campo do Direito internacional existem muitas normas consuetudinárias e convencionais, principalmente sobre temas cotidianos, que são espontaneamente cumpridas. Na verdade, as normas de Direito internacional estão expostas à infidelidade como quaisquer outras; e c) a parcialidade ou imparcialidade judicial não é obstáculo para o funcionamento satisfatório da justiça arbitral *ad hoc* ou institucional em assuntos cotidianos<sup>30</sup>.

Jean Combacau, também marcha nesta mesma direção. Este autor, ao perquirir se o Direito internacional é apenas um agregado de elementos reunidos ao acaso ou um conjunto organizado em um sistema, acolhe esta segunda alternativa, por entender que o Direito internacional é uma ordem jurídica formalmente coerente, capaz de articular condutas efetivas

<sup>27</sup> VERDROSS, Alfred. *Op. cit.* p. 62. Conforme Celso D. de Albuquerque Mello: “Adolf Lasson reduz o DI a uma simples relação de força, uma vez que o Estado, sendo um fim em si mesmo, não poderia existir qualquer sistema normativo superior a ele” e “Júlio Binder considera que não existe DI, porque não existe uma comunidade internacional” (*op. cit.*, pp. 39 e 40).

<sup>28</sup> FRANCESCHINI, José Inácio G.. *Op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>29</sup> VERDROSS, Alfred. *Op. cit.*, pp. 62-63.

<sup>30</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. *Op. Cit.*, pp. 509, 510 e 523.

dos sujeitos de suas relações normativas e animada por uma lógica global<sup>31</sup>.

Muito antes de Goldschmidt e de Combacau, Alfred Verdross já rebatia o argumento de que não haveria um Direito internacional pela ausência de um poder supraestatal afirmando que uma comunidade pode criar-se não apenas por uma autoridade central, mas também pela *cooperação* dos consortes jurídicos, sobre a base de convicções jurídicas comuns, e ser garantida através de um certo equilíbrio de forças. Este tipo de estrutura se denominaria, diferentemente do *Direito de subordinação* ou fundado no senhorio, *Direito de coordenação* ou *Direito corporativo*. Também o *Direito de coordenação* estaria “sobre” os consortes jurídicos, visto que as normas estabelecidas de comum acordo seriam para estes tão obrigatórias quanto as normas do *Direito de subordinação*. Estes tipos jurídicos, aliás, só se diferenciariam na medida em que o *Direito de subordinação* possuiria órgãos centrais de criação e execução do direito, enquanto que no *Direito de coordenação* o processo de criação exigiria em todos os seus graus uma cooperação dos consortes jurídicos. Assim, ter-se-ia apenas que o *Direito corporativo* seria mais sensível do que o direito fundado no senhorio, dado que este disporia de meios coercitivos centrais, enquanto aquele seria impotente sem a cooperação dos consortes jurídicos<sup>32</sup>.

O que ocorre, segundo Verdross, é que os negadores do Direito internacional esquecem que ele não é um sistema jurídico independente e hermético. Na verdade, na medida em que ele só pode ser cumprido e realizado pelo Direito estatal, a sua natureza não pode ser determinada isoladamente, mas sim “*ha de apreenderse em el marco del derecho positivo em su conjunto, cuya corona es el DI [Direito internacional]*”<sup>33</sup>. Nesta mesma direção se conduziu o pensamento de Hans Kelsen, ainda que por caminho distinto. Senão, vejamos.

Na ótica da Teoria Pura do Direito de Kelsen, o Direito internacional é Direito na medida em que seja uma ordem coercitiva da conduta humana, tida como soberana, ligando aos fatos por ele definidos como pressupostos atos de coerção por ele determinados como conseqüências, e que possa, portanto, ser descrito em proposições jurídicas, da mesma forma que o Direito interno. A questão central para Kelsen é, pois, saber se o Direito Internacional estatui ou não atos coercivos como sanções<sup>34</sup>.

A conclusão de Kelsen é de que a guerra e as represálias são as sanções do Direito Internacional, não se distinguindo elas das sanções do Direito interno quanto ao seu conteúdo, mas apenas por se dirigirem contra o Estado, ao qual pertencem os indivíduos que as sofrem efetivamente. Destarte, para o grande

<sup>31</sup> COMBACAU, Jean. “Le Droit International: Bric-à-Brac ou Système?” in *Archives de Philosophie du Droit - Tome 31*. Paris: Sirey, 1986, p. 85. Nas palavras do autor: “*Envisagé abstraitement, c'est-à-dire comme animé seulement par le lien de validité formelle qui unit ses éléments, le droit international manifeste une cohérence qui permet d'y voir un ordre juridique (par opposition à un chaos), et c'est assez pour y reconnaître un système, au sens où les juristes, spécialement internationalistes, emploient habituellement ce mot. Même s'il présente des caractères qui le différencient de son correspondant interne, il satisfait deux conditions dont la réunion est nécessaire pour qualifier un ensemble d'éléments d'ordre, ou de système, juridique: l'ensemble des normes internationales est 'ordonné', comme le sont les rapports entre les normes internationales et les conduites qu'elles ont pour objet de régir*” (pp. 87-88).

<sup>32</sup> VERDROSS, Alfred. *Op. cit.*, p. 63.

<sup>33</sup> VERDROSS, Alfred. *Op. cit.*, p. 64.

<sup>34</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 355-356.

jurista, o Direito internacional impõe deveres e confere direitos aos Estados, na medida em que os obriga a adotar uma determinada conduta, ao ligar à conduta oposta as sanções da guerra e das represálias, e em que o direito reflexo dos Estados é revestido do poder que estes têm de recorrer à guerra e às represálias contra o Estado que viola o seu dever<sup>35</sup>.

Entretanto, Kelsen salienta que o Direito internacional não institui estes direitos e deveres diretamente – como faz a ordem jurídica interna – mas indiretamente, através da ordem jurídica interna. De fato, o Direito internacional apenas determina o que deve ser feito ou omitido, mas deixa para o Direito interno a determinação do indivíduo que tem de realizar a atuação ou omissão previstas<sup>36</sup>.

Na ótica kelseniana, o Direito internacional teria como norma fundamental a que instituisse como fato gerador de Direito o costume constituído pela conduta recíproca dos Estados. A partir desta norma, dar-se-ia então a construção escalonada do Direito internacional com o costume, que atribui direitos e impõe deveres a todos os Estados, o Direito internacional pactício, que regula a conduta

recíproca dos sujeitos da comunidade internacional através de tratados, e ainda, as normas criadas pelos tribunais internacionais e por outros órgãos pacticiamente constituídos<sup>37</sup>.

Diante de todas estas considerações, parece, pois, inegável o caráter jurídico do Direito internacional. Da mesma forma, é irrefutável que ao Direito interno cabe a sua efetiva concretização. E isto nos remete à segunda etapa de nosso estudo.

## II. A RELAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL COM O DIREITO INTERNO

### a) As Teorias que Tratam da Relação

Há quem, como Heber Arbuet Vignali e Jean Michel Arrighi, entenda que a discussão em torno das teorias que buscam explicar a relação entre o Direito internacional e o Direito

interno não mais interessaria<sup>38</sup>. Não nos parece, no entanto, que a sua importância deva ser subestimada. Afinal, o combate travado pelos ilustres defensores das suas duas principais correntes manteve por muito tempo o Direito internacional sob a luz dos holofotes, o que muito contribuiu para o seu desenvolvimento e para o desenvolvimento da ciência do Direito como um todo.

Isto apenas já justifica, portanto, o exame das teorias que se ocupam da relação entre o Direito internacional e o Direito interno. Some-se a isto o fato de que a real eficácia do Direito internacional depende de como esta relação se estabelece e se torna impossível negar que a adequada compreensão do tema que é objeto de nosso estudo exige a realização desta análise.

São duas as principais teorias que tratam da relação entre o Direito internacional e o Direito interno: a Teoria Dualista, para a qual Direito internacional e Direito interno regulam relações distintas e possuem sujeitos, fontes e objetos essencialmente diferentes; e a Teoria Monista, que defende a existência de um único conjunto de normas jurídicas, que compreenderia o Direito internacional e os inúmeros Direitos internos, estabelecendo-se entre eles relações de subordinação<sup>39</sup>. E a forma com que

tal relação se estabelece divide ainda o monismo em duas outras correntes: o Monismo com primado do Direito internacional e o Monismo com primado do Direito interno.

A concepção dualista (Fig. 1) afirma que o Direito internacional e o Direito interno são dois ordenamentos jurídicos completamente separados, inexistindo entre eles uma relação sistemática e sendo, por conseguinte, impossível a ocorrência de um conflito entre as normas de cada um dos mesmos. Ademais, para que uma norma internacional viesse a produzir efeitos na ordem interna teria de ser assimilada pelo Direito interno, ou seja, teria de transformar-se numa norma de Direito interno. Esta teoria foi elaborada por Triepel e encontrou grande receptividade na doutrina italiana, onde foi defendida principalmente por Anzilotti<sup>40</sup>.

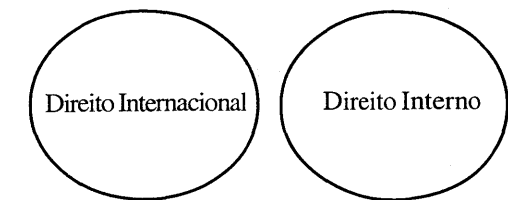


Fig. 1. Teoria Dualista

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, pp. 358 e 360. Ainda que veja no Direito internacional, como ordem coerciva, o mesmo caráter do Direito estatal, Kelsen deste o distingue por ver no Direito internacional uma certa semelhança com o Direito da sociedade primitiva, em função de não instituir ele órgãos que funcionem segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e aplicação das suas normas. Para Kelsen, o Direito internacional estaria ainda em um estágio de grande descentralização, carente de uma instância objetiva que decida o litúgio através de um processo juridicamente regulado e assistido a vigência da técnica da autodefesa (pp. 358-359).

<sup>36</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 361. Isto não impede, contudo, que em alguns casos o Direito internacional imponha deveres diretamente aos indivíduos, os quais são constituídos através de sanções específicas do Direito estatal, quais sejam, penas e execuções. Tal é o caso do delito internacional de pirataria e dos crimes de guerra (p. 363).

<sup>37</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, pp. 359-60.

<sup>38</sup> VIGNALI, Heber Arbuet & ARRIGHI, Jean Michel. “Os Vínculos entre o Direito Internacional Público e os Sistemas Internos” in *Revista de Informação Legislativa*, nº 115, Julho-Setembro 1992, p. 414. Isto porque, segundo estes autores, “o desenvolvimento de ambas as teses demonstrou que se pode ser monista ou dualista e sustentar a primazia da ordem interna ou da ordem internacional, e porque geralmente tanto monistas como dualistas, além das correntes coordenadoras e normalmente a prática dos Estados, aceitam pacificamente a primazia do Direito Internacional Público” (p. 414-415).

<sup>39</sup> ARRIGHI, Jean Michel. “La Solución de Controversias entre Normas Internacionales y Normas Nacionales (con especial referencia al MERCOSUR)” in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Nacional*, nº 45 e 46, Janeiro-Junho 1994, p. 43. Este autor diferencia ainda os objetivos das teorias dizendo que para os monistas a questão era determinar a relação hierárquica entre as normas internas e as internacionais; para os dualistas era determinar como se vinculavam as duas ordens, tidas por distintas.

<sup>40</sup> ANZILOTTI, Dionísio. *Cours de Droit International*. Paris:Recueil Sirey, 1929, v. I. Diz este autor: “Emanant de normes fondamentales autonomes, le droit international et le droit interne sont, par suite, des ordres séparés” (p. 51).

As principais críticas feitas por Verdross a esta orientação são no sentido de que um dualismo conseqüente conduziria à própria negação do Direito internacional. Afinal, caso os órgãos estatais devessem e pudessem aplicar apenas o seu próprio ordenamento jurídico, nem mesmo os órgãos supremos poderiam aplicar o Direito internacional. Da mesma forma, para Verdross, esta teoria se auto-refutaria na medida em que, mesmo admitindo a impugnação do Direito interno contrário ao Direito internacional segundo um procedimento jurídico-internacional, ela nega, não obstante, a subordinação do Direito interno ao Direito internacional<sup>41</sup>.

Franceschini acrescenta que a concepção dualista “não esclarece como as partes de um tratado podem pedir reparação pela violação do Direito Internacional, sendo certo, segundo os críticos, que a eventual reparação da ofensa restituiria ao Direito Internacional seu caráter supremo”<sup>42</sup>. E Jean Michel Arrighi

encerra a questão apontando que “*la práctica interna de los Estados demuestra que, muchas veces, la norma internacional es directamente incorporada al orden interno sin necesidad de ninguna transformación*” e que “*el dualismo tampoco logra explicar la existencia de fuentes de derecho internacional que, como la costumbre o las relaciones de algunas organizaciones internacionales, pueden obligar a los Estados, las hayan aprobado o no*”<sup>43</sup>.

Por outro lado, de acordo com a Teoria Monista, o Direito internacional é concebido ou como uma ordem jurídica delegada pela estatal e, assim, nela incorporada, ou como uma ordem jurídica total que delega nas ordens estatais, as quais seriam abrangidas pela ordem internacional, superior a elas<sup>44</sup>. Como já referido, temos, assim, respectivamente, dentro da Teoria Monista, duas vertentes: o monismo com primado do Direito interno e o monismo com primado do Direito internacional<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> VERDROSS, Alfred. *Op. cit.*, pp. 66 (nota nº 5) e 68. No mesmo sentido, Celso D. de Albuquerque Mello (*op. cit.*, p. 45), que faz também uma interessante colocação: “se a validade dos tratados internacionais repousasse nas normas constitucionais que estabelecem o seu modo de conclusão, como sustentara Wenzel, toda modificação na ordem constitucional por um processo revolucionário deveria acarretar a caducidade de todos os tratados, concluídos na vigência do regime anterior. Entretanto, isso não ocorre, porque em nome da continuidade e permanência do Estado ele é ainda obrigado a cumprir os tratados concluídos no regime jurídico anterior” (*loc. cit.*).

<sup>42</sup> FRANCESCHINI, José Inácio G.. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>43</sup> ARRIGHI, Jean Michel. *Op. cit.*, p. 44.

<sup>44</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, pp. 369-370. Riccardo Monaco, adepto do dualismo, sintetiza as críticas feitas ao monismo, afirmando que: “*La conception moniste ressemble plutôt à une hypothèse qu'à une véritable théorie: si séduisante qu'elle puisse apparaître et apte à faciliter la solution de problèmes délicats de la théorie du droit international, elle a le tort de ne pas correspondre à l'évolution historique du droit international, ni à ses applications pratiques*” (“Cours Général sur des Principes de Droit International Public” in *Recueil des Cours, Tome 125*. Holanda: A.W. Sijthoff, 1970, p. 251).

<sup>45</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, pp. 369-370. Kelsen distingue estas correntes nos seguintes termos: “A diferença entre as duas construções monistas das relações entre o Direito internacional e o Direito estadual respeita apenas ao fundamento da validade do Direito internacional, não ao seu conteúdo. Segundo a primeira, que tem o seu ponto de partida na validade de uma ordem jurídica estadual, o fundamento de validade do Direito internacional é a norma fundamental pressuposta por força da qual a fixação da primeira Constituição histórica do Estado, cujo ordenamento forma o ponto de partida da construção, é um fato gerador de Direito. Segundo a outra, que não toma o seu ponto de partida numa ordem jurídica estadual mas no Direito internacional, o seu fundamento de validade é a norma fundamental pressuposta por virtude da qual o costume dos Estados é um fato gerador de Direito” (p. 378). Para Kelsen, o primado do Direito internacional desempenha um papel importante na ideologia política do pacifismo e o primado do Direito interno na do imperialismo (p. 382). Jean Michel Arrighi menciona um terceiro caminho, aquele segundo o qual “*tanto el orden jurídico internacional como los ordenes jurídicos internos están incluídos em un tercer orden común a ambos, se afilian a la existencia de un derecho natural cuyos principios informan a todos los ordenes jurídicos positivos, lo que no resuelve el posible conflicto entre normas de distintos ordenes*” (*op. cit., loc. cit.*). Kelsen também aventa a possibilidade de uma terceira solução (p. 369).

A ótica monista com primado do Direito interno (*Fig. 2*) teve por defensores, entre outros, Wenzel, Decencièrre-Ferrandièrre e Jellinek, inspirados pelas idéias de Hegel, cuja posição, já referida, se fundamentava na supremacia do direito estatal<sup>46</sup>. Para esta corrente, o Direito internacional é concebido como uma ordem jurídica delegada pela estatal e, por conseguinte, nela incorporada. Assim, ao entender que o Direito internacional apenas vigora em relação a um Estado quando este o reconhece como vinculante, esta teoria termina por reduzir o Direito internacional a uma simples parte do Direito interno. Como bem aponta Kelsen, de acordo com esta visão, o Direito internacional adquire contornos de um “Direito estatal externo”<sup>47</sup>. No entendimento de Franceschini, daí viria a principal crítica à adoção desta teoria, pois ela “implicaria a negação da existência do direito internacional como direito autônomo e independente”<sup>48</sup>.



*Fig. 2.* Teoria Monista com primado do Direito Interno

<sup>46</sup> FRANCESCHINI, José Inácio G.. *Op. cit.*, p. 28.

<sup>47</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 373.

<sup>48</sup> FRANCESCHINI, José Inácio G.. *Op. cit., loc. cit.*. No mesmo sentido, Jean Michel Arrighi, *op. cit., loc. cit.*

<sup>49</sup> VERDROSS, Alfred. *Op. cit.*, pp. 65-66. O mesmo autor, contudo, bem lembra que os órgãos internacionais chamados a se pronunciar sobre leis internas frente ao Direito internacional não têm competência para derogá-las. Eles apenas podem comprovar sua oposição ao Direito internacional e sugerir ao Estado culpável que promova a sua derrogação ou a sua não aplicação (p. 67). Emile Giraud, adepto do monismo com primado do direito internacional, diz que: “*Le principe de la supériorité du droit international sur le droit interne est fondamental. Affirmer cette supériorité ce n'est pas proclamer un idéal, c'est simplement constater ce qui est*” (“Le Droit International Public et la Politique” in *Recueil des Cours, Tome 110*. Holanda: A.W. Sijthoff, 1966, p. 601).



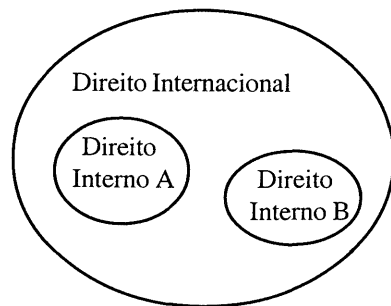


Fig. 3. Teoria Monista com primado do Direito Internacional

Enfim, parece-nos que existe entre o Direito internacional e o Direito interno uma determinada conexão sistemática que não pode ser negada ou desconsiderada. Não obstante, Heber Arbuét Vignali e Jean Michel Arrighi bem apontam que o Direito internacional positivo não adere nem à corrente dualista, nem à monista<sup>50</sup>.

Pastor Ridruejo, citado pelos mesmos autores, afirma que a importância da relação entre o Direito internacional e o Direito interno advém do fato de que a real eficácia do Direito internacional “depende, em grande parte, da fidelidade com que os Direitos nacionais se ajustem às normas internacionais e lhes dêem

eficácia... É essencial, nesse sentido, que o Direito nacional facilite o cumprimento do Direito internacional e, mais ainda, em caso de conflito, o Direito do Estado não seja obstáculo à observância das normas internacionais”<sup>51</sup>. E é justamente a temática das soluções que são dadas pelo Direito internacional e pelos ordenamentos internos para os conflitos que se estabelecem entre as suas normas que será o objeto da última etapa deste estudo.

### b) Os Conflitos entre o Direito Internacional e o Direito Interno

O Direito internacional positivo, apesar de não assumir posição no que concerne à querela monismo-dualismo, consagra a prevalência do Direito internacional sobre o Direito interno em caso de conflitos. Faz isto através do artigo 13 da Resolução 375 (IV) da Assembleia Geral das Nações Unidas e do artigo 27 da Convenção de Viena, de 1969, sobre Direito dos Tratados<sup>52</sup>. A jurisprudência dos tribunais internacionais, como não poderia deixar de fazer, reproduz este entendimento<sup>53</sup>.

O tema se torna mais complexo, no

<sup>50</sup> VIGNALI, Heber Arbuét & ARRIGHI, Jean Michel. *Op. cit.*, p. 415.

<sup>51</sup> VIGNALI, Heber Arbuét & ARRIGHI, Jean Michel. *Op. cit.*, p. 414.

<sup>52</sup> Cf. ARRIGHI, Jean Michel. *Op. cit.*, p. 45. Dizem tais normas, respectivamente, que: “Art. 13. Todo Estado tem o dever de cumprir de boa-fé as obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes de Direito internacional, e não pode invocar disposições de sua própria Constituição ou de suas leis como desculpa para deixar de cumprir este dever”; e “Art. 27. Uma parte não poderá invocar as disposições de seu Direito interno como justificação para o descumprimento de um tratado. Esta norma se entenderá sem prejuízo do disposto no artigo 46”, o qual dá a única exceção: “Art. 46. (...) a não ser que esta violação seja manifesta e afete uma norma de importância fundamental de seu Direito interno” (*loc. cit.*). Arrighi acrescenta ainda que a Convenção de Havana sobre Tratados de 1928, em seus artigos 10, 11 e 12, já estabelecia a primazia do Direito internacional e que tanto os tribunais arbitrais como a Corte Internacional, a Corte de Direitos Humanos e a Corte das Comunidades Europeias também sempre consagraram o princípio da superioridade do Direito internacional (pp. 45-46). Verdross também manifesta esta impressão (*op. cit.*, p. 68). É interessante observar que a Convenção de Viena adotou uma postura eclética, prevalecendo em princípio a norma internacional e como exceção a regra interna.

<sup>53</sup> Assim apontam Jean Michel Arrighi (*op. cit.*, p. 46), Jean Michel Arrighi e Heber Arbuét Vignali (*op. cit.*, p. 419) e Luiz Flávio Gomes (“A Questão da Obrigatoriedade dos Tratados e Convenções no Brasil (Particular Enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)” in *Revista dos Tribunais*, nº 710, Dezembro 1994, p. 24).

entanto, quando focado a partir da perspectiva dos diversos ordenamentos internos. Antonio Cassese, citado por George Rodrigo Bandeira Galindo, divide as Constituições, no que tange ao tratamento que dispensam aos tratados internacionais, em quatro grupos distintos: 1) Constituições que ignoram a questão da implementação dos tratados; 2) Constituições que estabelecem que as obrigações convencionais devem ser obedecidas por todos os cidadãos e funcionários dentro do Estado, mas que não garantem aos tratados superioridade hierárquica em relação às leis ordinárias; 3) Constituições que prevêm a suprallegalidade dos tratados; e 4) Constituições que permitem que tratados modifiquem ou revisem disposições constitucionais<sup>54</sup>.

Nesse contexto, é interessante examinar como alguns ordenamentos internos enfrentam a questão. Apesar de sabermos de antemão que encontraremos mais de uma solução, o exame comparativo servirá para nos apontar, dentre os possíveis, qual o caminho mais comumente adotado hoje ao redor do mundo.

Na Holanda, tanto a Constituição de 1972, revisada em 1983, como a jurisprudência reconhecem a supremacia dos tratados internacionais sobre as leis internas. Em seu artigo 94, a Constituição holandesa estabelece:

“Não serão aplicáveis as normas jurídicas vigentes no Reino quando sua aplicação seja incompatível com as disposições de um tratado ou com as resoluções das instituições internacionais que obriguem os particulares”<sup>55</sup>.

Segundo Vignali e Arrighi, a supremacia do Direito internacional também teria sido reconhecida na Bélgica, a partir de um acórdão da Corte de Apelação de Bruxelas, de 1971 (caso “Fromagerie Franco-Suisse Le Ski”)<sup>56</sup>. Na Alemanha, a própria Constituição, em seu artigo 25, já acolhe esta orientação, ao estabelecer que: “As normas gerais do Direito internacional público são parte integrante do Direito federal, tem primazia sobre as leis e são fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal”<sup>57</sup>.

Após longa discussão, na Itália, a primazia do Direito internacional em relação ao Direito interno teria sido admitida pelo Tribunal Constitucional, em 1984 (caso “Granifal”)<sup>58</sup>. Entretanto, apesar deste reconhecimento, deve ser ressaltado que em função da falta de previsão constitucional expressa, a jurisprudência majoritária permanece atrelada à doutrina dualista. Com isto, os tratados têm de ser transformados em lei interna para gerar direitos e obrigações, e podem, assim, ser modificados por uma lei posterior<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira. “Reforma Constitucional e o Problema da Superioridade Hierárquica dos Tratados Frente às Leis Internas” in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 27, Abril-Junho 1999, p. 144. Segundo Cassese, os dois primeiros grupos seriam dominados por aspirações nacionalistas, enquanto os dois últimos seriam mais “internacionalmente orientados”.

<sup>55</sup> Cf. VIGNALI, Heber Arbuét & ARRIGHI, Jean Michel, *op. cit.*, p. 417; e ARRIGHI, Jean Michel, *op. cit.*, p. 48. Luiz Flávio Gomes salienta, entretanto, que as normas internacionais não chegam ao mesmo patamar das regras constitucionais, ocupando apenas uma posição de destaque no ordenamento infraconstitucional (*op. cit.*, *loc. cit.*).

<sup>56</sup> Cf. VIGNALI, Heber Arbuét & ARRIGHI, Jean Michel, *op. cit.*, p. 418.

<sup>57</sup> ARRIGHI, Jean Michel, *op. cit.*, p. 48.

<sup>58</sup> Cf. VIGNALI, Heber Arbuét & ARRIGHI, Jean Michel, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>59</sup> ARRIGHI, Jean Michel, *op. cit.*, *loc. cit.*

Na França, a Constituição de 1958, em seu artigo 55, dispõe que: “Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, desde sua publicação, uma autoridade superior às leis, sob condição, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte”. Contudo, em que pese este claro comando constitucional, a jurisprudência está dividida. Enquanto o Tribunal de Cassação sustenta a primazia do tratado, o Conselho de Estado mantém uma posição contrária à primazia do Direito internacional sobre lei posterior<sup>60</sup>.

A Constituição de Portugal trata do tema em foco no item 1 de seu artigo 8º, que dispõe: “As normas e os princípios de Direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do Direito português”. E, ainda, no item 2 do seu artigo 277: “A inconstitucionalidade orgânica ou formal dos tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação de suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental”.

Na Grécia, o artigo 28 da Constituição de 1975, em seu item 1, determina que: “As regras geralmente reconhecidas do Direito internacional e as convenções internacionais após serem ratificadas e em vigor de acordo com seus respectivos termos, constituem parte integrante do Direito grego e se sobrepõe a qualquer disposição legal em contrário. A aplicação das regras do Direito internacional e convenções

internacionais no caso de estrangeiros deve ser sempre efetuada em condições de reciprocidade”. Entretanto, apesar desta clara determinação, a jurisprudência tem vacilado, atribuindo muitas vezes primazia à norma interna<sup>61</sup>.

Nos termos do parágrafo 1º do artigo 96 da Constituição espanhola de 1978: “Os tratados internacionais validamente celebrados, uma vez publicados oficialmente na Espanha, farão parte do ordenamento interno. Suas disposições só poderão ser derogadas, modificadas ou suspensas na forma prevista nos próprios tratados ou de acordo com as normas gerais do Direito internacional”. Também neste caso houve vacilação por parte da jurisprudência para resolver a questão da hierarquia entre as normas do Direito internacional e do Direito interno. De fato, ao mesmo tempo em que o Tribunal Supremo proclamou, em decisão de 1985, a supremacia dos tratados, atribuindo-lhes “um valor superlegal e quase constitucional”, há outros julgados que dão prevalência às normas internas<sup>62</sup>.

Na Inglaterra, quanto à hierarquia, a tendência da jurisprudência era no sentido de que o tratado faz parte do Direito interno (“*international law is part of the law of the land*”) e pode ser derogado por um ato parlamentar posterior. Este entendimento, contudo, tenderia a se alterar em virtude do ingresso dos britânicos na Comunidade Econômica Européia, passando-se a atribuir primazia ao Direito internacional<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Cf. VIGNALI, Heber Arbut & ARRIGHI, Jean Michel, *op. cit.*, *loc. cit.*, e ARRIGHI, Jean Michel, *op. cit.*, p. 47.

<sup>61</sup> Cf. ARRIGHI, Jean Michel. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>62</sup> Cf. ARRIGHI, Jean Michel. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>63</sup> Cf. ARRIGHI, Jean Michel. *Op. cit.*, p. 47. O autor aponta que, na Inglaterra, a aprovação e ratificação de tratados são prerrogativas da Coroa, sem que haja participação do parlamento. Todavia, para evitar que desta forma a Coroa possa legislar sem o acordo do parlamento, na hipótese de tratados que acarretem encargos para os fundos públicos ou que afetem direitos privados, os mesmos só podem ser aplicados pelo juiz nacional mediante prévia autorização parlamentar. E a delimitação dos tratados que requerem aprovação parlamentar é realizada pelo próprio juiz, caso a caso (*loc. cit.*).

Nos Estados Unidos, o item 2 do artigo VI da Constituição de 1787 determina: “Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos que sejam ditadas de acordo com ela, e todos os tratados celebrados ou que se celebrem sob a autoridade dos Estados Unidos serão a Lei suprema da Nação; e os juízes, em cada Estado, estarão sujeitos a elas ainda que a Constituição ou as leis do Estado disponham o contrário”. Em caso de conflito entre uma norma de Direito internacional e uma lei nacional, a jurisprudência tem aplicado a chamada doutrina “*last in time*”, segundo a qual ambas têm a mesma hierarquia, prevalecendo a que for posterior. De qualquer forma, a jurisprudência também tem afirmado que a Constituição é hierarquicamente superior ao tratado<sup>64</sup>.

A Constituição argentina, claramente inspirada na norte-americana, dispõe em seu artigo 31: “Esta Constituição, as leis da Nação que em sua consequência dite o Congresso e os tratados com as potências estrangeiras, são a lei suprema da Nação; e as autoridades de cada província estão obrigadas a conformar-se a ela, não obstante qualquer disposição em contrário que contenham as leis ou constituições provinciais, salvo para a Província de Buenos Aires, os tratados ratificados depois do Pacto de 11 de novembro de 1859”. O artigo 75 da Constituição Argentina também dispõe sobre a matéria ao delimitar as atribuições do

Congresso: “Compete ao Congresso: (...) 22. Aprovar ou rejeitar tratados celebrados com outras nações e organizações internacionais e as concordatas<sup>65</sup> com a Santa Sé. Os tratados e concordatas têm hierarquia superior às leis”<sup>66</sup>.

A constituição peruana de 1979 previa a supremacia do tratado sobre a lei, ao dispor em seu artigo 101 que: “Os tratados internacionais celebrados pelo Peru com outros Estados, fazem parte do Direito nacional. Em caso de conflito entre o tratado e a lei, prevalecerá o primeiro”. A doutrina e a jurisprudência peruanas, entretanto, asseguravam primazia às normas constitucionais, quando estas entrassem em conflito com normas internacionais<sup>67</sup>. A nova Constituição de 1993, em seu artigo 55, refere apenas que: “Os tratados celebrados pelo Estado e em vigor fazem parte do Direito nacional”.

No Chile, não há disposição constitucional expressa a respeito da questão. A jurisprudência, em se tratando de conflito de norma interna com costume internacional, geralmente dá prevalência ao Direito interno. Já quando o conflito é com um tratado, ela tem entendido que este possui a mesma hierarquia que a lei interna, prevalecendo, em qualquer caso, as normas constitucionais<sup>68</sup>.

Também a Constituição do Uruguai se omite sobre o problema, apresentando apenas disposições sobre os órgãos competentes para

<sup>64</sup> Cf. ARRIGHI, Jean Michel. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>65</sup> “Concordata” aqui tem o significado de “convenção entre o Estado e a Igreja acerca de assuntos religiosos de uma nação” (Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 447).

<sup>66</sup> Este mesmo item confere expressamente à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, à Declaração Universal dos Direitos Humanos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, entre outras, hierarquia constitucional, de forma complementar aos direitos e garantias reconhecidos pela Constituição, sem poder, no entanto, derogar qualquer artigo da Primeira Parte desta. É interessante observar que, conforme Jean Michel Arrighi, em decisão de 1992, ou seja, antes mesmo da Reforma constitucional de 1994, a Corte Suprema de Justiça da Nação já havia sustentado a primazia da Convenção Americana sobre Direitos Humanos sobre as leis internas, assim como a sua aplicação direta (*op. cit.*, pp. 50-51).

<sup>67</sup> Cf. ARRIGHI, Jean Michel. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>68</sup> ARRIGHI, Jean Michel. *Op. cit.*, *loc. cit.*

a aprovação e ratificação de tratados. Segundo Jean Michel Arrighi, no que concerne a conflitos entre tratados e leis, salvo algumas decisões, os tribunais em geral atribuem a ambas as normas a mesma hierarquia e em caso algum hierarquia superior ou igual à Constituição<sup>69</sup>.

Finalmente, cumpre enfatizar mais atentamente o tratamento que é dado a matéria pelo nosso ordenamento jurídico. Da mesma forma que no Uruguai, a Constituição Federal brasileira de 1988 não se pronunciou sobre a questão da hierarquia existente entre normas internacionais e internas, veiculando tão-somente disposições sobre os procedimentos de aprovação e ratificação de tratados internacionais (artigos 49, I, e 84, VIII).

Devemos começar, portanto, pelo procedimento que deve ser seguido para que os tratados internacionais passem a vigorar internamente no Brasil. Devidamente firmado, o tratado deve ser aprovado pelo Congresso Nacional, por maioria absoluta de votos, mediante a edição de decreto legislativo promulgado pelo Presidente do Senado Federal. Assim aprovado, o tratado pode então ser ratificado pelo Presidente da República em nome da República Federativa do Brasil. Também ao Presidente da República cabe, através de decreto, promulgar o tratado, incorporando-o ao ordenamento jurídico interno e passando o mesmo a ser aplicado de forma geral e obrigatória, vinculando poderes públicos e particulares<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> ARRIGHI, Jean Michel. *Op. cit.*, pp. 52 e 54.

<sup>70</sup> Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 550.

<sup>71</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 22. O autor lembra a lição de João Grandino Rodas: “É corolário da teoria dualista a necessidade de, através de alguma formalidade, transportar o conteúdo normativo dos tratados para o direito interno, para que estes, embora já existentes no plano internacional, possam ter validade e executoriedade no território nacional. Consoante o monismo, não será necessária a realização de qualquer ato pertinente ao direito interno após a ratificação”.

<sup>72</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 23. Neste mesmo sentido é a manifestação de Luiz Olavo Baptista (“Inserção dos Tratados no Direito Brasileiro” in *Revista de Informação Legislativa*, nº 132, Outubro-Dezembro 1996, p. 73).

a norma internacional conflita com a Constituição. Estas são as três hipóteses possíveis na perspectiva do “sistema diferenciador”<sup>73</sup>.

Para aqueles que seguem esta corrente, no primeiro caso, a norma internacional possuiria valor constitucional e revogaria todas as disposições internas que lhe fossem contrárias. Na segunda hipótese, em que se tem um direito não previsto, mas de acordo com nosso ordenamento, aplicar-se-ia o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, adquirindo a norma internacional força de lei ordinária e resolvendo-se eventuais conflitos pelo princípio *lex posterior derogat priori*. Finalmente, no terceiro caso, prevaleceria a Constituição<sup>74</sup>.

A maior parte da doutrina, entretanto, não costuma fazer esta distinção. Na verdade,

para ela o tratado se integra ao Direito interno ou gozando de posição expressamente superior, ou possuindo a mesma hierarquia das normas internas.

A posição antiga da jurisprudência nacional consagrava a superioridade do Direito internacional. Luiz Flávio Gomes cita como exemplos desta orientação as decisões do Supremo Tribunal Federal no Pedido de Extradicação nº 7, de 1914, nas Apelações Cíveis nº 7.872, de 1943, e nº 9.587, de 1951, e, ainda no já referido Recurso Extraordinário nº 71.154<sup>75</sup>. Afirma também que o artigo 98 do Código Tributário Nacional teria sido fruto desta concepção<sup>76</sup>.

Após o Recurso Extraordinário nº 80.004, julgado pelo STF em 1978, todavia, passou-se a entender que tratados e normas internas têm a mesma hierarquia<sup>77</sup>. Realmente, a jurisprudência

<sup>73</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>74</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, *loc. cit.*. Nesta linha, Luiz Olavo Baptista afirma que: “No Brasil, desde a Constituição de 1988, temos algumas regras de direito internacional que, introduzidas no direito brasileiro, não mais podem ser revogadas, pois estão sob o império da chamada cláusula pétrea” (*op. cit.*, p. 74).

<sup>75</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 26. Jean Michel Arrighi cita os mesmos precedentes (*op. cit.*, p. 52). Em outro artigo, entretanto, Heber Arbué Vignale e Jean Michel Arrighi, afirmam que desde 1941, decisões do STF reconheceriam a aplicabilidade dos tratados na ordem interna, mesmo com o advento de lei posterior contrária (*op. cit.*, p. 418). George Rodrigo Bandeira Galindo, no entanto, observa que há autores que entendem que a jurisprudência não era pacífica neste sentido (*op. cit.*, p. 147).

<sup>76</sup> Diz o artigo 98 do CTN: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”. Esta norma permite perceber a inegável carga política que permeia o problema da superioridade hierárquica dos tratados perante as leis internas. A jurisprudência do STF sobre os conflitos entre tratados internacionais em matéria tributária e o Direito interno é examinada com mais detalhes por José Fernando Cedeño de Barros (“Monismo e Dualismo - Tratados Internacionais e o Direito Interno Brasileiro à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - Interpretação do Art. 98 do CTN” in *Cadernos de Direito Tributário*, nº 27, pp. 79-94).

<sup>77</sup> Cabe reproduzir, pela sua importância, o seguinte trecho do voto do Ministro Cunha Peixoto: “se a lei uniforme transformou-se em direito positivo brasileiro, evidente que pode ser modificada ou revogada, como qualquer outro diploma legal. Do contrário transformar-se-ia qualquer lei que procedesse de algum tratado em super-lei, em situação superior à própria Constituição brasileira... Portanto, ou o tratado se transforma, pela simples ratificação, em lei ordinária, no Brasil, ou, então, não poderá ser revogada ou modificada pelo congresso, como qualquer outra lei...”. Igualmente pertinente a lição de Lélcio Candiota de Campos, citado pelo Ministro Cordeiro Guerra em seu voto: “Parece, outrossim, que o direito entrado pela via da recepção do tratado está no mesmo plano de igualdade que o internamente elaborado, não sendo superior a este. Nossa Constituição não contém norma expressa de predominância do Direito internacional, como a francesa... No próprio Direito americano, onde se reconhece ao tratado o caráter de ‘*supreme law of the land*’, contudo, não se veda a posterior elaboração legislativa a ele contrária...”.

acolheu a tese de que ao ser incorporada ao ordenamento nacional, a norma internacional adquire força de lei ordinária.

Cabe salientar também que, diversamente da tese supra referida de Luiz Flávio Gomes, esta mesma jurisprudência atribui aos tratados nível hierárquico sempre inferior ao da Constituição, sujeitando-os, pois, inclusive ao controle de constitucionalidade. E a doutrina também abraça esta orientação<sup>78</sup>.

De qualquer forma, o certo é que diante desta orientação, os conflitos que porventura ocorrerem entre tratados internacionais e leis internas serão resolvidos pelo princípio *lex posterior derogat priori*. Isto significa dizer que tratado posterior revoga lei anterior e lei posterior revoga tratado anterior<sup>79</sup>.

A este respeito, no entanto, deve-se observar que já em seu voto no célebre Recurso Extraordinário nº 80.004, o Ministro Leitão de Abreu fazia um necessário registro. Dizia ele: “a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei

revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória”. Ou seja, a lei posterior contrária não revogaria, propriamente, o tratado, mas, sim, o tornaria inaplicável pelos tribunais nacionais<sup>80</sup>.

Por outro lado, cabe apontar que em sendo negada aplicabilidade ao tratado no âmbito interno, o Estado poderá ser responsabilizado na esfera internacional pelo seu descumprimento. Afinal, internacionalmente subsistirá sua obrigação perante os demais signatários do tratado.

Diante de todos os exemplos acima referidos, constatamos a existência de basicamente quatro soluções para a questão dos conflitos que se estabelecem entre os tratados internacionais e os ordenamentos internos dos países: 1) a primazia das leis internas; 2) a primazia dos tratados; 3) a equivalência hierárquica entre tratados e leis; e, finalmente, 4) a atribuição de *status* constitucional ou de lei ordinária aos tratados conforme o caso concreto<sup>81</sup>.

De qualquer forma, parece claro que a

<sup>78</sup> Neste sentido, George Rodrigo Bandeira Galindo (*op. cit.*, p. 153). Luiz Olavo Baptista ainda defende a tese de que “o tratado, ainda que verse sobre matéria típica de lei complementar, não passará do nível da lei ordinária...”, “Para que faça efeito - ainda que promulgado - faz-se necessária a edição de lei complementar que incorpore seus preceitos no direito brasileiro”, reconhecendo, contudo, que não há precedente judicial que a sustente (*op. cit.*, p. 75).

<sup>79</sup> Nesse sentido, a lição de Jacob Dollinger: “A posição do STF através dos tempos é de coerência e resume-se a dar o mesmo tratamento a lei e ao tratado, sempre prevalecendo o diploma posterior, excepcionados os tratados fiscais e de extradição, que por sua natureza contratual exigem denúncia formal para deixarem de ser cumpridos” (*apud* Luiz Olavo Baptista, *op. cit.*, p. 78). George Rodrigo Bandeira Galindo também aponta estas exceções (*op. cit.*, p. 147).

<sup>80</sup> Ainda no que diz respeito ao rigor técnico no tratamento da matéria, no julgamento da Apelação Cível nº 41.938 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o então Desembargador Athos Gusmão Carneiro ressaltou em seu voto que “a existência de divergências entre ambas - a norma internacional e a de direito interno - não significa propriamente conflito, mas traduz mera oposição. O plano internacional e o interno jamais se cruzam, jamais se entrecrocaram, jamais podem, portanto, conflitar”. Devemos ressaltar, contudo, o tom dualista desta concepção.

<sup>81</sup> No que concerne ao Brasil, no Recurso Extraordinário nº 80.004, o Ministro Cordeiro Guerra ratificou o entendimento de que a promulgação de um tratado lhe confere força de lei, mas não constitucional. Vicente Marotta Rangel, em excelente artigo, já em 1967 confirmava esta orientação (“Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais” in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Nacional*, nº 45 e 46, Jan-Dez 1967, p. 63).

corrente que sustenta a supremacia do Direito interno perante o Direito internacional vem perdendo espaço<sup>82</sup>. No influxo dos movimentos de integração, com um aumento constante do número de acordos internacionais e com a participação cada vez mais freqüente dos Estados em organismos internacionais, passou-se a atribuir às normas internas e às internacionais posição equivalente dentro dos ordenamentos internos.

No Brasil, diante do silêncio da Constituição Federal coube à jurisprudência resolver a questão. E o Supremo Tribunal Federal acatou o entendimento da equivalência, com prevalência em todos os casos da Carta constitucional<sup>83</sup>.

Agora, parece-nos que a tendência seria no sentido do reconhecer-se a superioridade dos tratados internacionais perante as leis internas, sejam eles anteriores ou posteriores às mesmas. Assim, o que já era claro para o Direito internacional positivo e para os tribunais internacionais, tenderia agora a ser também aceito pelos ordenamentos internos. Isto, contudo, só o tempo confirmará.

## CONCLUSÃO

A partir dos elementos analisados ao longo de nosso estudo, observamos que o Direito internacional já existia de forma embrionária na Antigüidade. Com o seu desenvolvimento ao longo dos séculos confirmaram-se a sua necessidade e a sua utilidade. De limitado que foi em seu período

clássico, o Direito internacional teve então gradativamente ampliados seus sujeitos e suas fontes e expandido seu objeto.

No decorrer da análise feita, constatamos também a insubsistência dos argumentos daqueles que negaram caráter jurídico ao Direito internacional e que tiveram de silenciar-se diante da realidade. Quanto a esta questão, acompanhamos a concepção de Kelsen e Verdross, os quais atestam este caráter jurídico do Direito internacional, ao mesmo tempo em que defendem a concepção monista, ou seja, a existência de um sistema jurídico composto pelo Direito internacional e pelos inúmeros Direitos internos.

Neste sentido, não nos parece que tenham razão aqueles que dizem ser superado ou mesmo irrelevante o debate estabelecido entre monistas e dualistas. Afinal, caso ele tivesse sido efetivamente superado, não assistiríamos ainda hoje o constante exercício doutrinário de enquadrar numa ou noutra corrente este ou aquele ordenamento interno. Da mesma forma, uma disputa que tanto contribuiu para o desenvolvimento do Direito internacional e da ciência jurídica não pode ser subestimada.

De outra parte, não podemos deixar de perceber que tratados internacionais são firmados com cada vez mais freqüência, nem que temas que eram considerados exclusivos do Direito interno, foram ganhando paulatinamente foro internacional. Com isto, adquiriram relevo as questões da relação entre as normas internacionais com as normas internas e das formas por meio das quais são

<sup>82</sup> Neste sentido, VIGNALI, Heber Arbuet & ARRIGHI, Jean Michel, *op. cit.*, p. 420, e FRANCESCHINI, José Carlos de Magalhães, *op. cit.*, p. 420.

<sup>83</sup> Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão no julgamento dos Hábeas Corpus nº 72.131, nº 73.044-2/SP e nº 74.383, entre outros. Não obstante, há decisões em que se entendeu em sentido contrário, admitindo-se a derrogação de disposição constitucional por instrumentos internacionais (v.g. Habeas Corpus nº 197042666, julgado pelo extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul).

solucionados os conflitos que entre elas se estabelecem.

Finalmente, diante de tudo quanto pudemos analisar, reafirmamos a importância e a atualidade do tema proposto. Com certeza, o intercâmbio cultural e econômico não é uma peculiaridade de nosso mundo atual, fazendo-se presente desde os mais remotos tempos. Todavia, os modernos meios de comunicação e de transporte o intensificaram em proporções assombrosas. E isto impõe desafios cada vez maiores para o Direito e para seus operadores. Cumpre, pois, que os enfrentemos e, para tanto, devemos conhecer e aperfeiçoar os instrumentos de que dispomos, dentre eles, o Direito internacional<sup>84</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro, 1956, v. I.

ANZILOTTI, Dionisio. *Cours de Droit International*. Paris: Recueil Sirey, 1929, v. I.

ARRIGHI, Jean Michel. “La Solución de Controversias entre Normas Internacionales y Normas Nacionales (con especial referencia al MERCOSUR)” in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Nacional*, nº 45 e 46, Janeiro-Junho 1994, pp. 39-66.

BAPTISTA, Luiz Olavo. “Inserção dos Tratados no Direito Brasileiro” in *Revista de Informação Legislativa*, nº 132. Outubro-Dezembro 1996, pp. 71-80.

BARROS, José Fernando Cedeño de. “Monismo e Dualismo - Tratados Internacionais e o Direito Interno Brasileiro à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - Interpretação do Art. 98 do CTN” in *Cadernos de Direito Tributário*, nº 27, pp. 79-94.

BITTAR Filho, Carlos Alberto. “Evolução Histórica do Direito Internacional” in *Revista de Informação Legislativa*, nº 115, Julho-Setembro 1992, pp. 381-398.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo, Ícone, 1995.

CAMINHA, Maria do Carmo Puccini. “Os Juízes diante dos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos do Homem” in *Revista dos Tribunais*, nº 761, Março 1999, pp. 151-157.

COMBACAU, Jean. “Le Droit International: Bric-à-Brac ou Système?” in *Archives de Philosophie du Droit - Tome 31*. Paris: Sirey, 1986, pp. 85-105.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FRANCESCHINI, José Inácio G.. “Conflito entre os Tratados Internacionais e as Normas de Direito Interno que lhes forem posteriores” in *Revista dos Tribunais*, nº 556, Fevereiro 1982, pp. 28-36.

FILIPPI, Rejane Brasil. “Conflito entre Tratado Internacional e Lei Interna Posterior no Tempo” in *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, nº 34, Julho 1985, pp. 226-235.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. “Reforma Constitucional e o Problema da Superioridade Hierárquica dos Tratados Frente às Leis Internas” in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 27, Abril-Junho 1999, pp. 143-153.

GIRAUD, Emile. “Le Droit International Public et la Politique” in *Recueil des Cours, Tome 110*. Holanda: A.W. Sijthoff, 1966.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción Filosófica al Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. “A Questão da Obrigatoriedade dos Tratados e Convenções no Brasil (Particular Enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)” in *Revista dos Tribunais*, nº 710, Dezembro 1994, pp. 21-31.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LACHS, Manfred. “Le Droit International a L'Aube du XXI<sup>e</sup> Siècle” in *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 96. Paris: Editions A. Pedone, 1992 (nº 3), pp. 529-550.

MAGALHÃES, José Carlos de. “Dos Fatores de Transformação do Direito Internacional” in *Revista dos Tribunais*, nº 717, Julho 1995, pp. 314-319.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2ª edição.

MONACO, Riccardo. “Cours Général sur des Principes de Droit International Public” in *Recueil des Cours, Tome 125*. Holanda: A.W. Sijthoff, 1970.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.

RANGEL, Vicente Marotta. “Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais” in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Nacional*, nº 45 e 46, Jan-Dez 1967, pp. 29-64.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Aguilar, 1957.

VIGNALI, Heber Arbuet & ARRIGHI, Jean Michel. “Os Vínculos entre o Direito Internacional Público e os Sistemas Internos” in *Revista de Informação Legislativa*, nº 115, Julho-Setembro 1992, pp. 413-420.

VILLEY, Michel. “Considérations Intempêtes sur le Droit des Gens” in *Archives de Philosophie du Droit - Tome 32*. Paris: Sirey, 1987, pp. 13-21.

<sup>84</sup> Como bem aponta Manfred Lachs, ex-presidente da Corte Internacional de Justiça, “Les juristes ne sont pas les moteurs de l'histoire mais nous pouvons ouvrir la porte du vingt-et-unième convaincu que la possée galopante des événements souligne la grande importance du droit international et exige son développement dans tous les domaines de la vie, autrement les relations internationales mêmes quotidiennes risquent de devenir impossible” (“Le Droit International a L'Aube du XXI<sup>e</sup> Siècle” in *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 96. Paris: Editions A. Pedone, 1992 (nº 3), p. 549).

# Panorama comparativo entre o Código Civil de Québec e o novo Código Civil Brasileiro: duas experiências recentes de recodificação\*

*Marcos de Campos Ludwig*

Mestrando em Direito Privado pela UFRGS  
Pesquisador-bolsista da Fundação CAPES

SUMÁRIO:

**INTRODUÇÃO**

**PARTE I. Aspectos estruturais da codificação**

A) Características. B) Técnica legislativa. C) Sistematização da matéria.

**PARTE II. Principais soluções jurídicas adotadas**

A) Personalidade. B) Família e sucessões. C) Bens. D) Obrigações.

**CONCLUSÃO**

**OBRAS CONSULTADAS**

“Na exposição das regras que constituem um Código, todo povo, escolhendo-as, como se escolhe a si mesmo – as suas qualidades e os seus defeitos refletem-se na obra literária e no pensamento do código.”

**Pontes de Miranda\*\***

## **Introdução**

Escreveu Pontes de Miranda, sobre o direito brasileiro, que este “não pode ser estudado desde as sementes; nasceu do galho de planta, que o colonizador português (...) trouxe e enxertou no novo continente”<sup>1</sup>. Circunstân-

\* Este artigo consiste na monografia escrita para a disciplina de Direito Comparado, ministrada pelo professor Me. Sérgio José Porto no curso de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, durante o primeiro semestre de 2000. As referências ao novo Código Civil brasileiro, então ainda em tramitação legislativa, foram atualizadas.

\*\* *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 8.

<sup>1</sup> PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 27.

cia similar experimentou o Canadá e, em especial, o direito civil na província de Québec, com a influência originária do ordenamento jurídico francês.

Nos seus primórdios, o terreno canadense era ocupado por ameríndios ao sul e *inuit*, ou esquimós, ao norte, tendo sido descoberto pelos europeus no ano de 1497 – ou seja, no mesmo momento histórico em que se deu a chegada dos portugueses ao Brasil. Desenhando-se uma brevíssima linha cronológica, verifica-se que, em 1534, Jacques Cartier ocupa, em nome do Rei da França, o território que hoje equivale à província de Québec; em 1608 Samuel de Champlain instala-se às margens do rio Saint-Laurent, em um local chamado pelos nativos de *Kébec*, que vem a tornar-se a cidade de Québec; em 1642 é fundada a Ville-Marie, que depois receberá o nome de Montréal. No período que vai do ano de 1660 a 1713, ocorre uma expansão acelerada da chamada *Nova França*, com o surgimento de diversas colônias francófonas.

Em 1759 advém a derrota da França nas guerras franco-inglesas, o que acarreta a assinatura do Tratado de Paris (1763), culminando na entrega do Canadá inteiro, já com esse nome, à Coroa britânica. É um período de ruptura na supremacia francesa, que se estende até o ano de 1791, quando enfim é promulgado o Ato Constitucional que estabelece o regime parlamentar e reconhece aos canadenses franceses um foro nacional. Data dessa época a divisão do país em duas grandes regiões: o *Haut-*

*Canada* (de domínio inglês, tendo Ontário por capital) e o *Bas-Canada* (de domínio francês, centralizado na cidade de Québec). Em 1837, cabe acrescentar, estoura uma rebelião dos patriotas do *Bas-Canada*, insatisfeitos com a situação vigente, mas o movimento não logra maior êxito político.

É com esse pano de fundo que se aprova, no ano de 1865, o *Code Civil du Bas-Canada*, composto de 2.600 artigos distribuídos em quatro livros, sob forte inspiração do modelo napoleônico de 1804 e intimamente ligado às ambições nacionalistas de Québec<sup>2</sup>. Apesar de modificações legislativas posteriores, bem como profícuo desenvolvimento jurisprudencial, esse documento codificatório vigorou na província francófona desde 1866 até o dia 31 de dezembro de 1993<sup>3</sup>.

Logo após sua entrada em vigência, no ano de 1867, é assinado o *Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, que restou consagrado como Lei Constitucional canadense<sup>4</sup>. Estabeleceu-se então uma confederação composta por quatro províncias: de um lado, Québec (bilingüe); de outro, Ontário, Nouveau-Brunswick e Nouvelle-Écosse (de língua inglesa).

Permitindo-se um salto histórico de um século, chega-se à década de 1960 e à chamada *révolution tranquille*, movimento em prol da independência da província de Québec. Tal é o contexto político em que se situa o início dos trabalhos de reforma do *Code Civil du Bas-*

<sup>2</sup> GUY, Codifications et consolidations législatives à l'étranger, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, mai.-jun. 1998, n. 3, p. 869.

<sup>3</sup> Foi, inclusive, a 18 de dezembro de 1992, aprovada uma lei para regular essa transição (*Loi sur l'application de la réforme du Code Civil*), tendo entrado em vigor justamente no mesmo dia 1. de janeiro de 1994. A respeito das questões surgidas em matéria de direito transitório, v. JOBIN, Le droit transitoire et le code civil du Québec, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, Dalloz-Sirey, jan.-mar. 1995, n. 1, pp. 207-212.

<sup>4</sup> Mesmo hoje, face ao advento da Lei Constitucional de 1982, entende-se que a Constituição canadense é composta não apenas por este documento como também por alguns dispositivos ainda vigentes do *Acte de l'Amérique du Nord Britannique* de 1867 (e.g., os arts. 91 a 93, relativos à repartição de competências – v. infra, nota 48).

*Canada*, impregnado pelas discussões em torno da crise do federalismo canadense, situação que se alonga pelas décadas seguintes<sup>5</sup>. Afinal, em 1980, realiza-se o *referendum* popular que rejeita o projeto de “soberania-associação” de Québec com o governo federal do Canadá.

O que parecia significar um sinal de harmonia federalista no país, contudo, é ameaçado pela promulgação da nova Lei Constitucional, em 1982, após um acordo preliminar entre o governo federal e as províncias anglófonas. Com efeito, a ausência de qualquer consulta à província de Québec, quando da realização da conferência constitucional de Ottawa, em novembro de 1981, revolta a comunidade jurídica *québécoise*, que classifica tal ato como uma “traição” por parte do primeiro-ministro canadense, que tacitamente assumira um compromisso com o povo de Québec em face do resultado do *referendum* de 1980<sup>6</sup>.

De qualquer modo, a Lei Constitucional de 1982 foi acatada pela província de Québec, em nova solução de compromisso com a integridade da federação canadense, e encontra-se atualmente em pleno vigor. Em seu “Anexo B”,

o documento traz a *Charte canadienne des droits et libertés*, cujos efeitos se irradiam sobre todo o ordenamento jurídico: seguindo a tendência internacional, as normas ali compreendidas proporcionam uma verdadeira *perspectiva constitucional* do direito civil<sup>7</sup>.

No entanto, o tema do presente trabalho não é o direito civil *québécois*, mas tão somente o novo Código Civil de Québec, aprovado a 18 de dezembro de 1991, depois de longos debates legislativos, e vigente na província francófona desde 1. de janeiro de 1994. Trata-se de um documento legislativo, pois, e como tal será abordado.

Cabe ressaltar, por derradeiro, o fato de ser uma codificação bastante recente, posterior à “onda de constitucionalismo” que pode ser identificada internacionalmente a partir da promulgação das Constituições portuguesa (1976) e espanhola (1978), englobando tanto a já referida Lei Constitucional canadense (1982) quanto a própria Constituição brasileira (1988)<sup>8</sup>. Na maioria dos países, ao contrário da situação *québécoise*, permanece em vigor um Código Civil “velho” em face de uma Constituição

<sup>5</sup> Sobre o problema do federalismo no Canadá, com ênfase na situação *sui generis* da província de Québec, v. BRACHET, La crise du fédéralisme canadien et le problème québécois, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, mar.-abr. 1972, n. 2, pp. 303-324.

<sup>6</sup> A respeito da forte controvérsia que acompanhou a promulgação da Lei Constitucional de 1982, dita pelos anglófonos *Canada Bill*, v. por todos PHILIP, Le Québec et le “repatriement” de la Constitution canadienne, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, nov.-dez. 1982, n. 6, pp. 1567-1600.

<sup>7</sup> A importante questão do chamado “direito civil constitucional” vem sendo versada e criticada por diversos doutrinadores, tanto estrangeiros quanto nacionais, mas foge ao âmbito do presente trabalho. A esse respeito, e.g., v. RAISER, La Costituzione e il diritto privato, in: *Il compito del diritto privato*, trad. por Marta Graziadei, Milão, Giuffrè, 1990, pp. 169-191; PRATA, A tutela constitucional da autonomia privada, Coimbra, Almedina, 1982, p. 56 e ss.; PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, trad. por Maria Cristina De Cicco, 3. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1997, passim.

<sup>8</sup> Cabe sinalar que não se encontram dentro da mencionada “onda”, à guisa de exemplo, os ordenamentos jurídicos da Itália, da Alemanha e da França, países que mantiveram suas Constituições da época do pós-Guerra (promulgadas em 1947, 1949 e 1958, respectivamente); já nos Estados Unidos, como é notório, permanece em vigor a Constituição de 1787, composta apenas de sete artigos, com o acréscimo das respectivas *amendments*. Sobre os principais sistemas constitucionais da atualidade e sua influência em outros países, v. MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, 4. ed., Coimbra, Coimbra, 1990, t. I, p. 99 e ss.

“nova”; ganha interesse extra, portanto, a experiência canadense de recodificação, devido a essa peculiaridade<sup>9</sup>.

Em suma, tendo em mente tratar-se aqui de um documento codificatório, em um primeiro momento serão contemplados os aspectos estruturais do novo Código Civil do Québec, cuja importância não pode ser subestimada, para que depois se possa estudar sua substância – i.e., as principais soluções jurídicas nele incorporadas. Nesse sentido, impera que não se perca de vista a lição de Clóvis do Couto e Silva, antes de desenhar um panorama do direito civil brasileiro, quando alertou que “de outro modo, ter-se-á a justaposição de soluções jurídicas, *sem que se defina sua estrutura íntima*”<sup>10</sup>.

Tal preocupação embasará o desenvolvimento deste trabalho.

## PARTE I

### Aspectos Estruturais Da Codificação

#### A) Características

O que primeiro se deve sinalar, ao debruçar-se sobre o Código Civil de Québec, é o fato de tratar-se de uma codificação oriunda de um consenso, obtido após longo período de gestação.

Uma análise histórica da reforma ocorrida no ordenamento jurídico civilístico de Québec, de fato, conduz o estudioso até, pelo menos, a década de 1960, conforme já se indicou. É nessa época, justamente, que se verifica a necessidade premente de atualizar as disposições do *Code Civil du Bas-Canada*, diploma aprovado em 1865 e vigente desde 1866. São elucidativas, nesse aspecto, as palavras de Pierre-Gabriel Jobin<sup>11</sup>:

“Le code civil du Bas-Canada a bien vieilli depuis son adoption en 1865: il fallait le mettre à jour sur les plans social et économique, et le temps était venu d’ouvrir le droit québécois à certaines institutions et techniques juridiques modernes; l’occasion était propice pour *refaire une toilette à la terminologie du code et à sa structure*, en continuité avec le droit antérieur tel que vécu par la jurisprudence et le doctrine.”

É oportuno apontar que, no caso do Código Civil brasileiro, em vigor desde o dia 1. de janeiro de 1917, igualmente se percebeu a conveniência de uma *toilette* legislativa, que culminou na elaboração do Projeto de lei recém sancionado<sup>12</sup>. Assim, também o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) experimentou um longo período de gestação, uma vez que a comissão responsável pela redação do respectivo Anteprojeto foi constituída em maio de 1969, e a tramitação do texto no Congresso Nacional teve início em 1975.

Quanto à reforma do *Code Civil du Bas-Canada*, portanto, os debates jurídicos culmi-

naram, mormente na década de 1980, em vários conjuntos de modificações dispersas, seja em matéria de direito de família, pessoas, sucessões ou bens<sup>13</sup>. O resultado foi a manutenção de um código civil de caráter antigo, ultrapassado, mas com inúmeros remendos legislativos a concederem-lhe certa atualidade. A partir daí, surgiu a questão da pertinência da recodificação do direito civil de Québec, abrindo-se espaço a uma ampla discussão na comunidade jurídica local<sup>14</sup>. Finalmente, aquelas reformas setorizadas foram acolhidas e sistematizadas no novo Código Civil da província de Québec, aprovado no dia 18 de dezembro de 1991 e vigente desde o dia 1. de janeiro de 1994.

Essa circunstância, pode-se afirmar, deu ao Código Civil de Québec uma natureza dúplice: é um diploma legislativo que, ao mesmo tempo em que recepciona algumas regras do antigo *Code Civil du Bas-Canada*, apre-

senta várias previsões inovadoras, em consonância com a realidade atual e os avanços tecnológicos. Do mesmo modo, encontra-se em sintonia com a nova Lei Constitucional do Canadá, promulgada, como já se sabe, em 1982 – ou seja, no decorrer do processo de reforma<sup>15</sup>.

Outrossim, o Código Civil atual deu força de lei a algumas construções jurisprudenciais dignas de nota, nascidas de mais de um século de profícua experiência judicial. Olvidar tais conquistas jurídicas seria ato inadmissível à missão de recodificar o direito civil em conformidade com os novos tempos.

Foi latente, por derradeiro, a preocupação do legislador em buscar, dentro do possível, a harmonia entre o direito civil vigente em Québec e o ordenamento jurídico privado das outras províncias do Canadá, que se baseiam notoriamente no sistema de *common law*<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Sobre o desenvolvimento das diversas fases desse processo de reforma, em quadro sistemático, v. VACHON, Une vue d’ensemble du nouveau code civil du Québec, *Le Réseau Juridique du Québec*, Internet, 2000, <http://www.avocat.qc.ca/public/iiccvachon.htm>; v. ainda JOBIN, Le nouveau cit., pp. 912-913.

<sup>14</sup> De fato, mais de duzentos memoriais foram apresentados ao *Office de révision* do código civil, oriundos dos mais diversos segmentos da sociedade de Québec.

<sup>15</sup> Também nesse ponto cabe sinalar a semelhança com o caso do Brasil, onde foi promulgada, a 5 de outubro de 1988 – ou seja, durante o processo de recodificação do direito civil – uma nova Constituição. No entanto, deve-se reiterar que, na maioria dos países da família jurídica romano-germânica (utiliza-se a terminologia notoriamente adotada por DAVID, *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*, trad. por Hermínio A. Carvalho, 2. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1993, passim), permanece em vigor um Código Civil “velho” em face de uma Constituição “nova”.

<sup>16</sup> Sobre as peculiaridades da família jurídica da *common law*, v. DAVID, *O direito inglês*, trad. por Eduardo Brandão, São Paulo, Martins Fontes, 1997, passim. Em visão histórica do *rapprochement* entre a tradição da *common law* e o direito civil, v. especialmente GLENN, La civilisation de la common law, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, Société de Législation Comparée, jul.-set. 1993, n. 3, pp. 559-575. No caso particular do Canadá, essa mescla originou frutos interessantíssimos para os estudiosos do direito comparado, citando-se como exemplo mais significativo a adoção, pelo Código Civil de Québec, da clássica figura do *trust*, através do instituto da *fiducie* (v. infra, parte II, C). Tal processo, vale sempre frisar, é mútuo, de modo que também as províncias anglófonas, mediante a crescente influência do direito civil *québécois*, sentiram a necessidade de uma adaptação que gerou interessantes reflexos lingüísticos, inclusive, conforme expõe DIDIER, La common law en français: étude juridique et linguistique de la common law en français au Canada, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, Société de Législation Comparée, jan.-mar. 1991, n. 1, pp. 7-56. Cabe sinalar ainda, nesse aspecto, as peculiaridades do método de interpretação e aplicação da lei pelo juiz *québécois*, que, de certa forma, mescla o pragmatismo do espírito britânico com o rigor cartesiano do espírito francês, como ressalta MAZEN: “En conclusion, si la plupart des institutions judiciaires québécoises sont essentiellement inspirées de la tradition civiliste, on ne saurait nier une influence profonde de la pratique anglaise, principalement dans le déroulement des procès qui emprunte le schéma des instances anglo-américaines. Cette évolution spécifique est certainement l’une des caractéristiques fondamentales de la justice québécoise (...)” (Le juge civil québécois [approche comparative d’un système de droit mixte], *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, Société de Législation Comparée, abr.-jun. 1982, n. 2, p. 403).

<sup>9</sup> V. infra, nota 15.

<sup>10</sup> COUTO E SILVA, O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro, in: *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, org. por Vera Maria Jacob de Fradera, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 11 (grifamos).

<sup>11</sup> JOBIN, Le nouveau code civil, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, Dalloz-Sirey, out.-dez. 1993, n. 4, p. 911 (grifamos).

<sup>12</sup> A respeito da tramitação legislativa do Projeto do novo Código Civil brasileiro, v. por todos REALE, *O Projeto do novo Código Civil*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1999, passim.



## B) Técnica legislativa

Sabe-se que a técnica legislativa adotada pelos códigos oitocentistas mostra-se, hoje, insuficiente para a satisfatória resolução dos problemas que se põem como desafio ao Direito. Com base nessa premissa, verifica-se um denso desenvolvimento doutrinário quanto a alternativas que levem em consideração uma nova concepção de sistema jurídico. Com efeito, impera que se tenha não mais de um código cerrado em si mesmo, com pretensões de completude e autosuficiência, como outrora se esboçou, mas sim uma codificação que reivindique sua posição central dentro de um *sistema aberto*, que apresente a mobilidade estrutural necessária para fazer frente às constantes modificações manifestadas no mundo dos fatos, mediante o auxílio da doutrina e a dimensão criadora da jurisprudência<sup>17</sup>.

Face a esse panorama, assume função essencial no código civil a existência de *cláusulas gerais*, compreendidas por Clóvis do Couto e Silva como “um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o *corpus juris* vigente com novos princípios e normas”<sup>18</sup>.

À semelhança do que ocorre com o novo Código Civil brasileiro, também o Código Civil

de Québec possui alguns *énoncés généraux* – que, na lição de Jobin, constituem aqueles princípios “dont la jurisprudence pourra tirer des applications particulières et grâce auxquels elle pourra faire évoluer le droit sans attendre l’intervention du législateur”<sup>19</sup>. Trata-se daquilo que, em outros países, se designa como *cláusulas gerais*, significando, em síntese, o recurso técnico-operacional que possibilita o ingresso sistemático no ordenamento jurídico de princípios valorativos e máximas de conduta implícitos, bem como sua constante ressystematização<sup>20</sup>.

O exemplo que mais se destaca aos olhos do estudioso é a consagração do *princípio da boa-fé*, entendida em sua natureza objetiva – ou seja, nas palavras de Judith Martins-Costa, “a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do *alter*”<sup>21</sup>.

Tanto o Código Civil de Québec quanto o novo Código Civil brasileiro adotam e concedem importância essencial ao princípio da boa-fé, como cláusula geral que se irradia sobre todo o ordenamento jurídico privado. Percebe-se logo a similaridade das disposições constantes dos diplomas supracitados<sup>22</sup>:

<sup>17</sup> Nesse sentido, quanto aos trabalhos de elaboração do novo Código Civil brasileiro, ressalta COUTO E SILVA: “A importância está em dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção de modo aberto” (O direito civil cit., p. 30). Em enfoque específico, v. MARTINS-COSTA, O direito privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 139, Brasília, Senado Federal, 1998, pp. 5-22.

<sup>18</sup> COUTO E SILVA, O direito civil cit., p. 31.

<sup>19</sup> JOBIN, Le nouveau cit., p. 913.

<sup>20</sup> MARTINS-COSTA, O direito cit., p. 5 e ss.

<sup>21</sup> MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 412.

<sup>22</sup> Não obstante a semelhança entre os dispositivos legais transcritos, é significativo o fato de não possuir, o Código Civil de Québec, uma Parte Geral, em harmonia com a tradição francesa. De fato, os arts. 6 e 7 da codificação *québécoise* estão estatuídos num livro especial, concernente ao estatuto das pessoas, diferentemente do que ocorre com os arts. 113 e 187 do novo Código Civil brasileiro, que apresentam maior amplitude potencial devido à sua localização na Parte Geral do respectivo diploma (v. infra, parte I, C).

## CÓDIGO CIVIL DE QUÉBEC

6. Toute personne est tenue d’exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi.
  7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d’une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l’encontre des exigences de la bonne foi.
- 1.375. La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l’obligation qu’à celui de son exécution ou de son extinction.

## CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

**Art. 113.** Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

**Art. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

**Art. 422.** Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Comparando o texto do art. 1.375 do Código Civil de Québec com o do art. 422 do novo Código Civil brasileiro, nota-se que o primeiro dispositivo faz menção expressa também ao momento da extinção da obrigação, enquanto o segundo dispositivo apenas prevê os momentos da celebração e da execução contratual. A aparência de maior amplitude daquele, con-

tudo, é afastada pela consideração sistemática, no Código Civil brasileiro, de outros artigos que se prestam à construção de um modelo jurídico de “agir segundo a boa-fé”<sup>23</sup>.

Outro exemplo de inovação no que tange à técnica legislativa aplicada no Código Civil de Québec, em comparação com o *Code Civil du Bas-Canada*, é a utilização de *corpos de regras de aplicação geral*, a fim de prescindir da técnica da incorporação por reenvio, conhecida e posta em prática pelo legislador de 1865<sup>24</sup>. São três os casos relevantes:

- a) administração de bens de outrem (art. 1.299 e ss.), onde se justifica o emprego da técnica para assentar um fundamento que sirva de suporte ao novo instituto da *fiducie*<sup>25</sup>, tendo aplicação em campos tão diversos quanto a tutela e a curatela, o mandato, a liquidação sucessória etc.;
- b) restituição das prestações (art. 1.699 e ss.), visando a resolver os problemas oriundos de situações em que uma pessoa é obrigada a devolver a outrem bens recebidos indevidamente, ou por erro, ou em virtude de anulação superveniente retroativa de um determinado ato jurídico;
- c) exercício de direitos hipotecários (art. 2.748 e ss.), a fim de dar consistência normativa à igualdade proporcionada pelo novo regime de garantias reais, que se unifica justamente em torno da figura da *hypothèque*<sup>26</sup>.

Por fim, o Código Civil de Québec estabeleceu alguns conceitos novos, como o de *actes pour les fins d’une entreprise* (art. 1.525), cuja extensão é consideravelmente maior do que a antes compreendida pela noção de *actes de*

<sup>23</sup> Assim, deve-se levar em conta a aplicação sistemática dos arts. 113, 128 e, especialmente, 187 do novo Código Civil brasileiro, quando for o caso, no constante processo de construção do modelo jurídico supracitado (MARTINS-COSTA, *A boa-fé* cit., pp. 350 (nota 218) e 518).

<sup>24</sup> JOBIN, Le nouveau cit., p. 915.

<sup>25</sup> V. infra, parte II, C.

<sup>26</sup> V. infra, parte II, C.

*commerce*, a exemplo do ensinado pela doutrina francesa<sup>27</sup>. É interessante notar, também neste ponto, que o novo Código Civil brasileiro contém inovação semelhante, ao unificar o tratamento das obrigações e reservar um livro para o regramento do direito de empresa<sup>28</sup>.

Outro conceito novo, cuja importância será mais demoradamente analisada adiante, é o de *patrimoine d'affectation*, que serve de fundamento para o instituto igualmente inovador da *fiducie*<sup>29</sup>. Com efeito, explica Jobin que o legislador, ao desenvolver tal conceito em título próprio do livro referente aos bens, demonstrou a intenção de “considérer le patrimoine d'affectation comme distinct, dans sa nature, des démembrements du droit de propriété et des modalités du droit de propriété (telle la copropriété), qui font l'objet d'autres titres”<sup>30</sup>.

Deve-se compreender, todavia, que o maior número de definições encontráveis no Código Civil de Québec não faz deste um diploma de caráter excessivamente abstrato, desli-

gado do mundo dos fatos. Do mesmo modo que os autores do Anteprojeto brasileiro, o legislador *québécois* parece ter pautado seu trabalho em um sentido concreto – vale dizer, com Miguel Reale e sob confessa influência de Jhering, à luz do princípio da *realizabilidade*. Em uma frase, “o Direito é feito para ser realizado”<sup>31</sup>.

### C) Sistematização da matéria

O que primeiro se observa no Código Civil de Québec, ao analisar-se a estrutura adotada para sistematizar a matéria, é a ausência de uma Parte Geral, a exemplo do que já se verificava no *Code Civil du Bas-Canada* (1865).

Por óbvio, essa circunstância explica-se historicamente, uma vez que a mencionada província representa, de fato, um enclave francês no continente americano. Como tal, seu ordenamento jusprivatístico ainda apresenta inúmeros pontos de contato com a codificação

que originalmente vigorou no chamado Baixo-Canadá: o *Code Napoléon* (1804)<sup>32</sup>.

A idéia de uma Parte Geral – contendo o que juridicamente estaria “antes dos parênteses”, utilizando a linguagem matemática que está em sua origem teórica<sup>33</sup> – deve-se fundamentalmente a Leibniz, tendo ocorrido seu posterior desenvolvimento pelos juristas da pandectística alemã, dentre os quais Christian Wolff merece especial destaque, já no século XIX. No fulcro da teoria que lhe dá suporte, está situada a noção de *construção sistemática* do ordenamento jurídico, enquanto encadamentamento lógico-dedutivo<sup>34</sup>.

O *Code Napoléon*, no entanto, devido tanto à sua inspiração e fundamentos próprios<sup>35</sup> quanto à sua antecedência cronológica em

relação aos estudos da pandectística, desconhecia a idéia de Parte Geral. O modelo de sistema ali expresso é distinto do modelo alemão, tendo suas raízes teóricas numa linha teórica que começa em Descartes e Pufendorf e termina em Domat e Pothier: sua preocupação não está voltada a abstrações que se aproximam do raciocínio matemático, mas sim ao estabelecimento de um “método de organização das matérias componentes do direito privado”<sup>36</sup>.

O caso do atual Código Civil de Québec, todavia, tem de ser analisado com as devidas ressalvas. É certo que nele se encontra impregnada essa filosofia original da codificação francesa, marcadamente no que diz respeito à ausência de uma Parte Geral; no entanto, a esse fator se deve acrescentar um outro questão-

<sup>32</sup> Desse modo, a adoção de uma Parte Geral pelo *Code Civil du Bas-Canada*, à moda do BGB alemão, seria uma impossibilidade histórica, pois a publicação daquele diploma antecede a codificação germânica em mais de três décadas. Cabe fazer menção, igualmente, que é do ano de 1857 a primeira edição da *Consolidação das leis civis*, onde, embasado em Leibniz e nos juristas alemães do início do século XIX, nosso Teixeira de Freitas já dividira a matéria em uma Parte Especial e uma Parte Geral, que serviria “de prolegômenos” à primeira (Introdução, p. CXII – apud: MARTINS-COSTA, *A boa-fé* cit., p. 251). Sobre a influência do germanismo no Código Civil brasileiro de 1916, v. em especial COUTO E SILVA, Romanismo e germanismo no Código Civil brasileiro, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 13/14, Porto Alegre, Síntese, 1997, pp. 22 e ss. Mesmo no atual Código Civil de Québec, contudo, não se encontra traço algum de influência alemã, permanecendo o entendimento francês. Poder-se-ia objetar que a previsão de uma cláusula geral consagradora do princípio da boa-fé teria manifestado inspiração germânica (§ 242 do BGB); face ao silêncio da doutrina especializada, no entanto, parece mais provável que tal cláusula tenha sido desenvolvida pela jurisprudência de Québec e, finalmente, incorporada ao novo Código Civil, encerrando uma coincidência de resultados a fim de fazer frente a problemas similares.

<sup>33</sup> HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, trad. por Gonzalo Hernández, Barcelona, Ariel, 1987, p. 13.

<sup>34</sup> MARTINS-COSTA, O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 17, Porto Alegre, Síntese, 1999, pp. 189-204. Tal, bem se sabe, é a corrente tradicionalmente seguida pelo Código Civil brasileiro, tendo sido mantida e, de certo modo, aperfeiçoada pelo diploma de 2002. Contudo, mesmo na Alemanha, o posicionamento favorável à Parte Geral não é pacífico, conforme atesta WIEACKER, *História do direito privado moderno*, trad. por A. M. Botelho Hespanha, 2. ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 558-561.

<sup>35</sup> Sobre o *Code Napoléon* e seu contexto histórico, como fruto do pensamento iluminista, v. CAENEGEM, *Uma introdução histórica ao direito privado*, trad. por Carlos Eduardo Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1995, pp. 1-15. Especificamente quanto à influência teórica de Montesquieu, v. RABELLO, Montesquieu et la codification du droit privé (le Code Napoléon), *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, Société de Législation Comparée, jan.-mar. 2000, n. 1, pp. 147-156.

<sup>36</sup> MARTINS-COSTA, *A boa-fé* cit., pp. 190-191. Nessa concepção de sistema (apenas externo, impossibilitando a sua mobilidade) subjacente ao *Code Napoléon*, afirma a autora, encontra-se a base estrutural que possibilitou a disseminação do *legalismo* na jurisprudência francesa, pela Escola da Exegese.

<sup>27</sup> JOBIN, *Le nouveau* cit., p. 917.

<sup>28</sup> Ressalta REALE, porém, que “o direito de empresa não figura, como tal, em nenhuma codificação contemporânea, constituindo, pois, uma inovação original” (op. cit., p. 6). Nesse particular, a idéia fundamental trazida pelo novo Código Civil brasileiro parece ser o emprego da palavra “empresa” com um sentido eminentemente finalístico: segundo REALE, passa-se a considerar empresa aquela “atividade desenvolvida pelos indivíduos ou pelas sociedades a fim de promover a produção e a circulação das riquezas, dos bens e dos serviços” (op. cit., p. 19). Ademais, o Código Civil de Québec, apesar do novo conceito dos *actes pour les fins d'une entreprise*, não prevê um livro específico para o chamado direito de empresa (v. infra, parte I, C).

<sup>29</sup> A necessidade de um tal fundamento legal, com a previsão de um novo conceito, é manifesta pela notória circunstância de adotar, a província de Québec, a civilística de molde francês. Nas demais províncias canadenses, onde vige o sistema de *common law*, não existe tal preocupação porque os juristas partem diretamente da figura do *trust*, com raízes na *equity* inglesa e escudados por séculos de tradição jurisprudencial. Logo, o conceito de *patrimoine d'affectation*, em última análise, viabiliza o implemento do instituto paralelo da *fiducie* pelo Código Civil de Québec.

<sup>30</sup> JOBIN, *Le nouveau* cit., p. 917.

<sup>31</sup> REALE, op. cit., p. 10.

namento: face às características anteriormente apontadas, quanto à técnica legislativa adotada, pode-se afirmar que o novo diploma *québécois* possui aquele mesmo espírito oitocentista?

A resposta não pode deixar de ser negativa, e isso com fundamento em pelo menos três características. Em primeiro lugar, considerando-se a existência de cláusulas gerais e dos já referidos corpos de regras de aplicação geral, percebe-se que há certa dinamicidade interna no Código Civil de Québec, de modo a afastar uma aplicação meramente exegética da lei. Em segundo lugar, os títulos iniciais do Livro I, referente às pessoas (*De la jouissance et de l'exercice des droits civils, De certains droits de la personnalité* etc.), apresentam claro teor introdutório, proporcionando um certo grau de encadeamento lógico-dedutivo com outros livros e títulos do mesmo documento codificatório. Em terceiro lugar, não pode ser olvidado o fato geopolítico de pertencer, a província do Québec, ao Canadá – ou seja, está situada dentro de um país onde vige um sistema misto, o que lhe acarreta diversas peculiaridades, devido aos elementos de “contágio” com a *common law*.

Quanto à seqüência de tratamento da matéria, por sua vez, há não poucas diferenças em relação à codificação francesa. Assim, os 3.168 artigos do Código Civil de Québec são divididos em dez livros, dispostos na seguinte ordem: das pessoas (I), da família (II), das sucessões (III), dos bens (IV), das obrigações (V), das prioridades e das hipotecas (VI), da prova (VII), da prescrição (VIII), da publicidade dos direitos (IX) e do Direito Internacional Privado (X).

Contudo, por razões de melhor didática e de concisão, apenas as principais soluções jurídicas encontradas no novo diploma *québécois* serão abordadas no presente trabalho, a seguir, o que justifica o esforço de ressystematização feito para tornar mais adequado o tema ao objetivo panorâmico desta exposição.

## PARTE II

### Principais Soluções Jurídicas Adotadas

#### A) Personalidade

Afinado com seu tempo, consagra o Código Civil de Québec, no livro I, atinente às disposições sobre as pessoas, a proteção dos chamados *direitos da personalidade*. No primeiro título do referido livro (*De la jouissance et de l'exercice des droits civils*, arts. 1 a 9) já se faz referência a tais direitos, para depois serem aprofundados e individuados em um título próprio (*De certains droits de la personnalité*, arts. 10 a 49).

O essencial é compreender-se que, mais do que mera decisão terminológica, a previsão de tais direitos indica uma tomada de opção face a distintos desenvolvimentos teóricos, cujas raízes podem ser identificadas em meados do século XIX, na Alemanha<sup>37</sup>. Com efeito, Hattenhauer indica a diferença de fundo existente entre a *teoria da pessoa*, conforme construída por Savigny e posteriormente ado-

tada pelo BGB alemão, e a *teoria da personalidade*, segundo a concepção acatada pelo Código Civil suíço de 1907<sup>38</sup>. Enquanto aquele entendimento identifica a personalidade com a mera capacidade jurídica, demonstrando coerência lógica com a teoria savigniana do negócio jurídico, a segunda vertente propõe-lhe um alcance bem mais abrangente.

Etimologicamente já se adquire a noção da diferença ora assinalada: de um lado, sabe-se que a palavra “pessoa” radica em Roma; o termo “personalidade”, por sua vez, é um neologismo de espírito iluminista, criado justamente em fins do século XVIII, que não tem sua origem no Direito, senão na Ética. É fundamental, nesse sentido, a obra de Immanuel Kant – em especial, sua *Crítica da razão prática* –, cuja análise faz Hattenhauer concluir<sup>39</sup>:

“A pessoa era um conceito jurídico; a personalidade, uma qualidade ética, uma capacitação para a liberdade na qual deveria desenvolver-se o homem. (...) Todo homem, por si mesmo, é já uma personalidade.”

Cabe ressaltar, contudo, que o posterior desenvolvimento da teoria da personalidade veio a afastá-la do espírito individualista burguês, com o qual acabara se impregnando durante o século XIX, para ser retomada em seu

significado ético, mormente a partir dos trabalhos de Otto von Gierke (1895) e Edouard Hölder (1905). Reconhecia-se, aos poucos, um *direito geral da personalidade*, como a afirmação de “um direito subjetivo que deve ser respeitado por todos”<sup>40</sup>. Tal a idéia que foi oportunamente reforçada e elevada à categoria de valor-fonte do ordenamento jurídico pela Lei Fundamental alemã de 1949<sup>41</sup>, bem como pela maioria das Constituições desde então promulgadas, seja de modo expresso ou implícito.

Apresenta-se assim direcionado, pois, o Código Civil de Québec, à semelhança de outros diplomas mais recentes<sup>42</sup> e, em especial, do novo Código Civil brasileiro<sup>43</sup>. Na elaboração deste, porém, teve-se a preocupação de prever apenas regras consideradas essenciais sobre os direitos da personalidade, possibilitando seu posterior e necessário desenvolvimento pela doutrina e pela jurisprudência, conforme o testemunho de Miguel Reale na *Exposição de motivos do Anteprojeto de Código Civil*, datada de 16 de janeiro de 1975<sup>44</sup>:

“Todo um capítulo novo foi dedicado aos *direitos da personalidade*, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. Tratando-se de matéria de per si complexa e de significação ética

<sup>37</sup> Versamos o tema na monografia O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro, in: MARTINS-COSTA (org.), *A reconstrução do direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 265-305. Na doutrina brasileira mais recente, v. ainda CUNHA, Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil, in: MARTINS-COSTA (org.), *A reconstrução do direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 230-264; CORTIANO JR., Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, in: FACHIN (coord.), *Repensando fundamentos do Direito civil brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, pp. 31-56.

<sup>38</sup> De fato, o autor do Código Civil suíço, Eugen Huber, era partidário confesso da teoria da personalidade, como leciona HATTENHAUER, op. cit., p. 24.

<sup>39</sup> HATTENHAUER, op. cit., p. 21 (traduzimos).

<sup>40</sup> Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, p. 702, apud: HATTENHAUER, op. cit., p. 23 (traduzimos).

<sup>41</sup> Enquanto o art. 1. da Lei Fundamental alemã estabelece a proteção da dignidade da pessoa humana (*Menschenwürde*), o art. 2. dispõe justamente que “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*), desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”. A respeito, v. a nossa monografia cit.

<sup>42</sup> Assim, e.g., o Código Civil português de 1966 (arts. 66. e ss.), ao fazer menção expressa, inclusive, em seu art. 70., à “tutela geral da personalidade” – v. MOTA PINTO, Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português, in: SARLET (org.), *A Constituição concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, pp. 61-83.

<sup>43</sup> Arts. 11 a 21.

<sup>44</sup> REALE, op. cit., p. 65.

essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e da jurisprudência.”

No Código Civil de Québec, por sua vez, predominou um regramento mais minucioso a respeito; os fundamentos e diretrizes, porém, não são distintos dos adotados pelo diploma brasileiro, conforme se atesta pelos exemplos a seguir transcritos:

### CÓDIGO CIVIL DE QUÉBEC

1. Tout être humain possède la personnalité juridique; il a la pleine jouissance des droits civils.
10. Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité. Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé.

### CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

**Art. 1.** Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

**Art. 11.** Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Note-se, todavia, no Código Civil brasileiro, a vinculação imediata da pessoa à capacidade (art. 1.), que denuncia resquícios da noção restritiva da personalidade, conforme entendida pela teoria savigniana da pessoa. Nes-

se particular, portanto, os elaboradores do Anteprojeto preferiram manter a tradição do Código Civil de 1916 e transcrever o texto do art. 2. deste diploma – apenas com a ulterior substituição da palavra “homem”, no Senado Federal, pela expressão “ser humano” e então, na Câmara dos Deputados, pela palavra “pessoa”. Destarte, revela-se mais feliz a redação do art. 1 do Código Civil de Québec (c/c art. 3), ao mencionar *ab initio* a “personnalité juridique” inerente a todo o ser humano<sup>45</sup>.

Ambos os códigos prevêm a possibilidade de disposição do próprio corpo, sempre gratuita, com objetivo científico ou altruístico, mas o art. 14 do novo Código Civil brasileiro apenas menciona a hipótese *post mortem*, que na codificação *québécoise* é tratada especificamente nos arts. 42 a 49. O art. 13 do diploma brasileiro é que se refere ao caso de disposição do próprio corpo durante a vida; nesse aspecto, o Código Civil de Québec parece ter optado por maior amplitude e precisão, enquanto o diploma brasileiro se norteou por uma preocupação aparentemente mais protetiva, tomando como regra a *proibição* de tal ato (v. a expressão “é defeso”), como se verifica abaixo:

### CÓDIGO CIVIL DE QUÉBEC

25. L’aliénation que fait une personne d’une partie ou de produits de son corps doit être gratuite; elle ne peut être répétée si elle présente un risque pour la santé. L’expérimentation ne peut donner lieu à aucune contrepartie financière hormis le versement d’une indemnité en compensation des pertes et des contraintes subies.

### CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

**Art. 13.** Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

A seguir, trata o Código Civil de Québec, em seus arts. 32 a 34, da proteção específica dos direitos da criança. O diploma brasileiro, contudo, abstém-se de dispor sobre a matéria, tendo em vista que, a esse respeito, já vigora em nosso país o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990).

Tanto um quanto outro código, porém, afirmam a preocupação com o respeito à reputação e à vida privada, como um dos desmembramentos básicos compreendidos entre os direitos da personalidade. O diploma *québécois* regula a matéria em seus arts. 35 a 41, em capítulo próprio, enquanto o Código Civil brasileiro lhe reserva o art. 21:

### CÓDIGO CIVIL DE QUÉBEC

35. Toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée. Nulle atteinte ne peut être portée à la vie privée d’une personne sans que celle-ci ou ses héritiers y consentent ou sans que la loi l’autorise.

### CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

**Art. 21.** A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Sem paralelo no direito brasileiro, cabe sinalar, é o rol exemplificativo de situações que podem ser consideradas como atentatórias à vida privada, a fim de auxiliar a tarefa de interpretação do alcance do art. 35 pelo aplicador,

conforme se lê no art. 36 do Código Civil de Québec:

36. Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d’une personne les actes suivants:

- 1° Pénétrer chez elle ou y prendre quoi que ce soit;
- 2° Intercepter ou utiliser volontairement une communication privée;
- 3° Capter ou utiliser son image ou sa voix lorsqu’elle se trouve dans des lieux privés;
- 4° Surveiller sa vie privée par quelque moyen que ce soit;
- 5° Utiliser son nom, son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin que l’information légitime du public;
- 6° Utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou ses autres documents personnels.

Ainda dentro do livro referente às pessoas, a nova codificação *québécoise* trata do estado das pessoas (arts. 50 a 152) e da capacidade (arts. 153 a 297).

No que tange a esses tópicos, a fim de ilustração, pode-se destacar o estabelecimento da maioria aos dezoito anos (art. 153), à semelhança do que dispõe o art. 5. do novo Código Civil brasileiro, na redação modificada pelo Senado Federal, que reduz a idade-limite atual (vinte e um anos, segundo o art. 9. do diploma de 1916). Uma inovação digna de nota, implementada pelo novo Código Civil de Québec, é a permissão expressa da tutela remunerada (arts. 183 e 184), que antes era vedada pelo *Code Civil du Bas-Canada*; assim, aproxima-se da situação brasileira, onde é lícito que o tutor perceba “remuneração proporcional à importância dos bens administrados”, salvo o caso de tutela de menores abandonados (art. 1.752, *caput*, do novo Código Civil brasileiro, que mantém os termos do art. 431, *caput*, do diploma anterior).

<sup>45</sup> Em ambos os ordenamentos, cabe lembrar, a “iluminação” de tais dispositivos pelos valores consubstanciados nas respectivas Constituições é ponto essencial. No caso específico do Brasil, adquirem especial relevo os direitos fundamentais constantes do art. 5. da Constituição de 1988, bem como a consagração, já no art. 1., III, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro. Sobre o chamado “direito civil constitucional”, v. *supra*, nota 7.

Afinal, há o regramento das chamadas *personnes morales* (arts. 298 a 364 do Código Civil de Québec), que podem ser de direito público ou de direito privado. Aqui se sublinha a previsão relativa à desconsideração da pessoa jurídica, em situações de fraude, abuso de direito ou violação de regra de ordem pública, que encontra paralelo no novo Código Civil brasileiro:

#### CÓDIGO CIVIL DE QUÉBEC

316. En cas de fraude à l'égard de la personne morale, le tribunal peut, à la demande de tout intéressé, tenir les fondateurs, les administrateurs, les autres dirigeants ou les membres de la personne morale qui ont participé à l'acte reproché ou en ont tiré un profit personnel responsables, dans la mesure qu'il indique, du préjudice subi par la personne morale.

317. La personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi, dès lors qu'on invoque cette personnalité pour masquer la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public.

#### CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

É oportuno apontar, quanto à administração dos bens da sociedade, o dispositivo do art. 1.011 do novo Código Civil brasileiro, compreendido dentro do livro pertinente ao direito de empresa. Estatui o mencionado artigo que “o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”, expressando, com termos idênticos mas em âmbito mais lato, o mesmo dever de diligência a que se refere o art. 153 da Lei de Sociedades Anônimas (Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976)<sup>46</sup>. Trata-se de outro caso de incidência, marcadamente, do princípio da boa-fé<sup>47</sup>.

#### B) Família e sucessões

No que se refere ao direito de família, o Código Civil de Québec segue as linhas do desenvolvimento atual da matéria, partindo da igualdade entre os cônjuges e vedando qualquer diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, como se verá. No tratamento do direito sucessório, rumou-se a um menor formalismo quanto ao testamento, além de outras disposições que serão abordadas oportunamente.

Cabe salientar, antes de tudo, que o tratamento de algumas matérias relativas ao direito de família, como casamento e divórcio, é de competência federal, segundo o art. 91 do *Acte de l'Amérique du Nord Britannique* (1867), que foi mantido pela Lei Constitucional de 1982<sup>48</sup>. Assim, nesses assuntos, o Código Civil de Québec apenas previu expressamente o que já fora reconhecido e praticado em todo o Canadá; em outros tópicos, por outro lado, concernentes à competência provincial (arts. 92

<sup>46</sup> O referido dispositivo não foi alterado pela recente reforma empreendida com a Lei 10.303, de 31 de outubro de 2001.

<sup>47</sup> V. supra, parte I, B.

<sup>48</sup> V. supra, introdução, nota 4.

e 93), o legislador *québécois* teve autonomia para regular a matéria ao seu modo, por assim dizer<sup>49</sup>.

Isso posto, pode-se realçar, desde logo, as disposições do Código Civil de Québec relativas ao instituto do casamento. O art. 365 faz referência expressa ao fato de ocorrer casamento apenas entre homem e mulher, afastando a possibilidade de sua celebração entre pessoas do mesmo sexo; em atenção ao disposto constitucionalmente, uma modificação nesse particular só pode ser realizada em âmbito federal, sendo defeso aos elaboradores da codificação provincial dispor de modo diverso. Também o Código Civil brasileiro vislumbra tão-somente o casamento heterossexual, em consonância com o que estatua o diploma de 1916. A igualdade entre os cônjuges, porém, foi consagrada no art. 226, § 5., da Constituição de 1988<sup>50</sup> e devidamente respeitada na elaboração da nova codificação brasileira:

#### CÓDIGO CIVIL DE QUÉBEC

365. Le mariage doit être contracté publiquement devant un célébrant compétent et en présence de deux témoins. Il ne peut l'être qu'entre un homme et une femme qui expriment publiquement leur consentement libre et éclairé à cet égard.

#### CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Interessante notar a coincidência das soluções adotadas pelos diplomas ora estudados quanto ao regime legal de bens. Ambos indicam, à falta de convenção, a prevalência do regime da comunhão parcial (ou de aqüestos), conforme segue:

#### CÓDIGO CIVIL DE QUÉBEC

432. Les époux qui, avant la célébration du mariage, n'ont pas fixé leur régime matrimonial par contrat de mariage sont soumis au régime de la société d'acquêts.

#### CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Cabe sinalar, contudo, que o art. 438 do Código Civil de Québec admite a modificação do regime de bens a qualquer tempo, enquanto o art. 1.639, § 2., do novo diploma brasileiro se

<sup>49</sup> Segundo os arts. 91 a 93 do *Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, são matérias de competência federal: casamento, divórcio, direitos autorais, serviço postal, direito financeiro, telecomunicações, direito dos autôctones etc. A competência provincial, por sua vez, abrange principalmente: *propriedade e direitos civis dentro da província*, administração da justiça dentro da província, taxação dentro da província, hospitais, instituições municipais, matérias de interesse local e educação. Desnecessário frisar a importância que a repartição de competências invariavelmente possui no âmbito de discussão quanto ao federalismo, sendo marcante tal circunstância na realidade canadense.

<sup>50</sup> Discute-se, no caso brasileiro, se a Constituição de 1988 permite ou não o casamento homossexual, considerando-se que a redação do art. 226, §§ 3. e 5., parece prever apenas a sociedade conjugal entre um homem e uma mulher. Uma interpretação feita à luz dos direitos fundamentais consagrados no art. 5. da Constituição, no entanto, pode conduzir ao reconhecimento, se não do casamento, pelo menos da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

apresenta mais rígido, admitindo apenas a sua alteração parcial, “mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”. Tal dispositivo não encontra paralelo em nosso Código Civil de 1916, nem foi originalmente previsto no Projeto da codificação atual, mas introduzido num segundo momento, pela Emenda n. 284 do Senado Federal.

Característico do diploma *québécois*, em consonância com a consagração da *fiducie*, como instituto erigido à semelhança do *trust* inglês<sup>51</sup>, é o estabelecimento, com o casamento, de um *patrimoine familial*, formado por alguns bens dos cônjuges<sup>52</sup>. Um detalhe fundamental: não se perscruta, aqui, de quem é o direito de propriedade sobre tais bens, porquanto tem supremacia justamente a concepção de patrimônio, mais próxima dos moldes do *estate* anglo-saxão<sup>53</sup>.

Vale transcrever, para que melhor se compreenda o alcance desse instituto, o seguinte dispositivo:

**415.** Le patrimoine familial est constitué des biens suivants dont l'un ou l'autre des époux est propriétaire: les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage, les meubles qui les garnissent ou les ornent et qui servent à l'usage du ménage, les véhicules

automobiles utilisés pour les déplacements de la famille et les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite.

Entrent également dans ce patrimoine, les gains inscrits, durant le mariage, au nom de chaque époux en application de la Loi sur le régime de rentes du Québec ou de programmes équivalents.

Sont toutefois exclus du patrimoine familial, si la dissolution du mariage résulte du décès, les gains visés au deuxième alinéa ainsi que les droits accumulés au titre d'un régime de retraite régi ou établi par une loi qui accorde au conjoint survivant le droit à des prestations de décès.

Sont également exclus du patrimoine familial, les biens échus à l'un des époux par succession ou donation avant ou pendant le mariage.

(...)

Em tempo: o novo Código Civil brasileiro contém disposições a respeito do chamado *bem de família* (arts. 1.711 a 1.722), desenvolvido e aperfeiçoado a partir dos arts. 70 a 73 do diploma de 1916. O regramento desse instituto, contudo, absolutamente não se confunde com o *patrimoine familial* vigente na província de Québec – até porque, no caso brasileiro, sua instituição é facultativa<sup>54</sup>. Seu alcance e pressupostos, em suma, são distintos.

<sup>51</sup> V. supra, parte I, A, nota 16.

<sup>52</sup> A introdução desse instituto no direito *québécois* ocorreu, em verdade, já no ano de 1984, durante as reformas então realizadas. O Código Civil veio, posteriormente, apenas recepcionar e melhor desenvolver a figura do *patrimoine familial*.

<sup>53</sup> De fato, propriedade e *property* não são conceitos equivalentes, como bem demonstra DAVID, *O direito* cit., pp. 95 e ss. A idéia continental de propriedade seria melhor traduzida pelo termo *ownership*, enquanto haveria uma proximidade (não uma equivalência!) entre patrimônio e *estate* (compreendido, este, como o conjunto de interesses a incidir sobre um ou mais bens).

Quanto à posse (*possession*) no direito inglês e sua relação com a *property* e a *ownership*, v. em especial o estudo de THUNIS et al., À la recherche de la *possession* en droit anglais, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, Société de Législation Comparée, jan.-mar. 2000, n. 1, pp. 77-100.

<sup>54</sup> Em breve análise do tratamento dado ao tema pelo Projeto do novo Código Civil brasileiro, como “composição entre o bem de família do direito americano (*home stead*) e o ‘fundo patrimonial’ do direito italiano”, v. COUTO E SILVA, *O direito civil* cit., p. 28.

Deve-se fazer referência, ainda, à proibição expressa de contrato de maternidade ou de gestação por outrem (i.e., contrato de “barriga de aluguel” e afins), conforme dispõem os arts. 538 a 541 do Código Civil *québécois*. Quanto à adoção, de outra feita, resta legalmente consagrado o direito que possui o adotado de saber, a qualquer tempo, quem são seus pais biológicos, uma vez que predomina – como irradiação do direito geral da personalidade<sup>55</sup> – o direito à identidade pessoal.

Chegamos, então, ao direito sucessório.

Primeiramente, tanto o art. 613 da codificação *québécoise* quanto o art. 1.785 do novo Código Civil brasileiro estatuem que a abertura da sucessão se dá no lugar do último domicílio do falecido.

Ratificando a importância emprestada à noção de patrimônio, reza o art. 614 do diploma canadense que os bens da sucessão formam “un seul patrimoine”, com significado próximo ao “todo unitário” referido no art. 1.791 do novo Código Civil brasileiro<sup>56</sup>, *mutatis mutandi*, como se verifica abaixo:

#### CÓDIGO CIVIL DE QUÉBEC

**614.** La loi ne considère ni l'origine ni la nature des biens pour en régler la succession; tous ensemble, ils ne forment qu'un seul patrimoine.

#### PROJETO DO CC BRASILEIRO

**Art. 1.791.** A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Párrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

Deve-se lembrar que, no ordenamento jurídico brasileiro, justificando a menção a “normas relativas ao condomínio” feita no parágrafo único do artigo supracitado do novo Código Civil, o direito à sucessão aberta é legalmente equiparado aos bens imóveis (art. 80, II do diploma de 2002; art. 44, III, da codificação de 1916).

De modo geral, as disposições do Código Civil de Québec rumam a um menor formalismo no que tange à elaboração de testamentos (e.g., art. 726). Também quanto às cláusulas testamentárias, o legislador *québécois* parece ter concedido um maior âmbito de autonomia ao testador, em cotejo com as respectivas previsões do Código Civil brasileiro. Com efeito, ao tratar das novas regras deste diploma em matéria de sucessões, afirma Reale que o testador “deve explicitar o motivo que o leva a estabelecer a cláusula limitadora do exercício de direitos pelo seu herdeiro, podendo o juiz, em certas circunstâncias, apreciar a matéria para verificar se procede a justa causa invocada”<sup>57</sup>.

O diploma de Québec prevê, em seu art. 749, uma situação que apresenta similaridades com aquela descrita no art. 1.809 do novo Código Civil brasileiro – i.e., se um herdeiro vier a falecer antes de declarar se aceita ou não a herança, tal poder passa aos seus próprios herdeiros, nas condições legalmente previstas. O código *québécois*, contudo, no dispositivo acima apontado, vislumbra a representação de um herdeiro falecido antes do testador.

<sup>55</sup> V. supra, parte II, A.

<sup>56</sup> A título de curiosidade: o termo “totalidade” fora introduzido pela Emenda n. 355 do Senado Federal, mas no fim das contas acabou prevalecendo a expressão “todo unitário”, conforme a redação original do Projeto. O Código Civil de 1916, por sua vez, não continha vocábulo assemelhado.

<sup>57</sup> REALE, op. cit., p. 18.

Por último, cabe destaque à figura do *liquidateur* da sucessão, prevista no art. 783 e ss. do Código Civil de Québec, que vem substituir o cargo de *exécuteur testamentaire*, de alcance notadamente mais restrito. Parte-se, uma vez mais, da importação feita pelo legislador *québécois* do instituto inglês do *trust*, mediante a inclusão de um corpo de regras de aplicação geral quanto à administração de bens de outrem (art. 1299 e ss.)<sup>58</sup>, porquanto é na mesma noção de patrimônio (art. 614) que se baseiam os direitos e deveres do *liquidateur* sucessório.

### C) Bens

O que primeiro chama a atenção do estudioso, no livro do Código Civil de Québec destinado aos bens, em comparação com o antigo *Code Civil du Bas Canada*, é a ampliação do conceito de propriedade: antes, abrangia apenas as coisas (*choses, things*); agora, o termo utilizado é, justamente, bens (*biens, property*).

Como se sabe, Québec é uma província bilingüe, sendo sua legislação publicada sempre nas duas línguas oficiais, ou seja, em inglês e francês. Ambas vigem com força de lei, de modo que se pode antever o esforço empreendido na tradução de algumas expressões jurídicas, que não apresentem significado paralelo na outra língua – principalmente se for considerado o fato de não haver apenas duas línguas diferentes, no caso, mas duas famílias de direito fundamentalmente distintas. É interes-

sante, por esse motivo, transcrever o texto do art. 947 do Código Civil *québécois* em ambas as línguas oficiais:

La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercise fixées par la loi.

Elle est susceptible de modalités et de démembrements. Ownership is the right to use, enjoy and dispose of property fully and freely, subject to the limits, and conditions for doing so determined by law.

Ownership may be in various modes and dismemberments.

A doutrina registrou essa alteração, de “coisas” para “bens”, e meditou sobre seu significado: seria um mero *lapsus linguae*? ou o legislador teria voluntariamente ampliado o conceito de propriedade, para abranger também os bens incorpóreos? Ora, a linguagem utilizada pelo legislador é clara, não se presta a maiores lucubrações, de modo que, apesar da relativa polivalência do termo *biens (property)*, o alcance do conceito inegavelmente se alargou<sup>59</sup>. Nesse sentido, deve-se conectar o conceito do art. 947 com o que estabelece o art. 899, ao abrir o livro referente aos bens: “Les biens, tant corporels qu'incorporels, se divisent en immeubles et en meubles”.

O novo Código Civil brasileiro, em contraste, não apresenta propriamente um conceito de propriedade. No entanto, pode-se depreendê-lo do disposto no art. 1.228 – que utiliza, por sua vez, o termo “coisa”<sup>60</sup>.

A estruturação adotada pelo Código Civil de Québec faz a distinção entre modalidades e desmembramentos da propriedade, conforme segue:

- a) são consideradas modalidades da propriedade a copropriedade por indivisão (art. 1.012 e ss.) e a copropriedade divisível (art. 1.038 e ss.), além da *propriété superficiare* (art. 1.110 e ss.);
- b) constituem desmembramentos da propriedade, por sua vez, o usufruto (art. 1.120 e ss.), o uso (art. 1.172 e ss.), as servidões (art. 1.177 e ss.) e a enfiteuse (art. 1.195 e ss.).

Dentre as modalidades supramencionadas (item *a*), é pertinente ressaltar a previsão da *propriété superficiare*, que vem de encontro às disposições do novo Código Civil brasileiro quanto ao direito de superfície, em seu art. 1.369 e ss. Aqui, como assevera José Carlos Moreira Alves, trata-se de conceder novo enfoque a um antigo instituto do ordenamento jurídico luso-brasileiro – agora sob a influência da figura da “concessão de uso”, oriunda do direito administrativo<sup>61</sup>. O Código Civil de 1916, todavia, não contemplava o direito de superfície.

A fim de comparar a redação dos dispositivos que introduzem o instituto na codificação *québécoise* e no diploma brasileiro, demarcando suas similaridades, passa-se a transcrevê-los:

### CÓDIGO CIVIL DE QUÉBEC

1.011. La propriété superficiare est celle des constructions, ouvrages ou plantations

situés sur l'immeuble appartenant à une autre personne, le tréfoncier.

### CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente inscrita no Registro de Imóveis.

Trata-se, em suma, do mesmo instituto jurídico, consagrado tanto lá quanto cá. Se há algumas nuances próprias de um ou outro ordenamento (como de fato se verifica, p.ex., na previsão de um prazo máximo de cem anos pelo Código Civil de Québec)<sup>62</sup>, tais características não chegam a afetar o núcleo do mesmo direito de superfície.

No que diz respeito aos desmembramentos da propriedade arrolados no diploma *québécois* (item *b*), são basicamente os mesmos que prevê o Código Civil brasileiro. Neste, contudo – ao lado das servidões, do usufruto e do uso –, verifica-se ainda a presença da habitação (arts. 1.414 a 1.416), como especificação do uso para moradia, e, logo a seguir, menciona-se igualmente o direito real do promitente comprador à aquisição do imóvel (arts. 1.417 e 1.418), quando não pactuado arrendimento<sup>63</sup>.

Por fim, o estudioso do novo Código Civil brasileiro depara-se com a proibição expressa de constituição de enfiteuses e subenfiteuses, “subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Ci-

<sup>58</sup> V. supra, parte I, B.

<sup>59</sup> A esse respeito, v. especialmente BRIERLEY, Regards sur le droit des biens dans le nouveau code civil du Québec, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, Société de Législation Comparée, jan.-mar. 1995, n. 1, pp. 35-36.

<sup>60</sup> É oportuno apontar que, enquanto o Livro II (*Dos bens*) da Parte Geral se refere sempre a “bens”, o Livro III (*Do direito das coisas*) da Parte Especial do novo Código Civil brasileiro utiliza tão-somente o termo “coisa”. O mesmo ocorre, com poucas diferenças, no regramento da codificação de 1916 – v. a distinção terminológica feita por PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, 2. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, t. II, § 118, 1.

<sup>61</sup> REALE, op. cit., p. 84.

<sup>62</sup> BRIERLEY, p.ex., ao discutir o alcance da *propriété superficiare*, causa certa estranheza ao afirmar que “le nouveau Code civil va encore plus loin dans cette direction en laissant entrevoir la possibilité de la cession d'un volume d'air qui surplombe le terrain” (op. cit., p. 38).

<sup>63</sup> A necessidade da inclusão, no rol dos direitos reais, da promessa de compra e venda é defendida por REALE, não obstante a jurisprudência já há muitos anos pacificada, devido ao fato de que tais direitos “não podem deixar de ser taxativamente enumerados” (op. cit., p. 39).

vil anterior, Lei 3.071, de 1. de janeiro de 1916, e leis posteriores” (art. 2.038). Creemos que se justifica a escolha dos elaboradores do respectivo Anteprojeto, uma vez que a figura da enfiteuse, ao menos em nosso país, indubitavelmente perdeu sua relevância prática<sup>64</sup>.

Sobre a noção de *patrimoine d'affectation* já se teceu algumas considerações anteriormente<sup>65</sup>, bem como se ressaltou sua importância ímpar como “le concept fondamental qui permet au législateur de mettre en place un système de fiducie qui remplit les mêmes fonctions que les trusts de la common law, mais en ayant recours à des concepts connus en droit civil”<sup>66</sup>. De fato, o Código Civil de Québec reconhece duas espécies de *patrimoines d'affectation*: a fundação (art. 1.256 e ss.) e a *fiducie* (art. 1.260 e ss.).

O conceito de fundação apresentado pelo art. 1.256 do diploma *québécois* basicamente não difere do que se lê na Parte Geral do novo Código Civil brasileiro, como se verifica abaixo:

### CÓDIGO CIVIL DE QUÉBEC

**1.256.** La fondation résulte d'un acte par lequel une personne affecte, d'une façon irrévocable, tout ou partie de ses biens à une fin d'utilité sociale ayant un caractère durable.

La fondation ne peut avoir pour objet essentiel la réalisation d'un bénéficiaire ni l'exploitation d'une entreprise.

### CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

**Art. 62.** Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

O que resulta francamente peculiar no direito privado *québécois*, expondo de maneira formidável as relações cambiáveis mas sempre operantes entre o sistema jurídico francês e o sistema de *common law* na sociedade local – para regozijo dos estudiosos de direito comparado –, é o regramento legal da *fiducie*, nos moldes do tradicional instituto inglês do *trust*<sup>67</sup>.

Na realidade, as raízes dessa figura não se encontram sequer na *common law* propriamente dita, mas na *equity*, porquanto a valorização do *trust* surgiu como remédio jurisprudencial para contornar algumas situações injustas que começaram a advir da aplicação formalista das regras de *common law*<sup>68</sup>. Apresentar uma definição doutrinária desse ins-

tituto, como já se percebe, constitui tarefa delicada<sup>69</sup>, que foge, ademais, do tema específico deste trabalho, razão pela qual resulta suficiente a mera transcrição do art. 1.260 do Código Civil de Québec:

La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.

As aplicações práticas da *fiducie* são inúmeras, manifestando-se em diversas áreas do direito privado, como se conclui a partir dos séculos de experiência jurídica que o instituto paralelo do *trust* sentiu na Inglaterra. Com efeito, seu alcance vai desde a proteção dos interesses pecuniários de incapazes, passando pela administração de uma sociedade ou associação, até a partilha de bens nas sucessões, e isso para ficar-se apenas em três exemplos; em todos eles, contudo, identifica-se a mesma idéia básica da constituição de um *patrimoine fiduciaire*, completamente autônomo e distinto dos patrimônios individuais do constituinte, do fiduciário ou do beneficiário<sup>70</sup>.

A sistematização da matéria adotada pelo Código Civil de Québec consagra, além do Livro IV, dedicado aos bens, um tratamento apartado para o regime das *garantias*, no Livro VI. Destarte, o legislador reconheceu duas formas distintas – as prioridades e as hipotecas.

Em síntese, de acordo com o art. 2.650 da atual codificação, recebe o nome de prioridade (*priorité*)<sup>71</sup> todo direito não-real, estabelecido por lei, de ser preferido frente a outros credores – mesmo que estes sejam hipotecários. Seu número é limitado (art. 2.651), pois deve ser prevista em lei: é o que ocorre, p.ex., com os créditos fiscais.

As garantias reais, por sua vez, convergem todas na figura da hipoteca (*hypothèque*), em consequência da unificação de regime realizada pelo legislador, a fim de conceder tratamento igualitário a todos os devedores que prestam garantia. É, em outras palavras, a vigência daquilo que Jobin chama de “présomption d'hypothèque”<sup>72</sup>, a causar uma dilatação formidável do alcance dessa garantia real: com efeito, o Código Civil de Québec prevê tanto a hipoteca *convencional* quanto a *legal*. Nesta, incide simplesmente o rol de credores especificados no art. 2.724; na hipoteca convencional, por sua vez, passam a conviver três formas distintas:

- a) a hipoteca imobiliária (art. 2.693 e ss.), que nada mais é do que a tradicional garantia hipotecária, não trazendo inovações dignas de nota;
- b) a hipoteca mobiliária (art. 2.696 e ss.), que constitui a grande novidade do Código, podendo incidir com ou sem transferência da posse do bem gravado<sup>73</sup>. É um instituto consideravelmente maleável, uma vez que

<sup>64</sup> Nesse sentido, REALE qualifica a enfiteuse como “velha e condenada instituição”, ratificando o entendimento de Orlando Gomes, cujo Projeto de codificação também visava a extinguir, apenas de modo mais prolongado no tempo, aquele mesmo “instituto obsoleto, em franco desuso” (apud: REALE, op. cit., p. 131).

<sup>65</sup> V. supra, parte I, B.

<sup>66</sup> JOBIN, Le nouveau cit., p. 917.

<sup>67</sup> V. supra, parte I, A, nota 16.

<sup>68</sup> Para maior aprofundamento na evolução histórica do *trust*, v. a interessante digressão de DAVID, O direito cit., p. 102 e ss. Um estudo minucioso da *fiducie* no Código Civil de Québec é realizado por BRIERLEY, op. cit., pp. 42-48.

<sup>69</sup> DAVID, p.ex., prefere apenas transcrever a fórmula proposta pelo historiador do direito inglês F. W. Maitland: “Quando uma pessoa tem direitos que deve exercer no interesse de outra ou para a realização de um objetivo especial dado, diz-se que essa pessoa tem os direitos em questão *em trust* para a outra pessoa ou para o objetivo em causa, sendo chamada de *trustee*” (apud: O direito cit., pp. 99-100).

<sup>70</sup> BRIERLEY, op. cit., p. 45.

<sup>71</sup> BRIERLEY, op. cit., p. 39.

<sup>72</sup> JOBIN, Le nouveau cit., p. 916.

<sup>73</sup> Conforme o art. 2.665 do Código Civil de Québec, no primeiro caso (i.e., quando a hipoteca mobiliária se dá com transferência da posse do bem gravado), ocorre a identificação dessa nova figura com a garantia pignoratícia (*gage*).



pode abranger não apenas um móvel, mas ainda uma universalidade de bens e até animais;

- c) a hipoteca aberta (art. 2.715 e ss.), na qual alguns efeitos são suspensos até o momento em que o credor resolve “fechar” a sua garantia, em face do descumprimento de alguma obrigação por parte do devedor ou do constituinte. Cabe ressaltar que tal característica tem de estar expressa no ato de constituição da hipoteca.

Todavia, se é notável a liberalidade do novo Código Civil de Québec quanto à formação de garantias hipotecárias, houve a sensível preocupação, em contrapartida, de estabelecer-se regras estritas no que se refere à sua realização.

Nesse sentido, como já se referiu anteriormente, o legislador incluiu um corpo específico de regras sobre o exercício dos direitos hipotecários (arts. 2.748 e ss.)<sup>74</sup>, a consagrar “un ensemble de mesures de protection ou d'équité imposées au créancier qui veut exercer ses droits en vertu d'une hypothèque”<sup>75</sup>. Assim, e.g., o art. 2.757 exige do credor que preste um *préavis*, de vinte ou de sessenta dias (dependendo de ser o bem móvel ou imóvel), ao devedor, a fim de que este possa remediar a situação dentro do período demarcado e, dessa forma, evitar o exercício das sanções cabíveis.

#### D) Obrigações

No campo das obrigações, encontra-se igualmente uma preocupação do legislador em

recepção os aperfeiçoamentos jurisprudenciais verificados ao longo das últimas décadas, em relação ao regramento oitocentista da codificação anterior. Não obstante, passada a marca dos cinco anos de entrada em vigor do novo Código Civil, parte da doutrina *québécoise* já vem tecendo algumas críticas a respeito, a fim de otimizar as soluções adotadas<sup>76</sup>. De qualquer modo, passa-se a analisar as principais normas em matéria obrigacional.

Em primeiro lugar, cabem algumas palavras sobre o sistema adotado quanto à transferência da propriedade. Os juristas costumam reconhecer três grandes sistemas a respeito – o romano, o francês e o alemão –, que inspiraram a direção dada ao tratamento do tema na maioria dos outros países<sup>77</sup>; não se fará uma digressão a respeito, por escapar ao fulcro deste trabalho.

Basta atentar ao fato de que, devido à influência francesa, incrustada na origem mesma da província de Québec, o *título* é considerado suficiente para transferir a propriedade, sendo desnecessária a verificação de um *modo*. Em outros termos, os contratos no direito *québécois* têm efeito translativo, e a propriedade se transfere *solu consensu*.

Por essa razão, escolheu-se abordar o tema apenas no presente ponto, destinado às obrigações, sendo que tal característica da translação da propriedade se atesta mediante a leitura combinada dos arts. 916, 1.433, *in fine*, e 1.708<sup>78</sup>:

916. Les biens s'acquièrent par contrat, par succession, par occupation, par prescription, par accession ou par tout autre mode prévu par la loi. (...)

1.433. Le contrat crée des obligations et quelquefois les modifie ou les éteint. En certains cas, il a aussi pour effet de constituer, transférer, modifier ou éteindre des droits réels.

1.708. La vente est le contrat par lequel une personne, le vendeur, transfère la propriété d'un bien à une autre personne, l'acheteur, moyennant un prix en argent que cette dernière s'oblige à payer. (...)

Nesse aspecto, o Código Civil brasileiro mantém o sistema tradicionalmente seguido em nosso país – i.e., aproximado à raiz romana –, segundo o qual são necessários para a transferência da propriedade tanto o *título* quanto o *modo*. De fato, nas legislações de influência romana, o título incorpora a causa da aquisição, diferenciando-se do sistema alemão, por sua vez, devido à abstração que este faz da causa do negócio jurídico dispositivo<sup>79</sup>.

Essas distinções entre os sistemas supracitados têm efeitos relevantíssimos quanto à separação dos planos obrigacional e real, que, inexistindo no direito francês, será absoluta no direito germânico e apenas relativa no direito brasileiro. É justamente por essa peculiaridade do direito brasileiro, conforme a lição de Clóvis do Couto e Silva, que o estudo da separação dos planos se reveste de especial pertinência: como o adimplemento, no caso,

importa em transmissão da propriedade, a fase respectiva desloca-se do plano obrigacional para o plano real<sup>80</sup> – o que não ocorre no sistema alemão, muito menos no sistema francês.

Isso posto, é mister citar os arts. 1.425 a 1.432 do Código Civil de Québec, referentes à interpretação dos contratos, que dão valor predominante à intenção das partes sobre a literalidade do instrumento contratual, colocando-se no mesmo sentido do art. 112 do novo Código Civil brasileiro<sup>81</sup>. Este, contudo, por estar localizado na Parte Geral do diploma, bem como por mencionar “declarações de vontade”, e não apenas “contrato”, tem alcance semântico mais amplo.

#### CÓDIGO CIVIL DE QUÉBEC

1.425. Dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés.

#### CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Ambos os diplomas prevêm normas a respeito dos contratos por adesão. A codificação *québécoise*, contudo, vai mais além do que os arts. 423 e 424 do novo Código Civil brasileiro, dispondo especificamente a respeito

<sup>74</sup> V. supra, parte I, B.

<sup>75</sup> JOBIN, Le nouveau cit., p. 915.

<sup>76</sup> Entre os trabalhos mais recentes, v. JOBIN, La modernité du droit commun des contrats dans le code civil du Québec: Quelle modernité?, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, Société de Législation Comparée, jan.-mar. 2000, n. 1, pp. 49-76.

<sup>77</sup> GOMES, *Direitos reais*, 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, pp. 133-134.

<sup>78</sup> Sublinhamos. Cabe apontar que o art. 916 está compreendido dentre as disposições a respeito dos bens (Livro IV), enquanto os seguintes já pertencem ao Livro V, referente às obrigações: o art. 1.433 trata dos efeitos dos contratos em geral, e o art. 1.708 traz a definição legal do contrato de compra e venda (*vente*).

<sup>79</sup> GOMES, op. cit., p. 134. Para uma análise de fôlego da teoria da causa, em perspectiva histórica e com o aprofundamento das suas conseqüências, v. COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 45 e ss. Especificamente quanto ao caráter causal da tradição no direito brasileiro, ensina o autor que “a aceitação do negócio jurídico de disposição como causal proveio da regra exarada no art. 622 do Código Civil (*de 1916*)..., por meio de hermenêutica integradora” (*A obrigação cit.*, pp. 60-61). Com efeito, esse dispositivo é mantido pelo art. 1.268 do novo Código Civil brasileiro, cujo § 2. estatui: “Não transfere a propriedade a tradição, quando tiver por título um negócio jurídico nulo”.

<sup>80</sup> COUTO E SILVA, *A obrigação cit.*, p. 44.

<sup>81</sup> Quanto ao tratamento dado ao princípio da *boa-fé* pelos dois diplomas, v. supra, parte I, B.

da proteção jurídica do consumidor; no Brasil, como se sabe, a matéria é regida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990)<sup>82</sup>. Nesse sentido, inclusive dando critérios para a identificação da abusividade de uma determinada cláusula contratual, ordenam os artigos do Código Civil de Québec a seguir transcritos<sup>83</sup>:

**1.432.** Dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur.

**1.436.** Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent.

**1.437.** La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.

No ordenamento jurídico brasileiro, vige o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, que apresenta um rol de cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que são nulas de pleno direito, devido ao seu caráter reconhecidamente abusivo. Diferem, portanto, as técnicas adotadas, uma vez que o legislador *québécois* limitou-se a estabelecer uma cláusula geral, enquanto no Brasil prevaleceu uma lista exemplificativa de situações nas quais a abusividade se manifesta, acarretando a nulidade das respectivas cláusulas.

Merece destaque, de outra parte, o regramento da responsabilidade civil por danos. O Código Civil de Québec divide as disposições gerais a respeito em dois artigos, conforme se vislumbra responsabilidade extracontratual ou contratual<sup>84</sup>:

**1.457.** Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

**1.458.** Toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés.

Elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice; ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables.

Fica legalmente garantido, pois, o ressarcimento pleno dos danos, sejam físicos, morais ou materiais, à semelhança do que ocorre no Brasil<sup>85</sup>; em nosso país, contudo, não se faz comumente essa distinção tripartite, porquanto os danos físicos estariam compreendidos, *a priori*, dentro das outras duas categorias. Parece interessante, afinal, o entendimento adotado pelo Código Civil de Québec: trata-se realmente de lesões de natureza diversa.

É diverso, ainda, a abordagem concedida à matéria da responsabilidade civil pelos dois diplomas. Enquanto a codificação *québécoise* introduziu um artigo para a responsabilidade extracontratual (art. 1.457) e outro para a responsabilidade contratual (art. 1.458), para depois adentrar as disposições específicas, o Código Civil brasileiro seguiu a tradição pátria de prever uma norma de caráter geral – o art. 927, que faz remissão aos arts. 186 e 187<sup>86</sup>. A distin-

ção entre ambas as espécies de responsabilidade civil, todavia, é reconhecida no Brasil pela doutrina e pela jurisprudência.

Digno de nota, no mesmo art. 1.457 do Código Civil de Québec, é a menção expressa aos usos (*usages*) como fonte de regras jurídicas de conduta, a ensejar eventualmente a responsabilização civil da parte que não os observar. O ordenamento jurídico brasileiro não possui norma equiparável a essa, mas o novo Código Civil prevê, no parágrafo único do art. 927, a responsabilização independente de culpa não apenas nos casos definidos em lei, mas também “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Para consumir tal análise, o aplicador deverá necessariamente levar em conta tanto a lei quanto as circunstâncias e os usos incidentes no caso concreto<sup>87</sup> – em última análise, o resultado será similar ao estabelecido no art. 1.457 do Código Civil de Québec.

No rol dos contratos nominados, cabe indicar o *contrat d'entreprise ou de service* (art. 2.098 e ss. do diploma *québécois*). Trata-se de figura aplicável às situações contempladas pelo novo Código Civil brasileiro dentro do âmbito do contrato de prestação de serviço (art. 593 e ss.)<sup>88</sup> e do contrato de empreitada (art. 610 e ss.), na dependência de ser o objeto do negó-

<sup>85</sup> Se o Código Civil brasileiro não é tão explícito quanto ao cabimento de indenização por dano moral, apesar do disposto no art. 186, e considerando-se ainda o silêncio da codificação de 1916 a respeito, não deixa dúvida alguma o art. 5., X, da Constituição de 1988, que assegura expressamente ao lesado “o direito a indenização pelo dano material ou moral”. Não há, em suma, o que se discutir sobre o assunto, restando dificuldades apenas no permanente problema da quantificação do dano moral.

<sup>86</sup> O art. 186 do novo Código Civil brasileiro equivale aproximadamente ao art. 159 do diploma de 1916. Aquele, porém, prevê inclusive a comissão de dano exclusivamente moral como passível de configurar ato ilícito, bem como faz outras modificações significativas, cujo desenvolvimento foge ao objetivo deste trabalho.

<sup>87</sup> REALE, op. cit., p. 13.

<sup>88</sup> A figura do contrato de prestação de serviço, em constante desenvolvimento jurisprudencial, vem substituir, com algumas regras diferenciadas, o outrora denominado contrato de “locação de serviço”, assentado no art. 1.216 e ss. do Código Civil de 1916. Sobre o tema, v. TIMM, *Da prestação de serviços*, Porto Alegre, Síntese, 1998, passim.

<sup>82</sup> De fato, o art. 54 do Código de Defesa do Consumidor define o que se deve entender por “contrato de adesão”. No entanto, neste trabalho se prefere a expressão “contrato *por adesão*”, uma vez que não se trata de um tipo contratual específico, mas de um modo de formação de contratos.

<sup>83</sup> Sublinhamos.

<sup>84</sup> Sublinhamos.

cio jurídico um serviço ou uma obra. Em síntese, o ordenamento pátrio faz tal distinção porque estatui regras e efeitos próprios a cada um desses contratos.

Em último lugar, é oportuno dar destaque à introdução da convenção de arbitragem na lista dos contratos típicos (art. 2.638 e ss. do Código Civil de Québec), a recepcionar o conjunto de regras instituídas com essa finalidade já em 1986, durante o processo de reforma da codificação então vigente. O legislador entendeu incluir uma definição desse instituto dentro do próprio diploma codificatório, conforme segue:

**2.638.** La convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux.

O novo Código Civil brasileiro, em seu art. 853, admite nos contratos a cláusula compromissória, “para resolver divergências mediante juízo arbitral”, mas remete o aplicador do direito à lei específica que regula a matéria (Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996). Não parece razoável, enfim, seguindo a boa metodologia de direito comparado, julgar qual dos dois sistemas seria “o mais correto” nesse particular: são, apenas, opções legislativas diversas.

## Conclusão

O cotejo do novo Código Civil de Québec com o novo Código Civil brasileiro justifica-se pelo fato de pertencerem, tanto um quanto outro diploma, a um mesmo momento histórico, posterior à promulgação de uma Constituição na década de 1980<sup>89</sup>. Não se quer negar, obviamente, que Canadá e Brasil experimen-

tem realidades diversas e possuam tradições distintas; pelo contrário, a comparação entre os dois documentos codificatórios não tem por fim eleger qual deles é “o melhor”, mas sim estudar o modo pelo qual cada código tenta resolver normativamente os problemas práticos que se interpõem entre o jurista e a Justiça. Por vezes, os resultados variam; em outros pontos, coincidem: o essencial é, nas palavras de René David, a partir de uma análise comparativa, conhecer melhor o próprio direito nacional, para que então se possa considerar prudentemente a necessidade e o meio de seu aperfeiçoamento<sup>90</sup>.

Como se viu, o Código Civil de Québec apresenta diversas soluções jurídicas interessantes. Algumas, sem dúvida alguma, são próprias de sua circunstância geopolítica e histórica, como o constante intercâmbio jurídico-cultural que se estabelece entre a influência anglo-saxã e a tradição originariamente francesa dessa província: a mais latente prova disso é a instituição da *fiducie*, oriunda da necessidade prática de reger-se a figura do *trust*, vigente nas províncias anglófonas do Canadá, também no âmbito social *québécois*.

Outras soluções jurídicas, todavia, estão compreendidas dentro de um processo internacional – ou, ao menos, um processo que envolve a família de direito romano-germânico, dentre os quais está a França e, por ricochete, a província de Québec –, posterior à dolorida experiência das Grandes Guerras, mediante o qual os diferentes ordenamentos jurídicos passaram a identificar-se em torno de alguns princípios e direitos fundamentais. Ratifica esse consenso a edição de várias declarações e tratados internacionais, bem como a promulgação de um número elevado de Constituições nacionais com marcada preocupação axiológica. Sob essa óptica, pois, o Código Civil de Québec é um

diploma sintonizado com o seu tempo e a sua realidade.

Após uma tal análise, acredita-se que a única conclusão a que se pode chegar é a de que o novo Código Civil brasileiro se encontra igualmente inserido no processo acima apontado, ainda ao recepcionar elementos próprios da tradição pátria, ainda ao inovar de modo distinto ao da codificação *québécoise*, ainda ao – quem sabe? – equivocarse eventualmente nas opções teóricas feitas, porque de erros nenhuma obra humana está isenta. De uma maneira ou de outra, os dois diplomas cotejados irmanam-se numa perspectiva menos individualista que a de seus antecessores, na sistemática mais aberta à irradiação dos valores constitucionais, na igual tarefa de reconstruir as normas centrais do direito civil para a realidade de agora.

Nesse sentido, nem que seja devido à sua antecedência cronológica, a vigência do Código Civil de Québec permite aos estudiosos do direito comparado – transcorrida a rica fase inicial de amadurecimento que a aplicação de toda e qualquer lei proporciona – traçar quais soluções jurídicas vingarão. Se estiverem atentos às pegadas ora deixadas na areia pela experiência *québécoise*, tanto melhor para os civilistas brasileiros, que a partir de janeiro de 2003 terão diante de si uma vereda semelhante.

## Obras consultadas

### 1. Obras de caráter introdutório

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. por Carlos Eduardo Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1995.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo : José Bushatsky, 1976.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. por Hermínio A. Carvalho. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1993.

GUY, Stéphane. *Codifications et consolidations législatives à l'étranger. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. Paris : Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, mai-jun. 1998, n. 3, pp. 861-890.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Trad. por Gonzalo Hernández. Barcelona : Ariel, 1987.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. por Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1954, t. II.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra : Almedina, 1982.

RAISER, Ludwig. *La Costituzione e il diritto privato*. In: *Il compito del diritto privato*. Trad. por Marta Graziadei. Milão : Giuffrè, 1990, pp. 169-191.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. por A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1993.

### 2.1. Obras específicas sobre o Código Civil de Québec

BRIERLEY, John E. C. *Regards sur le droit des biens dans le nouveau code civil du Québec. Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris : Société de Législation Comparée, jan-mar. 1995, n. 1, pp. 33-49.

<sup>89</sup> v. supra, introdução.

<sup>90</sup> DAVID, *Os grandes sistemas cit.*, pp. 5 e ss.

- CANADÁ. *Civil code of Québec*. Internet : 2000. (<http://www.lexum.umontreal.ca/ccq/en/index.html>)
- \_\_\_\_\_. *Code civil du Québec*. Internet: 2000. (<http://www.lexum.umontreal.ca/ccq/fr/index.html>)
- \_\_\_\_\_. *Code civil du Québec*. Editeur Officiel du Québec, 1991.
- GÉLINAS, Marc. Les grands titres du code civil du Québec. *Le Réseau Juridique du Québec*. Internet: 1997. (<http://www.avocat.qc.ca/public/iiccqlignes.htm>)
- JOBIN, Pierre-Gabriel. La modernité du droit commun des contrats dans le code civil du Québec: Quelle modernité? *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris : Société de Législation Comparée, jan.-mar. 2000, n. 1, pp. 49-76.
- \_\_\_\_\_. Le droit transitoire et le code civil du Québec. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris : Dalloz-Sirey, jan.-mar. 1995, n. 1, pp. 207-212.
- \_\_\_\_\_. Le nouveau code civil. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris : Dalloz-Sirey, out.-dez. 1993, n. 4, pp. 911-920.
- \_\_\_\_\_. L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois. Le rapprochement et l'éloignement de deux continents. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris : Société de Législation Comparée, abr.-jun. 1992, n. 2, pp. 381-408.
- MARQUIS, Louis. L'influence du modèle juridique français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris : Société de Législation Comparée, jul.-set. 1993, n. 3, pp. 577-618.
- VACHON, Patrice. Une vue d'ensemble du nouveau code civil du Québec. *Le Réseau Juridique du Québec*. Internet : 2000. (<http://www.avocat.qc.ca/public/iiccqvachon.htm>)

### 3. Obras específicas sobre o novo Código Civil brasileiro

- COUTO E SILVA, Clóvis do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org. por Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 11-31.
- MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção". As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 139. Brasília : Senado Federal, 1998, pp. 5-22.
- MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2002.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto do Código Civil brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1986.
- REALE, Miguel. *O Projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.
- SILVA, Eduardo Silva da. Projeto do Código Civil: a importância das cláusulas gerais na regulação do direito pessoal e patrimonial de família. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 15. Porto Alegre : Síntese, 1998, pp. 55-73.
- ### 4. Obras de caráter auxiliar
- BRACHET, Bernard. La crise du fédéralisme canadien et le problème québécois. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, mar.-abr. 1972, n. 2, pp. 303-324.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.), et al. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, pp. 31-56.

- COUTO E SILVA, Almiro do. Romanismo e germanismo no Código Civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 13/14. Porto Alegre: Síntese, 1997, pp. 7-27.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.), et al. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, pp. 230-264.
- DAVID, René. *O direito inglês*. Trad. por Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 1997.
- DIDIER, Emmanuel. La common law en français: étude juridique et linguistique de la common law en français au Canada. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris : Société de Législation Comparée, jan.-mar. 1991, n. 1, pp. 7-56.
- GLENN, H. Patrick. La civilisation de la common law. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris : Société de Législation Comparée, jul.-set. 1993, n. 3, pp. 559-575.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 12. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997.
- LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.), et al. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, pp. 265-305.
- MARTINS-COSTA, Judith. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 17. Porto Alegre : Síntese, 1999, pp. 189-204.
- MAZEN, Noël Jean. Le juge civil québécois (approche comparative d'un système de droit mixte). *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris : Société de Législation Comparée, abr.-jun. 1982, n. 2, pp. 375-404.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra : Coimbra, 1990, t. I.
- MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no Direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), et al. *A Constituição concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, pp. 61-83.
- PHILIP, Christian. Le Québec et le "repatriement" de la Constitution canadienne. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, nov.-dez. 1982, n. 6, pp. 1567-1600.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981.
- RABELLO, Alfredo Mordechai. Montesquieu et la codification du droit privé (le Code Napoléon). *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris : Société de Législation Comparée, jan.-mar. 2000, n. 1, pp. 147-156.
- THUNIS, Xavier, MENSBRUGGHE, François van der. À la recherche de la possession en droit anglais. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris : Société de Législation Comparée, jan.-mar. 2000, n. 1, pp. 77-100.
- TIMM, Luciano B. *Da prestação de serviços*. Porto Alegre : Síntese, 1998.

# A Jurisprudência Clássica Romana e a Construção de um Direito Negocial fundado na *Fides*\*

*Maren Guimarães Taborda*

Procuradora do Município de Porto Alegre. Professora de História do Direito  
e de Direito Romano na PUCRS e na UNISINOS.  
Mestre em Teoria do Direito e do Estado pela UFRGS.

*“O melhor que obtemos da história é o entusiasmo que suscita”*  
Goethe, *Máximas e Reflexões*

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO

I- A CONSTITUIÇÃO DO IUS ATRAVÉS DA SOBERANIA POPULAR: ENTRE AUCTORITAS  
E POTESTAS.

A - A *lex publica* e a *Auctoritas* dos juristas;

B - O método da *interpretatio iuris*;

C - O edito e as fórmulas processuais.

II- FORMULAÇÃO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO PELO OFFICIUM DO  
PRETOR E DA ARS DOS JURISCONSULTOS.

A - O *ius* é uma *prudentia* e uma *ars*;

B - A extensão do *ius civile* aos estrangeiros através do *officium* do pretor;

C - *Ius Gentium* e *Ius Naturale*.

CONCLUSÃO

## Introdução

Há milênios o direito é uma técnica social específica de resolver conflitos concretos, isto é, regulação histórico-objetiva da vida so-

cial, e, desde o primeiro século de nossa era, recebeu uma forma que podemos chamar de ‘científica’, por meio da obra dos jurisconsultos

---

\* Versão integral da comunicação apresentada na 55ª Sessão da Sociedade “*Fernand de Visscher*” para a História dos Direitos da Antiguidade – *SIHDA 2001*, realizada em Rotterdam, Holanda, de 18 a 22 de setembro de 2001.

romanos, que, com uma preocupação harmonizadora, guiando-se pela associação de idéias e usando continuamente o raciocínio por gênero e espécie, chegaram a certas noções de caráter geral, como a *aequitas*, a *bona fides* e o *animus*, produzindo, pela primeira vez, uma literatura jurídica. Procurando encontrar as soluções nas circunstâncias de casos que apresentavam a mesma característica específica, os jurisperitos romanos justificavam suas decisões pelo fato de que eram razoáveis do ponto de vista prático ou diante das circunstâncias concretas ou, ainda, porque a elas tinham chegado por meio da analogia ou, ao inverso, pelo uso do argumento *a contrario*, nos casos opostos. Não fosse esse labor de aplicação do método das ciências naturais à jurisprudência, o direito romano não teria sido mais do que uma prática, uma arte empírica de regular processos, e, via de conseqüência, não teria sobrevivido à civilização romana.<sup>1</sup>

Denominada de ‘jurisprudência clássica’ ou ‘direito romano clássico’, esta literatura, transmitida ao Ocidente pela compilação justinianéia, forma, juntamente com o cristianismo e a filosofia grega, a base espiritual da cultura ocidental, sendo mais especificamente o alfabeto e a gramática da linguagem jurídica e da ciência do direito de base romanista. Por conseguinte, na mesma medida em que um matemático em formação não pode desconhecer a teoria pitagórica dos números; um filósofo, a filosofia dos gregos, e um médico, a anatomia e a fisiologia humanas, o jurista continental (principalmente o jusprivatista) não pode prescindir do estudo do direito romano clássico, a não ser que não queira ser jurista mas tão-somente um

“leitor e aplicador de leis”. Ademais, se a metodologia jurídica contemporânea – a meditação sobre as bases, os fundamentos, a justificação e o modo de operar do direito – discute se este é uma “ciência” porque “sistemático”; uma “arte”, porque “tópico”; uma “hermenêutica”; um “sistema de regras”; um “sistema de regras e princípios”; uma “razão prática” ou uma “prudência”, o estudo do direito romano clássico (a par do interesse histórico, sempre presente) pode fornecer uma lição de experiência, educando o jurista moderno para uma correta compreensão de seu campo de saber e de seu papel social. Além disso, ao desmistificar o pensamento que identifica todo direito à lei, o estudo da jurisprudência clássica romana conscientiza o jurista da função constitutiva, sempre criadora, da jurisprudência, educando-o, igualmente, para o casuísmo científico, de modo que possa criar normas adequadas para casos concretos não previstos nas normas existentes. Com base nestas premissas, este estudo procura compreender, em linhas gerais, a rigorosa técnica dos jurisperitos romanos na produção, interpretação e aplicação do direito, isto é, a metodologia segundo a qual foram criadas figuras jurídicas, formulados princípios doutrinários e regras jurídicas e consagrada uma terminologia que permanece em nossas legislações. Assim, a primeira parte trata da constituição do *ius* através da soberania popular ou da tensão entre *auctoritas* e *potestas*(I). A segunda parte trata da formulação, interpretação e aplicação do direito por meio do *officium* do pretor e da *ars* dos jurisconsultos e, mais especificamente, da construção de um direito negocial baseado na *fides*, o *ius gentium* (II).

<sup>1</sup> Conforme, principalmente: CRUZ, Sebastião. *Direito Romano (Ius Romanum)*. Tomo I. 4ª ed. Coimbra: 1984, pp. 280 a 295; D’ORS, Álvaro. *Derecho Romano Privado*. Pamplona: EUNSA, 1997, pp. 57 a 63; VILLEY, Michel. *Le Droit Romain*. Coleção “que sais-je?” Paris: Presse Universitaire de France, 9ª ed., 1993, pp. 36 a 49; KASER, Max. *Sur la Méthode des Jurisconsultes Romains*. In: *Romanitas. Revista de Cultura Romana (Língua, Instituições e Direito)*. Rio de Janeiro: Romanitas Livraria Editora Ltda, 1962, pp. 107 a 123 e *Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pp.18 a 41; ARANGIO-RUIZ, Vicente. *Historia del Derecho Romano*. Madrid: Editorial Reus, 1994, pp.326 a 368; KUNKEL, Wolfgang. *Historia del Derecho Romano*. Barcelona: Ariel, 1991, pp. 108 a 118 e SCHULZ, Fritz. *Principios del Derecho Romano*. Madrid: Civitas, 1990, pp. 39 a 87.

## I – A Constituição do Ius através da Soberania Popular: entre Auctoritas e Potestas

Na experiência jurídica romana, o conceito de *ius*<sup>2</sup> foi desenvolvido com base em problemas de forma e substância de ações, denotando uma clara hegemonia da formulação processual, uma vez que *ius* era, inicialmente, a ação: o que podia ser exigido pela força com a aprovação dos responsáveis pela manutenção dos princípios jurídicos que regiam a vida da comunidade. *Ius* é fundamentalmente uma vis (força) e nela se apóia porque, em sua formulação arcaica, o *ius* é uma ordem de poderes pessoais, que se manifesta em atos de força formal-

mente ritualizados. A todos imposto ou declarado, *ius* é o ato de violência privada que a sociedade reconhece como ordenado e adequado às circunstâncias, de modo que, ao final de uma ação, o cidadão se via investido de autorização para agir contra outrem, na defesa de seus interesses ou de suas posições (status) ou, ainda, para compensar uma ofensa sofrida.<sup>3</sup> De dois arquétipos – atos de apoderamento de coisas (vindicatio) e atos de apoderamento de pessoas (manus iniectio) – derivaram todas as ações (ações reais e ações pessoais) que a eles podiam ser reconduzidos. Em uma extensão do significado, *ius* também se chamou o lugar onde deveria reclamar-se um *ius* (uma actio): o tribunal do pretor e daí, uma estreita relação entre *ius* e *imperium* – a evolução constitucional ro-

<sup>2</sup> Não se sabe concretamente a origem da palavra *ius*, não havendo acordo entre filólogos e juristas quanto à sua etimologia. Sebastião Cruz acentua algumas opiniões: a) *ius* vem de *iussum* (ordem) e *iussum* do verbo *iubere* (ordenar, preceituar), e, daí, *ius* é o que é ordenado ou preceituado; b) *ius* deriva do sânscrito *yum yug, yung*, que significa ligação, liame. Por conseguinte, *ius* seria o estabelecido pelos julgadores (juízes) de um tribunal e reflete o pensar da comunidade (populus), já que esta declara o *iustum* e reprova o *iniustum* (o anormal); c) *ius* também pode ter origem no primitivo sânscrito *yaus* (puro, bom, santo), correspondendo à forma latina arcaica *yous* ou *iuos*: algo procedente da divindade. A partir deste provável significado primitivo, *ius* seria também derivado da forma antiquíssima de Júpiter (Ioues, Iovis), tendo um conteúdo ou sentido religioso que jamais se perdeu por completo, principalmente nos compostos, *iurare* (jurar) e *iusiurandum* (juramento). Por isso, *ius* tem uma relação de procedência com as divindades, sendo o que é “dito”, pronunciado em um juramento. Quanto à noção real de *ius*, a expressão pode ser tomada em pelo menos, 26 acepções. Contudo, as principais são: a) *ius* é tudo aquilo que tem especiais atinências com o *iustum* (o justo, o exato, o devido); b) em um sentido normativo, *ius* é o ordenamento jurídico (Ulpiano, D.1.1.1.3: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit/ O direito natural é o que a natureza ensinou a todos os animais; Ulpiano, D.1.1.1.4: Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur/ O direito das gentes é aquele do qual os povos humanos se utilizam.*); c) em sentido subjetivo, *ius* é potestas: situação jurídica (status), poder ou faculdade moral que alguém tem sobre outrem ou sobre uma coisa; d) em sentido objetivo, é o *iustum*, o devido, a própria coisa justa, a realidade justa, sendo que este foi o conceito primordial para os romanos; e) *ius* também significa o lugar onde se administra a justiça (XII Tábuas, I,1: *Sin ius vocATquEAT/ Se alguém é chamado a Juízo, compareça e Paulo, D,1,11: ...Alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit/ Por uma outra significação se diz direito o lugar em que o direito é distribuído, denominação conferida por aquilo que se faz em lugar de onde se faz*). Já a palavra *ius* (derecho, recht, droit, diritto, etc.) – *directum* – pertence à linguagem vulgar tarde-romana e reflete a idéia moral que a conduta justa é aquela que segue o caminho reto. Todavia, Sebastião Cruz assinala que a tradição jurídica romana conhecia o termo *rectum*, que significava uma parte do símbolo da justiça: o fiel da balança. Assim, há *ius* porque a *Iustitia* (a deusa) o diz e ela só o faz quando o fiel está apuradíssimo (examen de-rectum) e, portanto, os dois pratos iguais. Da mesma forma, segundo o autor, há *directum* “porque o fiel da balança está totalmente apurado, e o examen está (rectum ou) de-rectum, quando os dois pratos estão precisamente iguais, i.é., exactamente no mesmo nível”. Além de Sebastião Cruz, (nota 1), pp. 7 a 32, ver D’Ors, (nota 1), pp. 43/44, e CLAVERO, Bartolomé. *Institucion Historica del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1992, pp. 19/20. Textos do Digesto in: GARCÍA DEL CORRAL, D. Ildenfonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Ed. Facsímil. Valladolid: Lex Nova, 1989. Texto de Gaio, conforme manuscrito veronês, in: Gaius. *Institutes*. Paris: Les Belles Lettres, 1979.

<sup>3</sup> Cf. D’ORS, (nota 1), p. 47 e SEBASTIÃO CRUZ, (nota 1), p. 55.

mana determinou, em grande parte, os traços gerais do desenvolvimento do direito privado porque este se apresenta como uma expressão do poder político de Roma, uma criação de seu gênio político. Com a evolução, o ius passa a ser, mais genericamente, a “ordem judicial socialmente admitida, formulada pelos que sabem do justo: pelos iuris prudentes”.<sup>4</sup>

O direito dos romanos da época republicana se formou e progrediu por meio da tensão entre a autoridade (*auctoritas*)<sup>5</sup> dos jurisprudentes e o poder (*imperium* e *potestas*) do povo, consubstanciado nas leis das assembléias e nos editos dos pretores. Isto foi assim porque o ius, para ser eficiente, necessita da autoridade, do prestígio dos juristas. Estes, além da ciência, precisam do prestígio social proveniente de sua linhagem, do caráter político de suas respostas ou da força da burocracia imperial para que suas doutrinas triunfem.<sup>6</sup>

#### A – A *lex publica* e a *Auctoritas* dos juristas

O uso de promulgações estatais sempre foi parcimonioso e objeto de uma severa moderação, já que a produção do direito não se dava só por meio da emanção de normas gerais e abstratas, mas, principalmente, a partir da solução de casos concretos. A lei pública, nas fontes romanas é o que relaciona, de forma que a lei religiosa é aquilo que relaciona o homem aos deuses, e lei humana é o que relaciona os homens a seus semelhantes. Fruto da vontade popular organicamente manifestada, a *lex publica* pode ser vista como um acordo entre o magistrado rogante e o povo que vota a rogatio, exigindo o concurso de duas vontades.<sup>7</sup>

Na época republicana, recorria-se à *lex* (ordem geral abstrata e estatal, expressão da potestas e do *imperium* do povo), para a estipulação de tratados internacionais, para o ordenamento de províncias e municípios, para

<sup>4</sup> D'ORS, (nota 1), p. 43.

<sup>5</sup> *Auctoritas* (autoridade) é o prestígio social de uma pessoa ou instituição e “princípio da autoridade”, o conceito de que a autoridade deve ser valorizada na vida social e na vida jurídica. Este princípio exerceu função decisiva na regulação da família e do Estado (a união das famílias) romanos. Com efeito, a vida familiar romana se baseava em relações autoritárias de supremacia do *pater*. A soberania doméstica implicava domínio absoluto sobre pessoas e bens: ao lado dos escravos e dos estrangeiros, que no campo do direito privado estavam submetidos ao domínio ou podiam cair nele, encontravam-se todas as pessoas submetidas à *potestas*, que no direito privado estão em propriedade alheia, mas do ponto de vista da *civitas* (Estado), se denominam *liberi*, em contraposição aos escravos. Assim, fora da relação mesma de supremacia, não podiam existir relações de direito privado entre o titular do poder e seus submetidos. Como a vida do Estado também estava organizada segundo o princípio da autoridade, todo o direito das magistraturas estava construído com a finalidade de valorizá-la e conservá-la. Nas mãos dos titulares do *imperium* (supremacia do Estado que se personifica no magistrado), como também dos censores, ediles e tribunos, residia a pública disciplina, como nas mãos do *paterfamilias* a disciplina doméstica. O Senado era instituição política concreta que traduzia a autoridade, uma vez que os senadores – *patres* da República – dela estavam investidos porque reencarnavam os ancestrais, cuja autoridade no corpo político derivava de terem fundado a cidade. Através dos senadores, os fundadores se faziam presentes, “e, com eles, o espírito da fundação, o começo, o *principium* e a norma daquelas *res gestae*, as quais, a partir de então, formaram o povo de Roma”, como afirma Hannah Arendt. A espinha dorsal da história de Roma foi, então, a coincidência da autoridade, da tradição e da religião, que emergiram simultaneamente do ato de fundação. Para estas considerações, ver, principalmente: SCHULZ, (nota 1), pp.187 a 209; MOMMSEN, Teodor. *Compendio del Derecho Publico Romano*. Buenos Aires: Editorial Impulso, 1942, pps. 11 a 19; ARANGIO-RUIZ, (nota 1), pp. 38/39 e ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. Brasília: Unb, 1990, p.161.

<sup>6</sup> Cf. CRUZ, (nota 1), p. 58

<sup>7</sup> Cf. BARBAS HOMEM, Pedro. *Jus e Lex. In: Estudos de Direito Romano*. Lisboa: AAFDL, 1989, p. 242. Ver, também: *Gaio*, I. 3: “La loi est ce que peuple prescrit et établi”; *Papiano*, D.I.3: “Lei é preceito comum, decreto de homens prudentes, correção dos delitos que por vontade ou ignorância se cometeu, e pacto comum da república”; Modestino, D.I.3.7: “a virtude da lei é esta: mandar, proibir, permitir, castigar”.

a resolução de questões particulares de direito constitucional e administrativo e para estabelecer normas de organização ou de caráter econômico e social, como a *lex Aebutia* (introduziu o processo formulário) ou as leis agrárias. O direito privado e penal foi muito pouco afetado pelas leis, sendo que no direito privado esta só intervinha para evitar inconvenientes sociais ou para fixar normas tão precisas que não poderiam surgir de outro modo, como a composição de danos da *lex Aquilia* ou o estabelecimento de uma quota isenta de legados nas heranças, caso da *lex Falcidia*.<sup>8</sup>

Na República, a *lex* votada pelo comício necessitava da aprovação, da ratificação do Senado, ou melhor dizendo, de um reforço – a *auctoritas patrum*.<sup>9</sup> Dado que o Senado não era um órgão legiferante, mas consultivo, este ato não era propriamente um controle de constitucionalidade sobre a deliberação comicial e sim uma apreciação de mérito sobre ela, de modo que a aprovação do ato remetia-se ao prudente arbítrio do Senado. Com as leis *Publilia e Menia*, a *patrum auctoritas* se transformou num parecer não vinculativo. Daí que as deliberações comiciais eram atos complexos, porque requeriam a colaboração de três órgãos constitucionais (magistratura, povo, Senado -

*rogatio, iussus, auctoritas*): o povo manifestava sua vontade de maneira juridicamente vinculativa, a magistratura constituía o centro motor da vida cidadina e personificava em si a essência da *res publica* e o Senado era a consciência que guiava e dirigia, com sua soma de sabedoria e tradição, a vontade do povo e a iniciativa da magistratura.

*Senatusconsultus* era uma manifestação diversa, pois representava uma antecipação do Senado, um *consilium*: uma coisa era a aprovação seguida do voto popular e condição indispensável de sua eficácia, e outra bem diferente era a formulação de um parecer que precedia a execução de um provimento do magistrado. De qualquer modo, os *senatusconsultus* obtiveram valor normativo no fim da idade republicana, tanto no que dizia respeito ao direito público quanto ao direito privado, mas suas intervenções no direito privado foram ocasionais.<sup>10</sup> Por conseguinte, os territórios centrais do direito privado – contratos, propriedade, serviços, casamento, filiação e herança – permaneceram quase isentos de leis ou ordens estatais gerais, sendo o objeto da arte dos juristas e da recepção pelo comportamento.

Em tempos antigos, os juristas eram sacerdotes, os sábios da cidade, pois em suas

<sup>8</sup> Além das citadas, são da época republicana: *lex Poetelia de nexis* (326 ou 313 a.c.), suprimindo a morte e escravidão por dívidas; *lex Cincia* (204 a .c.), sobre doações; *lex Plaetoria* (cerca de 200 a.c.), sobre validade dos negócios jurídicos concluídos por menores; *lex Atilia* (anterior a 186 a.c.) sobre tutelas; *lex Voconia* e *lex Furia testamentaria* (a primeira do ano 169 a. c.), que estabelecem limitações aos direitos sucessórios das mulheres e outras limitações para aquisição por testamento. Possivelmente datam da segunda metade do século III a.c. as leis *Publilia, Appuleia, Furia* e *Cicereia de sponsu*, que tratam de fianças. Conforme SCHULZ (nota 1), pp.27 a 38; KUNKEL, Wolfgang. *Derecho Romano Privado*. Madrid: Labor, 1937, pp. 8/9 e ROTONDI, Giovanni. *Leges publicae populi romani. Estrato dalla Enciclopedia Giuridica Italiana*. Hildesheim, Zurich, New York: Olms, 1990, *passim*.

<sup>9</sup> Ver, para isso: BISCARDI, Antonio. *Auctoritas Patrum. Problemi di Storia del Diritto Pubblico Romano*. Napoli: Jovene Editore, 1987, *passim*; SCHULZ, (nota 1), pp. 32/33; GALLO, Filippo. *L'Officium del Pretore nella Produzione e Applicazione del Diritto*. Torino: Giappichelli Editore, 1997, pp. 42/43; KUNKEL, (nota 1), pp. 17/18.

<sup>10</sup> Exemplos são o *SC Macedonianum* – proibição de empréstimos a *filiifamilias*; *SC Velleianum* – proibição para as mulheres de *intercedere*; *SC Claudianum* – proibição de relações sexuais entre mulheres livres e escravos alheios; *SC Trebelianum e Pegasianum* – sobre fideicomissos universais; *SC Tertulianum e Orfitianum* – sucessão intestada de mães e filhos.

mãos repousavam os conhecimentos civis da coletividade, como o controle social do tempo (calendários, plenilúnios, dies fasti, etc.),<sup>11</sup> e aqueles com os quais era possível regular a pronúncia do ius e as relações entre os grupos familiares, baseando-se na memória dos mores. Através do responsum, respondiam às perguntas dos patres que desejavam saber o que era o ius em casos particulares, qual a conduta e o gestual para atingir determinados fins, seja nas relações interfamiliares, seja nas relações com o divino.

Na época republicana, o jurista passou a ser o “nobre-sábio”, pois dar resposta assumiu um caráter aristocrático, ligado à hegemonia da nobilitas patrício-plebéia, saída das lutas sociais dos séculos V e IV a.c. Nesta mudança, contudo, permaneceu firme a idéia de que a interpretação do direito continuava a ser uma tarefa “de quem exerce poder na cidade”.<sup>12</sup> Os respostas constituíam o direito vivo da civitas, mas não estabeleciam regras gerais, como o fazia a lei pública.

No Principado, desaparecida a antiga legislação, a formulação de regras gerais passou a ser expressão da autoridade do Senado

(senatusconsultus) e do Príncipe (constitutiones),<sup>13</sup> mas, no plano formal, estes poderes de criar direito, principalmente o do Príncipe, podiam ser reconduzidos à soberania popular, através da ficção da lex de imperio, de modo que o imperador, investido do iussu populi e exercendo este poder vice populi, não detinha um poder normativo absoluto, mas discricionário. Formalmente, aliás, Populus e Senado continuavam os titulares da soberania. O Príncipe, então, exercia uma função (poder-dever) em nome e no interesse do povo, inspirando-se no critério do bonum et aequum, tal como o pretor republicano.<sup>14</sup>

A seu lado, estavam os jurisconsultos disputando o monopólio da produção jurídica, pois nesta época ocorreu a “revolução científica” em que os juristas aprofundaram sua autonomia e a vocação técnico-especialista de sua doutrina e inauguraram um diálogo ininterrupto com o poder imperial a ponto de receberem a garantia substancial de um respeito pela jurisprudência na hierarquia das fontes da produção do direito. Associando-se ao poder político, em uma estreita colaboração poder a poder, os juristas, ao deterem o ius respondendi, aca-

<sup>11</sup> Cf. SCHIAVONE, Aldo. *O Jurista. In: O Homem Romano*. GIARDINA, Andrea (org.). Lisboa: Editorial Presença, 1992, p. 77. Sobre o calendário, Jacques Le Goff, afirma que este é sobretudo um objeto social e cultural ao organizar a vida pública e cotidiana. *In: História e Memória (Calendário)*. 3ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1994, pp. 485 e ss.

<sup>12</sup> SCHIAVONE, (nota 11), p. 79.

<sup>13</sup> *Constitutiones* eram as disposições imperiais, decorrentes do exercício normal das funções de magistratura pelo Imperador – primeiro cidadão, que se propunha a dirigir a vida política mais por sua autoridade pessoal (*auctoritas*) que por seus poderes (*potestas*) – e, por isso mesmo, alcançaram na prática jurídica e na consciência do povo o mesmo valor das leis. Os poderes do Príncipe correspondiam à sua função de magistrado, de modo que as *Constitutiones*, com força de lei, eram decorrentes de seu poder jurisdicional, ou de magistrado que administra a justiça. Seus *editos* tinham a mesma forma dos editos dos demais magistrados; os *decreta* eram atos de jurisdição (decisões de seu *consilium*) e os *rescriptos*, consultas sobre casos litigiosos. A finalidade da legislação imperial dos primeiros anos do Principado foi o desenvolvimento do direito. Daí muitas leis importantes do Imperador contaram com o assentimento do comício, como: *lex Iulia de collegiis*, de 21 a.c. (sociedades); *leges Iuliae de maritandis ordinis e de adulteriis coercendis*, ambas de 18 a.c. (dignificação do casamento e elevação da moralidade); *lex Papia Poppae*, de 9 a . c.; *leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*, de 17 a.c. (organização judicial); *lex Fufia Caninia e lex Aelia Sentia*, de 2 a.c. e 4 d.c., respectivamente (sobre limitação à manumissão de escravos); *leges Iuliae de vi publica et privata*, de 17 a . c. (publicização do direito penal).

<sup>14</sup> Cf. GALLO, (nota 9), pp.40 a 45.

baram por consolidar um direito dentro dos parâmetros da utilidade e da certeza, até que, na época pós-clássica, a jurisprudência sofreu a última alteração de funções e posicionamento: a nova configuração do governo e do poder anularam a sua autonomia. Além disso, todas as demais fontes do direito desapareceram, de sorte que a legislação do imperador (que acumula, em sua pessoa, toda a autoridade e poder) passou a ser a única fonte criadora do ius.. O direito acabou-se por identificar-se com a lei.<sup>15</sup>

Os juristas com suas técnicas e sua atuação como membros dos consilium dos magistrados jurisdicionais, desenvolveram formulários para o processo e para os negócios jurídicos dos privados (*cavere*), auxiliando magistrados e partes, mas seu trabalho principal residia nos respostas, nos quais o prudente reconhecia o direito em cada caso e declarava ditames sobre o ius: se havia ou não *actio*, a interpretação da lei, de uma fórmula ou de um testamento. A recepção *moribus*, seja pelo comportamento, seja pela interpretação dos prudentes, operava sobre elementos já existentes – o ius era revelado, declarado. Ao jurista cabia reconhecer a existência de normas jurídicas e sua tarefa era indicar ao magistrado a solução adequada ao caso concreto com base nos costumes, nas leis, no edito e até mesmo na equidade e boa-fé. Com isso, no auge da Jurisprudência Clássica, foram desenvolvidos modelos de uma racionalidade quase sem conceitos e abstrações, mas voltada para um realismo empírico e para o cálculo distributivo.<sup>16</sup>

A força de cada resposta residia fundamentalmente no prestígio de seu autor (*auctoritas*) e no fato de os juristas pertencerem à nobilitas, de modo que a interpretação dos prudentes só foi criativa de direito quando revestida do imperium do magistrado ou do Príncipe. O valor destas respostas só se tornou unívoco com Adriano, por meio do recurso à ficção de uma *communis opinio* que guiava a jurisprudência oficial, concedida no âmbito do *ius respondendi*. Artífices não conscientes de um direito “racional” e “formal”, pensando pela primeira vez em formas abstratas, os juristas se utilizaram do método dialético dos gregos para desenvolver a prática jurídica ou uma “arte política”, axiologicamente orientada, porque cada estágio da produção jurídica tem valores a fazer cumprir, a levar para a vida prática. Tanto é assim que, nos primeiros séculos do Império, os jurisconsultos acabaram por criar o método científico do direito, liberaram-se do formalismo excessivo e conseguiram chegar à noções gerais. O ius, desse modo, se constituiu como um saber civil, organizado segundo critérios muito próprios, figurando como “o verdadeiro logos romano”,<sup>17</sup> marcando, para sempre a história do Ocidente.

## B – O método da interpretatio iuris

A jurisprudência romana foi a “arte de separar”,<sup>18</sup> isto é, de distinguir o direito do não direito, de delimitar o campo do direito e reduzir o ordenamento jurídico a um sistema autônomo. No entanto, como funcionalmente a ordem

<sup>15</sup> F. SCHIAVONE, (nota 11), pp. 82 e BARBAS HOMEM, (nota 7), pp. 228/229.

<sup>16</sup> Cf. SEBASTIÃO CRUZ, (nota 1), p. 79.

<sup>17</sup> A expressão é de SEBASTIÃO CRUZ (nota 1), p. 79.

<sup>18</sup> IHERING, *apud* SCHULZ, (nota 1), p. 39.



jurídica está ligada à ordem social, juntamente com o direito está o ordenamento do costume e da moral, o plano das obrigações extrajurídicas que no mundo romano tiveram tanta importância e que formam o conteúdo predominante da palavra *officium*.<sup>19</sup>

Desde a Lei das XII Tábuas, os romanos puseram em prática esta diferenciação entre direito e não direito, mas isto não se fez arbitrariamente, primeiro em face da necessidade de liberdade que exigiu parcimônia na criação e reconhecimento das normas, segundo, porque confiavam na riqueza e tenacidade dos vínculos extrajurídicos; por último, porque tiveram consciência dos limites do direito ao excluir certas matérias, como a posição da pessoa na família, o matrimônio (os juristas guardam silêncio sobre os usos nupciais romanos e só o que se sabe é que o matrimônio livre se fundava no consentimento e era isento de formas), o conteúdo típico dos contratos de compra e venda, de arrendamento, de sociedade e a estrutura típica dos documentos da prática.

Os vínculos jurídicos que derivam da *pietas*, da *fides* e da *reverentia* – *officium* – são apenas mencionados, e a relação genética do direito com o mundo extrajurídico ficava fundamentalmente excluída da exposição científica do jurista, bem como a exposição do direito do ponto de vista econômico.<sup>20</sup> O resultado global deste “isolamento” é que a jurisprudência clássica foi preferencialmente ciência do direito privado em vigor na cidade de Roma e na Itália.

A maneira de se expressar dos juristas dá a impressão de um direito natural que tem uma validade menos geral do que a pretendida pela filosofia estoica, “um direito natural que fica enquadrado na legislação romana, fazendo firmes certos conceitos fundamentais e certas máximas axiomáticas fundamentais”.<sup>21</sup> Os juristas aspiravam a encontrar a regra que resultava da natureza das coisas, da natureza das relações que a vida cria. Assim, nas matérias em que a legislação teve pouca ou nenhuma influência, a jurisprudência não se limita a expor o direito positivo mas aspira à elaboração de um direito natural, ao extrair imediatamente das relações da vida, a *ratio iuris*.

A *interpretatio prudentium* se caracterizou por ser uma atividade orgânica e casuística do conjunto dos juristas, porque “as fontes do Direito não podem escrever-se de modo que compreendam todos os casos que de vez em quando ocorrem, senão que basta que contenha os que ordinariamente acontecem” (D.1.3.10). Saber casuístico, cada solução de um caso prático se dava no convencimento e na vontade de que, produzindo-se novamente o mesmo caso, devia ter lugar a mesma solução. Este método pode ser assim descrito: pondera-se sobre a solução mais razoável do ponto de vista prático, em consideração às circunstâncias. Após, evocam-se os casos semelhantes, os casos opostos e utiliza-se, finalmente, do argumento *ab absurdo*, reiterando que outra solução não seria razoável.<sup>22</sup> Os critérios para encontrar-se a solução mais razoável têm como

<sup>19</sup> Dever, obrigação moral, o que se deve fazer por obrigação, sentimento de dever. O primeiro sentido foi de execução de uma tarefa, tarefa a executar. A hipótese é que deriva da forma *op(i) - fici - om* : *opifex*, sendo *op* a raiz indo-européia. É provável que a origem do vocábulo seja grega, tendo penetrado na linguagem do direito público para designar encargo, tarefas de um magistrado, os magistrados mesmos. Na linguagem filosófica, traduz “o dever” e está relacionada a *ops, opis* - o serviço feito. Cf. Sêneca, indica função de um órgão e, na linguagem da Igreja, o que é atestado sempre: o ofício divino. Cf. ERNOUT, A. E MEILLET, A. *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine (Histoire des Mots)*. 4<sup>a</sup> ed. Paris: Éditions Klincksieck, 1985., verbete “*officium*”, p. 459; SANTOS SARAIVA, FR. *Novíssimo Dicionário Latino-Português*. 10<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier. 1993, verbete “*officium*”, p. 814.

<sup>20</sup> SCHULZ, (nota 1), pp. 43/44.

<sup>21</sup> SCHULZ, (nota 1), p. 55.

<sup>22</sup> Cf. BARZOTTO, Luiz Fernando. Prudência e Jurisprudência – uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. *Direito & Justiça*. Vol. 23. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 242; KASER, (nota 1), p. 108 ; HOMEM, (nota 7), p.225

fundamento o justo equitativo e como fim específico a utilidade (D.1.3.25) e a benignidade (D.1.3.18).<sup>23</sup>

A interpretação estava orientada para exigências do presente, de modo que esta ponderação sobre a racionalidade tornava-se uma ponderação sobre o método, uma consideração crítica ao método. Daí a *interpretatio* acabava por ter uma função crítica de todo o direito. O juízo crítico era realizado com a conjugação de diferentes fatos normativos entre si e a sua harmonização com as exigências da justiça e utilidade presentes no caso concreto. Quando ponderava a decisão do problema individual, o jurista acabava por realizar sua liberdade crítica frente à fonte do *ius*.

O jurista, com sua interpretação, coordenava os vários modos de produção normativa e dava ao aplicador – o magistrado – uma diretiva clara de como proceder: o prudente não era um “criador”, pois atuava assistindo e ajudando a norma no momento em que se manifestava. O sentido de uma resposta *prudentium* é exprimir o conteúdo de uma regra individual que a decisão do magistrado tornará obrigatória e, assim, seu valor estava ligado ao modo de produção do Direito em que a resposta se inspirava: lei, costume, edito, *senatusconsulto*, etc. Na medida em que por meio do labor dos juristas sobre os diversos fatos de produção normativa foram elaborados conceitos, figuras, regras e princípios comuns, a *interpretatio* não foi só método, mas também substância jurídica: o jurisprudente é o criador da prática jurídica.

O processo, segundo o qual se atingia a norma partia da intuição de cada prudente, através da qual se encontrava a decisão mediante a compreensão imediata que não necessita de ar-

gumentação racional. A eficácia prática da decisão sempre dependia, contudo, da persuasão que o prudente poderia obter com sua resposta. A motivação racional surgiu por causa da *disputatio fori* (D.1.2.2.5) – confronto entre os prudentes e os oradores preparados dialeticamente – e, a partir disso a jurisprudência deixou de operar internamente apenas através do recurso ao precedente doutrinal. O prudente sai do círculo de casuística (ligação a uma opinião consolidada; motivação utilizando uma *regula iuris*; utilização de uma construção jurisprudencial; motivação fundada em uma opinião controvertida ou singular) quando passa a apelar para outras fontes normativas que estão além de sua competência, como a lei, o costume e o edito. No entanto, regressa ao círculo casuístico através da ponderação típica dos fatos normativos e da sua conciliação com os moldes racionais internos da interpretação obtidos pelas sucessivas abstrações de casos concretos, como a *regula*, a *definitio*, conceitos-guia como a *bona fides*, *animus*, etc. Este método (indutivo) permitia uma livre indagação sobre os motivos de justiça material presentes no caso, de modo que o jurista podia colecionar tais motivos em estreitos critérios materiais de decisão. Com isso, o discurso jurídico despreendeu-se do problema e concentrou-se na regra, do particular passou ao geral.

Q. Mucio e Servio foram os primeiros a formularem as regras conclusivas abstratas e as fórmulas abstratas, e é desta época que provém a maior parte das autênticas regras escolásticas (*regulae veterum*), ainda que elementares. Se nas obras de ensino dominava o método abstrato, nas grandes obras dos jurisconsultos – os comentários ao edito ou os *libri iuris civilis* de Sabino, em especial os

<sup>23</sup> Cf. HOMEM, (nota 7), pp. 225 a 230. Celso, D. I, 3, 18: “As leis se devem interpretar no sentido mais benigno, no qual se conserve sua disposição”; Modestino, D.I, 3, 25: “Nenhuma razão de direito, nem a benignidade da equidade permite, que as coisas que se introduzem saudavelmente pela utilidade dos homens, sejam levadas à severidade com uma interpretação mais dura contra o bem-estar dos mesmos.”

Digesta de Juliano, os libri ad Edictum e ad Sabinum de Pomponio, de Paulo e de Ulpiano – ressaltam o método casuístico, isto é, a exposição se esgota em uma série de casos iguais em que a regra de direito encontra sua expressão sem estar formulada abstratamente. Assim, os princípios resultavam da casuística exposta, mas não estavam enunciados. Por isso, de acordo com Schulz,<sup>24</sup> o último título do Digesto, que contém as reguli iuris, é “um monumento da jurisprudência regular pós-clássica bizantina.”

### C - O edito e as fórmulas processuais

A formulação do *ius civile* romano só se completou quando surgiu uma terceira fonte de produção do *ius*, ao lado da lei e da jurisprudência: o edito do pretor, lançando luz sobre o comum fundamento sobre o qual repousavam as duas primeiras – o consentimento popular. O pretor, magistrado que possuía uma parcela do *imperium da res publica* – a *iurisdictio* –, se encontrava em uma situação de superar os limites da ordenação jurídica existente e, assim, passar ao campo da livre criação.<sup>25</sup>

*Iurisdictio (ius dicere)* indicava, no âmbito do procedimento civil ordinário, a autoridade para decidir, no caso concreto, se era permitido a alguém deduzir sua demanda diante de um juiz. Função estatal, outorgava-se a um magistrado (ao pretor, urbano ou peregrino, governador de província, *ediles curuis* e *questores*). Advém da distinção entre *iurisdictio* e *iudicatio* que o pretor era uma espécie de árbitro, visto que não dirigia, como o juiz moderno, todo o processo até a sentença: sua missão era constituir um tribunal arbitral (ou indicar, juntamente com as partes, o juiz) e

encontrar um procedimento adequado, que se revestia em uma fórmula. De seu arbítrio dependia a admissão da demanda, de modo que, se a negava, o tribunal não se constituía e o demandado ficava sem proteção judicial. As possibilidades que se ofereciam à jurisdição do magistrado só não degeneraram em arbítrio puro pelo seu apego à tradição e à ordem constituída, pois só criava novo direito quando o caso assim o exigia. No mais, atinha-se às soluções do direito vigente.

O edito era o programa oficial dos magistrados e, nele, o magistrado se dirigia ao povo indicando as ações da lei que protegeria, as situações de fato a que daria tutela jurídica (proteção), as ações que ele não aceitaria (denegação de ações), as ordens relativas à ordem e à paz públicas, decorrentes exclusivamente de seu *imperium* - os interditos -, além das medidas políticas e administrativas para a vida cotidiana. O edito, assim, era uma espécie de compêndio das normas jurídicas, e como era anual, a cada ano renovava-se e modificava-se a norma jurídica. A chamada parte velha (trasladada) era o que o novo pretor pretendia manter, e a parte nova eram as mudanças e acréscimos. Por ser decorrente do *imperium e potestas* do magistrado, que, em última instância, se reportavam à soberania popular, o edito também pôde ser chamado de *lex annua*. Uma inovação afortunada de um pretor passa a ser repetida, a ser *ius honorarium* através do edito do pretor, e, finalmente, é recebida pelo *ius civile*, como no caso dos contratos consensuais. O edito não era o código de procedimento civil do império, como assegurou Brinz,<sup>26</sup> porque ele não continha propriamente direito civil, nem o direito de ações: apenas esses ramos do direito se re-

<sup>24</sup> Cf. SCHULZ, (nota 1), p. 73.

<sup>25</sup> Cf. KUNKEL, (nota 8), p. 11.

<sup>26</sup> Cf. LENEL, Otto. *Essai de Reconstitution de L'Édit Pépétuel*. T.I. Paris: Librairie Edouard Duchemin, 1975, p. 11.

lacionam ao *officium* dos pretores, tanto urbano quanto peregrino. Para Lenel, o edito continha quatro divisões principais com apêndices: a parte preliminar, tinha por objeto regular e assegurar a marcha do processo até a organização do *iudicium*, isto é, garantia e regulamentação do poder jurisdicional em si mesmo; a segunda divisão, que continha meios de direito decorrentes da lei, com vários subtítulos; a terceira, que apresentava os meios de direito decorrentes do *imperium*, também subdividida; por fim, a quarta parte que abordava a execução e os recursos. Além disso, o edito continha quatro apêndices: os interditos, as exceções, as estipulações pretorianas e um final contendo o edito dos edis.<sup>27</sup>

Conforme o edito contivesse prevenções do magistrado, proibições, mandatos ou fórmulas processuais, a tutela jurídica oferecida era diversa, de modo que pode ser assim resumida: em alguns casos, a referida tutela se limitava a dar efetividade ao direito pré existente (legal ou consuetudinário), estabelecendo uma fórmula para a ação; em outros casos, a fórmula e a precedida de uma declaração de proteção.

Com a expansão de Roma em função do comércio marítimo e da indústria, cresce a relação com os estrangeiros (peregrinos), e estes passam a ser protegidos por um pretor especial, o Pretor Peregrino. Sob o reinado de Adriano (130 d.c.), o edito foi reunido e organizado (Edito Perpétuo) e o meio principal para determinar a ordem das matérias são os fragmentos dos *libri ad edictum praetoris et aedilium curulium* de Ulpiano e os *libri ad edictum provinciale* de Gaio, inseridos no Digesto.<sup>28</sup> Os magistrados jurisdicionais, entretanto, eram muitas ve-

zes jovens sem experiência que haviam sido eleitos mais por motivos políticos e pessoais do que por suas capacidades técnicas (conhecimento do *ius civile* ou dos *mores*) e, por isso, contavam sempre com o auxílio dos verdadeiros peritos, os jurisconsultos, que acabaram por construir um novo direito com sua técnica, a jurisprudência.

## II - Formulação, Interpretação e Aplicação do Direito Através do Officium do Pretor e da Ars dos Jurisconsultos

O discurso científico do jurista romano tinha dupla face: a da regra e a do caso concreto, de modo que ele operava sucessivas abstrações do caso concreto até chegar ao domínio de previsão de uma norma.<sup>29</sup> Na primeira fase, só a inventio dos juristas pôde superar os dados do direito posto através da invocação da equidade ou boa-fé, mas a própria invenção já se dá sob o signo da questão concreta. Isto é assim porque se um saber pode ser *sapientia* (conhecimento abstrato), *prudentia* (saber-agir) e *ars* (saber-fazer), para os jurisconsultos romanos, o direito era fundamentalmente *prudentia* e *ars*.<sup>30</sup>

### A - O ius é uma prudentia e uma ars

Como saber jurídico, o direito é uma prudentia e uma técnica secundária e subordinada (ars). Como ciência diz o que é justo e o que é injusto (*sapientia*) e como alcançar o justo e evitar o injusto (ars). Saber complexo, tende

<sup>27</sup> Cf. LENEL, (nota 26), pp. 32 a 54.

<sup>28</sup> Ver, para isso, LENEL, (nota 26), p. 1.

<sup>29</sup> Cf. BARZOTTO, (nota 22), pp. 221 e ss, *passim* e SCHULZ, (nota 1), p. 55.

<sup>30</sup> Cf. SEBASTIÃO CRUZ, (nota 1), p. 283.

para a ação, para o honestum e por isso, é prudentia (phronesis): o prudens é aquele que, pressupondo a verdade das coisas (sapiens), vê as coisas em seu aspecto valorativo, de utilidade para o homem e para a comunidade. Daí que a iurisprudencia é ciência dos valores, pois a sapientia recebe a luz de pressupostos e verdades fundamentais.<sup>31</sup>

Como técnica (ars), o direito é um saber realizável, é o “fazer do saber”,<sup>32</sup> de modo que nesta acepção, o acento é posto no aspecto produção, interpretação e aplicação, isto é, no aspecto dinâmico deste saber.<sup>33</sup> Dado que o direito não existe na realidade natural, é, como a linguagem, criação humana dirigida à finalidades práticas: assegura na comunidade humana as condições de convivência (instituição ou ordem) e é continuamente modificado mediante a atividade interpretativa e aplicativa. Dessa atividade emergem técnicas e regras para sua correta produção, interpretação e aplicação.

Na definição de Celso – *ius est ars boni et aequi* –, contida no fragmento de Ulpiano (D.1.1) o aspecto de ars como atividade com técnicas e regras dirigidas a uma finalidade ou complexo de finalidades fica ressaltado, porque, do contrário, o jurisconsulto teria usado a expressão sapientia ou prudentia e não ars. O ius é, por conseguinte, obra do homem (artificialis) em contraposição à natureza (naturalis), porque cria o novo. Assim, a considerar-se a experiência como uma integralidade, o ius é atividade criativa dos jurisconsultos (que têm auctoritas) mediante atos políticos (de imperium e potestas) do magistrados.

A visão do ius como ars compreende tudo o que é necessário aprender, saber ou fazer tem vista a produção, interpretação ou aplicação do direito e daí ser a interpretatio iuris um labor constitutivo-elucidativo.<sup>34</sup> A arte que é o direito tem a finalidade de descobrir o honesto, o útil e o oportuno na convivência social, ou seja, destina-se a alcançar umas coisas e evitar outras e, dessa forma, ficam ressaltados o aspecto científico e o aspecto técnico. Como ciência, o direito destina-se a saber o que é justo ou injusto e, como arte, trata de saber como se pode alcançar o justo e evitar o injusto: como obter para os indivíduos e para a comunidade a máxima utilidade compatível com a convivência. Por isso, na esteira do ensinamento de Celso – que ressalta o aspecto substancial - o ius é arte voltada para a individualização e realização do bonum et aequum.<sup>35</sup>

O que, no entanto, é o bonum et aequum? Depreende-se do texto Celsino que aequum é igualdade (campo de ação) e justiça (fim último), de modo que o direito, pela atuação da igualdade, tende para a justiça. Esta igualdade é jurídica ou proporcional (a situações iguais correspondem tratamentos iguais; a situações desiguais, tratamentos desiguais) e deve ser o critério fundamental a inspirar todas as normas. Isso é confirmado pelo uso do termo iniqutas, pois a medida iníqua é a que supera o limite da tolerância à desigualdade.<sup>36</sup> O bonum exprime junto com o aequum o elemento distintivo da arte que é o ius e é o honestum (lícito), o útil, de modo que a arte é preparar, na produção, interpretação e aplicação, a solução

<sup>31</sup> Cf. SEBASTIÃO CRUZ, (nota 1), p. 283 e ss e BARZOTTO (nota 22), *passim*.

<sup>32</sup> SEBASTIÃO CRUZ, (nota 1), p. 283.

<sup>33</sup> Ver GALLO, (nota 9), p. 226.

<sup>34</sup> Ver Celso, D.1.3.2.4: “É contrário ao direito julgar ou responder com base em uma pequena parte da lei, sem haver examinado atentamente toda a lei.”

<sup>35</sup> Cf. GALLO, (nota 9), p.240.

<sup>36</sup> GALLO, (nota 9), p. 247

boa, segundo os critérios de respeito à igualdade. Com isto, a arte dos jurisconsultos não é formalista, porque eles não faziam prevalecer a lógica da abstração.

Incluir o ius no gênero ars evoca o dado de que o direito constitui historicamente um produto humano. Com isso, põe-se em relevo a exigência do aprendizado e da aplicação das regras e técnicas de sua produção, mais ainda para sua interpretação e aplicação; sublinha-se também a responsabilidade dos homens para o estado do direito em relação ao seu momento produtivo e aplicativo. Se é arte, serve-se não só da razão, mas da memória, da intuição e do sentimento; em suma, da tradição. Sendo assim, o que distingue o ius do gênero ars é a nota diferencial “bonum et aequum”, isto é, o seu objeto, de forma que o decisivo é a substância, a adequação ao objeto e à finalidade.<sup>37</sup>

Se a ciência prática (prudentia) e a técnica (ars) se complementam, a arte é o modo de aplicar e comunicar a ciência, é o aspecto prático da ciência e tem que pressupor o reconhecimento sem discussão (notitia) das verdades divinas e humanas,<sup>38</sup> ou seja, o reconhecimento dos pressupostos da ordem teológica (res divinae) e filosófica (res humanae) que informam a vida de um povo. Por isso, a filosofia que os jurisconsultos se serviam era mais pragmática e moral do que especulativa.

Guiada por um senso prático e pela simplicidade dos juristas, a jurisprudência clássica expressou uma enérgica parcimônia na criação e utilização das instituições jurídicas, de modo que uma única instituição servia para fins muitos distintos, e relações sociais diferentes estavam sujeitas a um mesmo regime jurídico. As-

sim, por meio da obra minimalista dos jurisconsultos e dos comportamentos sociais, foi feita a extensão de figuras jurídicas existentes a outros supostos de fato, criando-se, assim, por esta via, novas figuras negociais e institutos jurídicos.

## B - A extensão do ius civile aos estrangeiros através do officium do pretor

Os romanos tiveram consciência da superioridade de seu ius civile: nele se encontram instituições consideradas de validade geral para todos os povos relacionados com Roma porque se fundavam, muito mais do que na forma, no princípio da fides, vocábulo da língua latina que indica, em sentido religioso, “fé”, “confiança” e, na linguagem do direito, “lealdade à palavra dada”.<sup>39</sup>

Idéia central do pensamento jurídico e político de Roma, fides é a virtude do mais poderoso, e daí a exclamação “pro deum fidem”, que indica a proteção dos deuses. Esse significado foi conservado na linguagem da Igreja também no sentido de “credo”.<sup>40</sup> Na linguagem do direito, a palavra ganhou extensão para significar “vínculo solene”, “garantia dada”, “boafé”, “lealdade”, “fidelidade à palavra dada” e “confiança”. Dessa palavra derivaram outras compostas, como fideicomissum, fideipromissor, todas elas com um sentido residual de “confiança”, “garantia”. Assim, o que ressalta da expressão é o aspecto “fidelidade”, sujeição à palavra dada, o sentir-se ligada às próprias declarações. A fides romana também era a firmeza de Roma em relação a seus aliados, daí foedus (aliança), fides tutoris, etc. Para os romanos,

<sup>37</sup> Cf. GALLO, (nota 9), pp. 262 e ss.

<sup>38</sup> Cf. SEBASTIÃO CRUZ, (nota 1), pp. 285 e 286.

<sup>39</sup> Cf. D’ORS, (nota 1), p.

<sup>40</sup> ERNOUT MEILLET, (nota 19), p. 233 e D’ORS, (nota 1), pp. 31/32.

ser fiel era um princípio vital<sup>41</sup> e era um dos aspectos da constantia (virtude central do homem).

Ao princípio da fides o direito romano deve certas características particulares, como o pronto reconhecimento dos negócios jurídicos não solenes, pois a fides chega lá onde a força vinculativa da forma não alcança. Na época republicana, surgiram os contratos consensuais como a compra e venda, arrendamento, sociedade e mandato e também os contratos reais não solenes, tais como o mútuo, o depósito e o comodato, todos ações em boa-fé (*bonae fidei iudicia*). Também a existência de pactos pretorianos providos de ação se devem ao princípio da fides, como o *constitutum*, o *receptum argentarii* e o *arbitrii*. Da mesma forma, a entrega não solene de res nec mancipi, o penhor, o início não solene do matrimônio (casamento livre) e o fideicomisso (admitido e aceito inter vivos) obrigavam o gravado à fidelidade, a manter sua palavra. Relativamente a este último, só na época de Augusto se transformou em uma obrigação jurídica (Institutas, II, 23).

Por obra dos juristas e dos pretores e dos comportamentos dos cidadãos, na época clássica, foi ampliado o círculo dos negócios não solenes, de forma que a mancipatio e a in iure cessio caíram em desuso e foram finalmente abolidas. No mesmo período, a estipulação transformou-se em um contrato – oral ou escrito – entre presentes, com a principal característica da fides: do contrato obrigatório válido nascia um vínculo rígido que não podia ser rompido. Por isso, adverte Schulz,<sup>42</sup> o problema da eficácia vinculante da oferta nunca se pôs para os romanos, pois, embora conhecido o contrato entre ausentes, ele não era freqüente: para concluir um negócio, recorria-

se aos escravos, libertos e amigos. Em face da força obrigatória dos contratos, decorrente da *fides*, o direito romano não conheceu o direito facultativo de resolver o contrato por descumprimento, à exceção do mandato.

As primeiras manifestações da *bona fides* relativamente aos contratos válidos dizem respeito à cláusula formulária *ex fide bona* contida nos *bonae fidei iudicia*, que obrigavam o juiz a considerar as convenções acessórias, se as partes em um contrato de venda podiam pretender que se fizesse a contraprestação só no momento de sua prestação ou, ainda, se, no processo fundado na estipulação, a *exceptio doli* permitia levar em conta o *pactum de non petendo* carente de formas. Isso era assim porque os *bonae fidei iudicia* eram procedimentos ante o juiz segundo os quais se lhe ordenava que sentenciasse conforme os ditames da boa-fé. Para isso, se introduzia na *intentio* da fórmula uma cláusula especial, aberta, de modo que o juiz estava autorizado a levar em conta os usos e costumes do tráfico negocial. Em suma, o juiz deveria atuar conforme as exigências das boa-fé.

O significado originário do *iudicium bonae fidei* era o de que o juiz devia decidir conforme à boa-fé e não *ex iure Quiritum*. Assim, por exemplo, na época em que a fórmula *venditi* foi criada, o contrato não formal de compra e venda não estava ainda reconhecido pelo *ius civile*, de modo que a *actio venditi* só podia fundar-se na boa-fé e não no direito civil. Na época clássica, em que foi reconhecido pelo *ius civile* o contrato não formal de compra e venda, a significação da cláusula *ex fide bona* modificou para determinar a medida e o alcance da execução do contrato e não mais para constituir a base da ação, como no regime anterior.

O Edito Perpétuo contém uma secção em que estão listados os *bonae fidei iudicia*, porém esta lista não é completa. No texto reconstituído por Lenel e no que está contido no fragmento 1 de Ulpiano, Título III, Livro XVI do Digesto, por exemplo, figura a ação de depósito, direta ou contrária, assim prevista pelo pretor: “Pelo que foi depositado, se não é por causa de tumulto, incêndio, ruína, naufrágio, darei ação contra o depositário pelo simples; mas se o depósito se deu por algumas destas causas acima compreendidas, darei ação em dobro contra o mesmo e contra seu herdeiro, pelo que se houver notícia que obrou em dolo mau o morto, pelo simples; se por dolo do herdeiro, pelo dobro”.<sup>43</sup>

Também o edito continha a *actio fiduciae* que funcionava como *actio directa* e como *actio contraria*. Relativamente à fórmula desta ação, sabe-se apenas que ela continha a cláusula característica “*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*” e que com uma ligeira mudança era igualmente aplicável à *fiducia cum amico contracta*;<sup>44</sup> o mandato, cuja fórmula continha claramente as expressões *dare facere oportet ex fide bona*;<sup>45</sup> a sociedade, que admitia o herdeiro do associado como demandado, como transparece na fórmula comentada por Ulpiano, *verbis*: “*in heredem... socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet*”;<sup>46</sup> a compra e venda, a locação, e a ação estimatória.

Quanto a esta última, Lenel assevera que, neste caso, o pretor deu “um exemplo da maneira que se pode tratar, do ponto de vista do procedimento, dos contratos que não podem ser enquadrados em nenhum caso habitual; e é assaz natural que os juristas se tenham acostumado a considerar como um princípio geral o que esta ação propunha para um caso particular.”<sup>47</sup>

Gaio apresenta igualmente uma lista que pretende ser exaustiva, sendo duvidoso que o seja: “As ações em boa-fé são as seguintes: de compra e venda, locação e condução, gestão de negócios, mandato, depósito, fidúcia, sociedade, tutela, restituição do dote da mulher, comodato, penhor, divisão de herança e divisão de coisa comum.” (4.62).<sup>48</sup> Como se vê, nesta lista estão incluídas ações que, no Edito reconstituído, não figuram como *bonae fidei iudicia* em sentido estrito, como a ação de tutela ou a ação de restituição do dote da mulher. Em síntese, os juízos que não fossem *bonae fidei iudicia* não tinham esta denominação comum, já que em muitos deles se dava também a *bona fides* na mesma medida que nos *bonae fidei iudicia* propriamente ditos.

O juiz podia interpretar discricionariamente a cláusula *ex fide bona*, mas, no geral, ficava adstrito à tradição, isto é, adotava a doutrina jurídica estabelecida. Na doutrina das fontes do direito, o princípio da *fides* implicava duas regras: a) o magistrado estava vinculado a seu

<sup>41</sup> SCHULZ, (nota 1), p. 244.

<sup>42</sup> SCHULZ, (nota 1), p. 246.

<sup>43</sup> Cf. LENEL, (nota 26), pp. 1 a 5 e Ulpiano, D. 16. 3.1.1.: “Praetor ait: QUOD NEQUE TUMULTUS, NEQUE INCENDII, NEQUE RUINAE, NEQUE NAUFRAGIU CAUSA DEPOSITUM SIT, IN SIMPLUM, EX EARUM AUTEM RERUM, QUAE SUPRA COMPRAEHENSAE SUNT, IN IPSUM IN DUPLUM, IN HEREDEM EIUS, QUOD DOLO MALO EIUS FACTUM ESSE DICETUR, QUI MORTUS SIT, IN SIMPLUM, QUOD IPSUS, IN DUPLUM IUDICIUM DABO.” (Nota 1), T.I, p. 831.

<sup>44</sup> Lenel comenta que provavelmente o termo *pignori*, que se encontra no Digesto (13,6) foi interpolado. (Nota 26), pp. 7/8.

<sup>45</sup> Cf. LENEL, (nota 26), p. 10.

<sup>46</sup> Cf. LENEL, (nota 26), pp. 12 e ss.

<sup>47</sup> LENEL, (nota 26), pp. 16/17.

<sup>48</sup> GAIO, (nota 1), p. 157.

edito (o que havia escrito, havia escrito) e b) as normas jurídicas não tinham eficácia retroativa. Daí que a violação da *fides* pelos magistrados poderia ter por sanção a *intercessio*; no segundo caso, só excepcionalmente as normas jurídicas - procedessem elas do edito, das leis ou das constituições - retroagiam, como, por exemplo, em matéria procedimental no âmbito penal.<sup>49</sup>

A expressão *bona fides* também assumia o significado de honestidade, porque, na mentalidade romana, fé e honestidade estavam muito próximas. Responder de boa-fé significa não só manter a palavra como também “ter um comportamento que responda ao costume de gente honrada, cumprir o próprio comportamento em relação aos usos comerciais.”<sup>50</sup>

No plano extrajurídico, também a *fides* atuou na vida romana, visto que as relações duradouras de fidelidade eram numerosas, como por exemplo a relação entre patrono e liberto, que continha as obrigações de *reverentia* e *obsequium*, ou a relação de uma comunidade inteira com um patrono. Nestes casos, a relação de fidelidade era transmissível e obrigava à ajuda recíproca. O tratado de hospitalidade - *hospitium* - que podia ser constituído entre indivíduos ou entre comunidades também era uma manifestação da *fides* romana. A finalidade principal deste tratado era o cuidado do hóspede, mas o mesmo poderia estender-se à gestão de negócios ou à tutela judicial. Conseqüentemente, por esta via, alguns dos direitos exclusivos dos cidadãos eram alcançados aos estrangeiros.

As relações de amizade privada também criavam relações duradouras de fidelidade e se projetavam na vida jurídica; basta ver a importância de negócios como o mandato e a gestão

de negócios, que figuram entre as instituições jurídicas mais importantes. A importância das relações de fidelidade também explica o fato das garantias pessoais prevalecerem sobre as garantias reais, bem como a frequência com o direito romano recorria às cauções. Além disso, sobressai a apresentação obrigatória de garantias pessoais nos contratos com os censores e a instituição do *consilium*, que não pode ser concebível “sem um círculo de amigos e patronos a quem se pode confiar importantes encargos de negócios, que esperam ser chamados para isto”.<sup>51</sup> Por estas razões, noção de *fides* é uma idéia fundante de todo o ordenamento jurídico romano, pois só através das relações de fidelidade é que muitas regras se tornam compreensíveis.

### C - *Ius Gentium* e *Ius Naturale*

O equilíbrio entre exigências sociais e estrutura jurídica começou a romper-se no curso do terceiro século a.c., com a expansão de Roma, que, de uma cidade pastoril e guerreira, se transformou em uma potência mediterrânea. Afirmaram-se, ao lado do latifúndio, as atividades comerciais e financeiras, a substituição do trabalho servil pelo livre, o luxo, a circulação da riqueza e a conseqüente mudança dos costumes.

As novas necessidades e os novos valores sociais resultantes do desenvolvimento do comércio marítimo e terrestre e das novas ou mais intensas atividades não agrícolas (mineradoras, artesanais, industriais ou financeiras) não implicaram, contudo, nenhuma reforma radical no *ius civile*. Para satisfazer essas necessidades e respeitar esses valores, foram criados novos ramos, novos conjuntos, isto é,

regras e princípios e estes foram o *ius gentium* e o *ius honorarium* ou *praetorium*. Por isso, os romanos, em 242 a.c., introduziram, ao lado do pretor urbano, o pretor peregrino, também investido de jurisdição pela assembleia popular e cuja função era *ius dicere* nas controvérsias entre peregrinos ou entre romanos e peregrinos (D.1.2.2.28).

Enquanto em Roma vigorava o princípio da personalidade do direito, o *ius civile* (direito romano substancial e processual) não era aplicável, de pronto, às relações *inter peregrinos*. Em princípio, o não-romano carecia em Roma de todo direito, se não possuísse o *hospitium* - direito de hospitalidade decorrente da *fides* -. Dado que as relações de hospitalidade podiam estabelecer-se particularmente entre estrangeiros e cidadãos ou entre município e município, foi esta segunda forma de *hospitium* a principal base do progresso das relações internacionais de Roma.

Mediante um tratado de comércio ou de amizade, podiam ser reconhecidas aos cidadãos de países estrangeiros a capacidade de realizar negócios jurídicos e a defesa de seus direitos pelos tribunais romanos. Assim, em alguns casos, o estrangeiro era equiparado ao cidadão romano na esfera patrimonial, porque lhe era concedido o *ius commercii* e porque se lhe permitia o consórcio matrimonial (*ius conubii*, *conubium*). Nestas circunstâncias especialíssimas, o pretor peregrino utilizava o sistema da *legis actiones* para resolver a controvérsia mediante o expediente da *fictio civitatis*, principalmente no âmbito dos delitos privados. O testemunho de Gaio (4.37), nesse sentido, é elucidativo:

“Também a cidadania romana já se atribui ficticiamente ao peregrino, quando for autor ou réu numa ação instituída por nossas leis, contanto seja justo estendê-la mesmo ao pere-

grino; por exemplo, quando for autor ou réu numa ação de furto. Pois, sendo o réu peregrino, a fórmula é a seguinte: FULANO, SÊ JUIZ. SE PARECER QUE, POR OBRA OU CONSELHO DE DION, FILHO DE HERMEU, LÚCIO TÍCIO FOFREU UM FURTO DE UMA TAÇA DE OURO; E VISTO QUE, EM VIRTUDE DE TAL ATO, DION SERIA CONDENADO POR FURTO, SE FOSSE CIDADÃO ROMANO, etc. Atribui-se também ficticiamente a cidadania romana ao peregrino que age por furto. Igualmente, se um peregrino for autor ou réu em uma ação de dano injusto, fundada na Lei Aquília, dá-se ação fingindo ser ele cidadão romano.”

Tal equiparação, contudo, não se estendeu a todos os estrangeiros e, assim, o comércio jurídico com os não-privilegiados era objeto de uma regulamentação especial por tratados ou se regia por normas consuetudinárias formadas na prática do comércio internacional e da tutela dos estrangeiros. A via escolhida pelo pretor peregrino, neste segundo caso, era o sistema *per formulas*, e, nestas circunstâncias, o meio indicado estava em estreita correlação com a situação jurídica do ato e com a finalidade própria da jurisdição. No sistema das *legis actiones*, a fase *in iure* do procedimento era rigorosamente disciplinada, mas, nas causas entre estrangeiros, persistindo o sistema dual, a modalidade do procedimento *in iure* teve que ser inventada, de modo que, na falta de previsão legislativa, era necessário um acordo dos litigantes no qual o *iudicium dare* da parte do magistrado era acompanhado do *iudicium dictare* e *accipere* das partes. O exemplo é a fórmula da *actio ex empto*, na qual se individua o nome do juiz, a indicação do negócio jurídico deduzido em juízo, a limitação da controvérsia, a pretensão alegada pelo autor e a atribuição ao juiz do poder de condenar ou absolver a controvérsia.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> Cf. SCHULZ, (nota 1), p. 251.

<sup>50</sup> SCHULZ, (nota 1), p. 248.

<sup>51</sup> SCHULZ, (nota 1), p. 256.

<sup>52</sup> Tício seja juiz. Uma vez que AA comprou o escravo em questão de NN (a coisa de que se trata); verificado tudo o que NN teve que dar ou fazer, segundo a boa-fé, no confronto com AA, o juiz condena NN em favor de AA; se não resulta, absolve. Cf. GALLO, (nota 9), pp. 31 e ss.

Este sistema de extensão da tutela processual aos estrangeiros desenvolveu-se rapidamente graças aos juristas que acompanhavam e sustentavam a obra dos magistrados. Os juristas criavam para os casos mais frequentes fórmulas típicas, procedentes de figuras negociais já conhecidas, como a *emptio*, a *venditio*, a *locatio*, a *societas*, etc e elas valiam porque o pretor introduzia no edito uma cláusula *de pactis conventis* segundo a qual prometia dar a adequada tutela a todos os pactos, tanto *inter cives* quanto *inter peregrinos*.

As figuras negociais criadas na jurisdição entre estrangeiros acabaram por se chamar *ius gentium* e, inicialmente, esta denominação não indicava a abstração conceitual elaborada sucessivamente. Daí o primeiro significado de *ius gentium* ser concreto, prático: eram do *ius gentium* as figuras negociais praticadas, segundo o direito romano, entre romanos ou entre romanos e peregrinos. O *ius gentium*, por essa razão, não representava uma entidade contraposta ao *ius civile* ou dele separada. Entre eles havia diferenças, mas o primeiro era parte do segundo, isto é, o *ius gentium* era precisamente aquela parte do *ius civile* que se aplicava também *inter peregrinos*.<sup>53</sup>

O *ius gentium*, então, em sua essência, procedia do mesmo direito romano e não era distinto do vigente para os cidadãos romanos; deste se diferenciava, em termos gerais, porque não era tão formalista como o que vigorava para os cidadãos. Alguns institutos como a *mancipatio* e a *in iure cessio* não foram estendidos aos estrangeiros, e isso é compreensível porque nas fórmulas destes negócios, figurava a expressão *ius Quiritum*, denotando serem os mesmos privativos dos cidadãos romanos. A *stipulatio*, ao contrário, foi amplamente praticada entre os peregrinos, com uma pequena

variação na fórmula: em vez de empregar o verbo *spondere*, empregavam-se outros verbos, como *promittis? promitto; dabis? dabo*, etc. O reconhecimento da *stipulatio* em forma diversa daquela expressa no verbo *spondere* foi também obra da *recepção moribus*, isto é, do comportamento dos cidadãos. Por esta via, a estipulação e a fiança foram adaptadas para o comércio com estrangeiros mediante a substituição de fórmulas usadas entre cidadãos por outras que aqueles podiam validamente empregar.<sup>54</sup> Em suma, através da obra criativa de pretores e de jurisconsultos e do comportamento dos cidadãos, sugeriram muitas figuras negociais como empréstimo simples, livre de formalidades, em lugar do empréstimo solene *per aes et libram*, ou, ainda, a simples troca de mercadoria e preço, em vez da venda mancipatória, e o penhor manual (*pignus*) no lugar da transmissão formal da coisa para garantia do credor (*fiducia cum creditore*).

O *ius gentium*, assim constituído, foi o resultado da confluência de elementos de diversas origens. Em parte era direito comum aos povos antigos do Mediterrâneo e do vizinho Oriente, como, por exemplo, o que reconhecia como fontes de escravidão o aprisionamento na guerra e o nascido de mãe escrava, ou aquele que, à guisa de direito internacional, regulava alguns aspectos das relações entre comunidades organizadas (*regna, natione, civitates*). Provinha também, em grande medida, dos usos do comércio marítimo e terrestre entre romanos e estrangeiros, usos conformes a critérios ético-sociais como os da *fides* ou da *fides bona*. Contribuíram também institutos romanos tornados acessíveis aos estrangeiros (como é principalmente o caso da *stipulatio*). Por fim, alguns institutos jurídicos estrangeiros foram recepcionados, como é principalmen-

<sup>53</sup> Cf. GALLO, (nota 9), p. 33.

<sup>54</sup> Cf. GALLO, (nota 9), p. 34 e KUNKEL, (nota 8), p. 83.

te o caso do *foenus nauticum* ou *pecunia traiectica* (empréstimos a navegadores-empresários, com a assunção dos riscos da navegação mediante a compensação de juros adequados). Graças principalmente aos juristas, tais elementos se fundiram na noção unitária do *ius gentium* como direito autenticamente romano, tendo como denominador comum a aplicabilidade tanto a romanos como a estrangeiros.<sup>55</sup>

Livre de formalidades, regulador do comércio, que se aplicava tanto entre cidadãos romanos como frente ao estrangeiro, o *ius gentium* não era propriamente um direito universal supranacional, senão direito nacional romano e não especial para regular as relações com os não-romanos. Direito tipicamente romano, vigorava entre os cidadãos e também era acessível ao estrangeiro sem *commercium*. No terceiro século não se aplicava, por exemplo, em Atenas, no Egito, na Gália ou Espanha: era aplicado unicamente pelo pretor (urbano e peregrino) no âmbito de sua jurisdição. Era romana, portanto, sua produção, bem como sua configuração e aplicação: somente os sujeitos a quem se aplicava podiam ser outros que não-romanos.

Estas normas foram chamadas “direito das gentes” (dos povos) porque os romanos, ao menos os antigos, não podiam aceitar, nem reger-se por um direito estrangeiro. Do mesmo modo que assimilaram os deuses germânicos aos seus, sem violentar suas convicções religiosas (*interpretatio Romana*), consideraram o direito de outros povos do ponto de vista romano. Por esta técnica lhes foi possível, por exemplo, verem refletidos seus negócios

consensuais nos correspondentes contratos de qualquer outro direito estranho, e estimá-lo, apesar de todas as suas características diferenciais, como *ius gentium*.

Os filósofos romanos, influenciados pela Grécia, tiveram outro conceito do *ius gentium* e chamaram de *ius naturale*, desligando-o totalmente do ordenamento jurídico positivo e entendendo por ele o conjunto de preceitos jurídicos e éticos ditados pela Natureza para todos os homens e povos. Especularam com a idéia de que as instituições aplicáveis aos peregrinos procediam do *ius gentium*, porém a consideração de que todos os homens nascem livres por natureza fez com que o direito das gentes, em algum momento, não se identificasse com o direito natural.

Cícero, por exemplo, dá a entender que o *ius gentium* é civil, mas nem todo o direito civil é “das gentes”, e acaba por não os distinguir. Por conseguinte, de acordo com Kunkel, “é nesta concepção que *ius gentium* significa direito supra nacional cosmopolita, próprio de toda a Humanidade, quer dizer um direito que, diferentemente do *ius gentium* positivo romano, somente tem existência no campo da abstração filosófica.”<sup>56</sup> Desde este ponto de vista filosófico, o direito não é invenção humana, porque provém da lei natural, que é o que razão manda ou proíbe. Daí que se o direito positivo for oposto à reta razão que vem da natureza, carece de validade. O que Cícero afirma é o vínculo de sociedade entre os homens e os deuses, bem como ser o fim essencial da comunidade política a realização da Justiça, isto é, da ordenada convivência humana.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> PUGLIESE, Giovanni. *Instituzioni di Diritto Romano*. 3ª ed. Turim: Giappichelli, p. 40

<sup>56</sup> KUNKEL, (nota 8), p. 85.

<sup>57</sup> Cf. D'ORS, (nota 1), pp. 31/32; TRUYOL E SERRA, Antonio. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. 11ª ed., vol. I. Madrid: Alianza Editorial, 1992, pp. 190 e ss.

Os jurisconsultos imperiais, com base na filosofia ciceroniana, distinguiram três gêneros de direito: o *ius civile*, como direito próprio dos cidadãos romanos, o *ius gentium* e o *ius naturale*, mas esta última distinção não era tão clara (D.1.1.1.2). Para Ulpiano, por exemplo (D. 1.1.1.4), direito natural era aquele que a Natureza deu a todos os animais; direito das gentes, o direito de relações, aquele observado por todos os povos, análogo ao justo natural aristotélico. Já para Gaio (1.1), *ius gentium* é o que a razão natural ensina aos homens, e *ius gentium*, a concreção do *ius naturale*. A conjugação da tradição filosófica grega com a tradição jurídico-positiva romana explica esta confusão. De qualquer modo, a noção de *ius gentium* que foi transmitida à posteridade é aquela que o vê como um direito positivo, sancionado pelo uso comum.<sup>58</sup>

## Conclusão

A estrutura da ordem jurídica romana repousa em três níveis delimitados, de modo que a criação, interpretação e aplicação do direito foi obra do legislador, do prudente e do magistrado: a lei e as demais fontes estatais, a *interpretatio prudentium* e os meios processuais (as ações da lei, o processo formulário e a cognição extraordinária) formam a base da vida jurídica romana, garantindo a cidade contra o arbítrio e o despotismo, pois o legislador estava limitado pela atividade dos intérpretes (prudentes) e aplicadores (magistrado e juiz) e pelo comportamento dos cidadãos (*mores maiorum*).

Em síntese, o desenvolvimento e formulação do direito privado clássico se deu a partir da tensão entre a *lex* e a recepção pelo comportamento: ao povo era atribuída a criação do direito não só pela *lex*, mas, fundamentalmente, pela recepção *moribus* (pelos *mores*),

que dava estabilidade à *lex* e que incluía a interpretação dos prudentes; de parte do pretor, o direito era criado no edito e, respectivamente, com o *dicere ius* relativamente ao caso concreto.

Os juristas romanos, aptos para descobrir as razões de decidir de cada caso, utilizaram os resultados de sua técnica (arte) na construção de uma ciência assente num conhecimento verdadeiro e válido e num conhecimento sistematizado (ainda que fosse limitado o seu interesse sistemático) em um catálogo de regras e princípios. Avessos às abstrações, os jurisconsultos romanos se orientavam genericamente para o direito das ações e não para o direito processual, porque se limitavam, na maior parte dos casos, a interpretar o meios judiciais propostos no edito, especialmente, da ações. Assim, expunham os pressupostos que deveriam existir para que o magistrado pusesse à disposição as ações, o resultado que se poderia alcançar por meio delas, e faziam propostas a propósito da redação de novas fórmulas, principalmente das ações úteis (*actiones utiles*). Esta orientação ao regime das ações não foi abandonada nem sequer na época pós-clássica e nem na compilação justinianéia. Isto não quer dizer, contudo, que não existissem partes do ordenamento que a jurisprudência não expusesse do ponto de vista das ações: basta ver as doutrinas desenvolvidas sobre a aquisição da propriedade, sobre o regime da *stipulatio*, a aquisição e perda da *patria potestas*, o testamento, etc. O que se afirma é a sua resistência a fixar conceitos jurídicos. Tanto é assim que, para muitos conceitos importantes os romanos não tiveram uma expressão técnica (*persona*, negócio jurídico, declaração de vontade); por outro lado, para diferentes conceitos existia termo técnico mas faltava uma definição e, nos casos em que estas existem, estão imperfeitamente construídas ou são pós-clássicas.

Além disso, os prudentes tiveram a tendência de sintonizar os resultados de seu saber com as exigências da justiça, mais especificamente da justiça material particular para a geral, de forma que a utilidade geral prevalecesse sobre a justiça particular. Experiência metodologicamente qualificada, a noção de *ius* que permeia toda a experiência jurídica romana é a de arte que faz prevalecer um fundamental critério de valoração e este deve ser a inspiração constante do operador do direito. Este critério fundamental é a racionalidade conjugada com a igualdade porque o jurista, atento aos dados da realidade, tem em conta o ineliminável papel que compete ao homem na realização do *bonum et aequum*. O *ius* não é, via de consequência, o dever-ser estatal.

O maior mérito dos jurisconsultos romanos, no entanto, foi transformar o rígido *ius civile* em um sistema flexível, capaz de converter-se no direito comum a um império multinacional e, mais além de seu âmbito temporal, no direito de toda uma orbe cultural. A aceitação de um direito fundado na comum natureza racional humana – na *humanitas* – deu lugar a um aperfeiçoamento progressivo do direito positivo, constituindo um critério

valorativo fundamental para a produção, interpretação a aplicação de todo o direito.

Assim, a partir do uso constante das noções de equidade (*aequitas*) e *fides*, a missão dos juristas foi enaltecida e ganhou um sentido moral, de forma que o princípio da boa-fé emergiu como princípio cardinal de todo o ordenamento jurídico, especialmente no campo negocial.

Por tudo isto, o estudo do *ius romanum* fornece ao jurista atual uma firmeza de princípios perante as transformações da vida jurídica, pois, em última instância, o grande êxito do direito romano foi ter conciliado os princípios tradicionalmente consagrados com as novas exigências da vida, por meio de uma técnica rigorosa. O direito romano clássico também pode fundamentar a ciência do direito comparado, por ser a raiz comum de vários direitos românicos; mais do que isso, em tempos de formação de blocos socioeconômicos, em que a unificação do direito privado pela via legislativa é inviável (senão impossível), o estudo do *ius romanum* é método idôneo para fins de unificação, pois, a partir dele, pode-se formar uma doutrina comum e se fortalecer a consciência dos juristas no que diz respeito a sua autonomia e liberdade.

<sup>58</sup> Cf. TRUYOL E SERRA, (nota), p. 195.

# O valor atual do princípio da oralidade<sup>1</sup>

Mauro Cappelletti<sup>II</sup>

1. Duas razões podem justificar esta exposição sumária do meu pensamento sobre o tema da oralidade no processo: a experiência oferecida pelo ordenamento jurídico italiano e, em especial, do código de processo civil vigente no meu país; e um amplo estudo, de publicação próxima e por mim dedicado a esse tema, no qual pude utilizar com proveito a análise de múltiplas experiências estrangeiras<sup>1</sup>.

Não existe dúvida de que, na história do pensamento e das reformas jurídicas inspiradas no princípio da oralidade, uma primeira fase resulte atualmente superada, à luz dos resultados práticos e das mais modernas elaborações doutrinárias. Era a fase dominada, por assim dizer, mais pela reação do que pela razão. Observavam-se os gravíssimos inconvenientes de um processo rigidamente inspirado no princípio da escritura, no qual valia a máxima *quod non est in actis non est de hoc mundo*, ou seja, a máxima da *inexistência jurídica* de todo ato processual que não tivesse assumido a forma escrita – escrituras, documentos, petições – e se afirmava, por isso, da maneira mais radical, a

necessidade de abolir aquele princípio para substituí-lo por outro, totalmente oposto, pelo qual o juiz poderia e deveria apreciar na sua sentença apenas os atos que tivessem sido desenvolvidos na audiência oral de instrução. Todavia, está atualmente claro que, com isso, um formalismo vinha-se a substituir um outro, ainda que oposto. Se outrora se entendia como *acta* somente aqueles atos que tivessem assumido a forma escrita, agora válidos e existentes eram considerados apenas os atos orais. Dessa forma, o *quod non est in actis non est in mundo* não era abolido, mas conservado, com a simples transformação do significado do substantivo: *acta* como atos orais, em lugar de escritos. Daí, novos inconvenientes gravíssimos, novos formalismos vazios. As partes ou os seus defensores, que deveriam repetir oralmente (geralmente com a vedação de sustentar seu discurso na leitura da escrita ou de apontamentos) na audiência de instrução, as argumentações que já estavam exaustivamente expostas nas petições; a necessidade *quoad substantiam* de expressar-se oralmente, naquela audiência,

<sup>1</sup> Trabalho traduzido por Daniel Ustároz, advogado, com autorização da editora Giuffrè, conforme originais publicados in *Annali dell'Università di Macerata*. Milano: Giuffrè, 1960. Revisto pelo Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a quem agradeço pelo inestimável auxílio.

<sup>II</sup> Relatório apresentado em 1960, no 2º Congresso latino-americano de direito processual, realizado na Cidade do México.

<sup>1</sup> M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (contributo alla teoria dell'utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile)*, 2 volumes. Milão: Giuffrè, 1959 (edição provisória). A edição definitiva foi lançada em 1961.



quais fossem as conclusões acerca da instrução e do mérito, conclusões estas que já figuravam claramente nas petições; a necessidade de ler os documentos produzidos, e até o texto da perícia e assim por diante. Absurdas e inúteis perdas de tempo, historicamente explicáveis somente como reação a um método que se pretendia radicalmente abandonar, sem se dar conta, que se caía, assim, mas não menos grave excesso de formalismo. Esse excesso, que começa a ser observado no Código de Processo Civil de Hannover, de 1850, devido principalmente à obra de GERHARD ADOLF WILHELM LEONHARDT e que foi o primeiro diploma que adotou e tratou do princípio da *giuridica inesistenza degli atti scritti*, encontra-se, depois, ainda mais acentuado, no texto originário da ZPO federal germânica de 1877-1879<sup>2</sup>.

Mas o insucesso, inevitável, desses extremismos não poderia tardar. Tampouco poderiam demorar as críticas, numerosíssimas, àqueles excessos (lembro, por exemplo, o famoso estudo de OTTO BÄHR em 1885).<sup>3</sup>

Infelizmente, essas mesmas críticas, se tinham o mérito de demonstrar que a oralidade não podia racionalmente valer como critério absoluto e exclusivo, e se justamente sublinhavam o absurdo de se pretender que um ordenamento processual moderno fosse artificialmente obrigado a não se beneficiar daquele tão refinado e difuso meio de comunicação, que é a escrita, abstinham-se, porém, de realizar uma atenta análise de dados fenômenos, dirigida a ver qual deveria ser, em um processo não meramente formalista, a relação mais favorável de coexistência entre forma oral e forma escrita dos atos processuais.

2. Uma análise desse jaez não teria podido deixar de, em meu sentir, chegar à seguintes conclusões, aqui resumidas abreviadamente:

a) sobre a formulação-proposição da demanda, bem como em relação à formulação dos seus elementos essenciais-constitutivos (*petitum* e conclusões; *causa petendi* e alegações dos fatos constitutivos do direito ou do contradireito exercido em juízo), não restam dúvidas de que, na normalidade dos casos, a forma escrita facilita a precisão, a seriedade, a identificação (*puntualizzazione*) da própria demanda. Esta tese é confirmada por quase todos os ordenamentos processuais modernos, os quais, tendo adotado o princípio da oralidade, todavia prescreveram, como regra geral, a forma escrita da demanda judicial, excetuando a possibilidade de as partes modificarem, integrarem e precisarem a demanda na audiência de instrução, quando isso não sirva para escopos protelatórios ou, ainda, quando se tenha dado em razão de grave negligência da parte;

b) em relação às argumentações jurídicas (técnico-jurídicas; interpretação das normas, dos negócios, dos documentos, etc.) parece não menos duvidoso que, sem negar a possibilidade de debates orais, normalmente é muito mais séria e útil a elaboração escrita, que permite à parte, ao seu defensor, e ao próprio juiz, uma serena e meditada elaboração, permitindo um aprofundamento mediante consulta a obras científicas e jurisprudenciais, afastando o risco do emprego superficial da retórica e da improvisação, contra os esquecimentos, contra as perniciosas desigualdades derivadas do diverso grau de habilidade

<sup>2</sup> Pelas informações, a obra (extremamente criticável pela incorreta colocação do problema da oralidade) de H.G.KIP, *Das sogenannte Mündlichkeitprinzip*, Köln-Berlin, 1952, pp.39 e ss., 58, 155 e ss. Ainda, a parte I, seção I, § 22 de minha obra citada (pp.271 ss. do primeiro volume).

<sup>3</sup> Apud OTTO BÄHR, *Der deutsche Civilprozess in praktischer Bethätigung*, in *Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 23 (1885), pp.339 e ss. A proposta de BÄHR foi contestada por A.WACH, in *Civilprozessualische Enquete, Ergänzungsheft da Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, 11 (1887).

e de rapidez das partes contrapostas e dos respectivos defensores, etc. Também a esse propósito, de resto, os mais coerentes códigos modernos que adotaram o princípio da oralidade não proibiram a parte de apresentar ao juiz as suas petições, nas quais possam ser expostas as argumentações jurídicas.

c) Daquilo que expus nos tópicos *a* e *b* teve clara consciência exatamente aquele que, a meu juízo, foi o mais profundo teórico da oralidade, ainda que não o mais feliz, conforme veremos adiante: GIUSEPPE CHIOVENDA. E consciente ele foi também, por consequência, do fato de que o campo no qual o princípio da oralidade podia e devia mais propriamente operar era justamente o das provas<sup>4</sup>. Mas vejamos se, porventura, também nesta matéria uma ulterior análise não se mostra, porém, necessária.

3. Examinando as provas escritas, e, mais genericamente, as provas ditas pré-constituídas, podemos desde logo constatar que a sua importância não foi menosprezada por nenhum ordenamento processual que soube aplicar com sucesso o princípio da oralidade. É certo que este princípio implica uma fundamental, prática e teoricamente, importantíssima reavaliação da prova oral, mas esta reavaliação não tem necessidade de vir acompanhada de uma irracional desvalorização da prova documental (pré-constituída), a qual, antes mesmo do processo, opera beneficentemente fora dele, no mundo das relações substanciais, criando um certo grau de certeza e de confiança nos con-

sorciados em suas negociações e, em geral, nas suas relações jurídicas. É por isso que, mesmo em um ordenamento processual que esteja fundado coerentemente sobre o princípio da oralidade não apenas se explica a constante admissibilidade e importância da prova documental, como também se justifica a permanência da eficácia probatória legal das escrituras (art.2.699 e ss. do Código Civil italiano, similar em tudo ao § 415 e ss. da ZPO alemã e aos §§ 292 e ss. da ZPO austríaca). É verdade que o princípio da oralidade implica a livre valoração da prova a ser constituída: mas não implica, em troca, o abandono integral da prova legal, quando esta se limite às provas pré-constituídas, as quais, repito, exercem sua eficácia (de certeza) mais antes e fora do processo do que dentro dele. Os critérios legais para a valoração da prova pré-constituída se justificam exatamente porque mediante elas os sujeitos das relações de direito material podem prever qual será o resultado em um eventual processo. Podem, assim, precaver-se contra os incertos *sidera litium*. Podem pré-constituir, em suma, dentro de certos limites, uma garantia de segurança de suas relações. Aqui a prova legal (pré-constituída) tem mais o caráter de um fenômeno pré-processual (substancial) do que um fenômeno propriamente processual<sup>5</sup>.

Onde, ao contrário, a prova legal se justifica somente como expressão de um (antiquado) ordenamento processual *escrito*, mas não mais de um coerente ordenamento oral, é no campo das provas a constituir, e, por consequência, na área da prova *lato sensu* testemunhal.

<sup>4</sup> Cfr. G.CHIOVENDA, *L'oralità e la prova*, *Riv.dir.proc.civ.*, ano I (1924), I, pp.5 e ss.

<sup>5</sup> Recordo, como COUTURE, que com tamanha modernidade de visão estudou os problemas da prova *lato sensu* testemunhal e da sua liberdade para assunção e livre valoração ou *sana critica* do conjunto probatório, tenha também reconhecido que, ao contrário, a prova instrumental é por si mesma uma prova legal, e não de *sana critica*, ao menos do momento da impugnação por falsidade. In *Las reglas de la sana critica en la apreciación de la prueba testimonial*, in *Estudios de derecho procesal civil* de E.J.COUTURE, II: *Pruebas en materia civil*, Buenos Aires, 1949, p.219; *El concepto de fe publica*, *ibidem*, II, cit. pp. 83 e ss. Na doutrina tedesca, H.SCHIMA, *Die Prozessgrundsätze in heutiger Schau*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, II, Padova, 1958, p.477.

Digo *lato sensu* testemunhal porque gostaria de aludir – como uma terminologia que na doutrina italiana já se encontra em MATTEO PESCATORE<sup>6</sup> e depois em LUIGI MATTIROLO<sup>7</sup> e em FRANCESCO CARNELUTTI<sup>8</sup>, mas que tem origens muito antigas – não apenas às assertivas-narrações (de fatos, direta ou indiretamente relevantes para a causa) de terceiros, senão também àquelas provenientes das partes, sejam essas *pro se declarationes*, sejam, em troca, *contra se declarationes*.

Em relação à prova *lato sensu* testemunhal, os ordenamentos históricos, e ainda hoje muitos ordenamentos vigentes (não, porém, aqueles de vanguarda no progresso das reformas processuais) conhecem uma regulamentação legal que se expressa essencialmente:

- a) em graves limites à admissibilidade da prova *strictu sensu* testemunhal (cfr. ainda hoje os arts. 2.721 e ss. do Código Civil italiano, os artigos 246-247 do nosso Código de Processo Civil; os arts. 1.341 e ss. do Code Civil francês e os arts. 268 e 283 do Code de Procédure Civile);
- b) na apriorística exclusão de toda eficácia probatória da *pro se declaratio* da parte, salvo o dito na letra 'c';
- c) na eficácia probatória vinculante da *pro se declaratio* jurada da parte (juramento como prova legal, admissível nos estreitos limites postos pela lei);

d) na eficácia probatória vinculante da *contra se declaratio* (confissão) da parte;

e) às vezes, ainda hoje, inclusive, na anacrônica persistência de absurdas normas de valoração em respeito ao testemunho de terceiros (*testis unus testis nullus; in ore duorum vel trium stat veritas*; e, ainda, em disposições como as estabelecidas, como era descrita em uma antiga obra atribuída a PILLIO DA MEDICINA '*ut potius sit credendum ingenuo quam libertino, seniori quam iuniori, honorato quam inferiori, masculo quam femine, etc.*'<sup>9</sup>

Desde logo, afirmo que tais regras foram todas, ou na sua maior parte, abolidas pelo código austríaco, desde sua formulação original de 1895. Também pelo código alemão, após as várias novelas que desembocaram na fundamental, elaborada no projeto oficial de 1931, convertido em lei em 1933, e de numerosíssimas legislações modernas, européias e fora da Europa<sup>10</sup>; ou seja, por todos os ordenamentos processuais que, ou a partir da origem (Código Kleiniano) ou nas suas modificações posteriores, adotaram, com coerência e sem excessos, o princípio da oralidade. Essas regras foram notavelmente atenuadas, mas não abolidas, no processo francês – especialmente depois de suprimir o *interrogatoire sur faits et articles*, substituído pelo exame livre das partes (*comparution personnelle*). Atenuadas também, mas não em medida tão considerável, no processo italiano, enquanto mais tenazmente permanecem no processo espanhol e em várias legislações latino-americanas.

<sup>6</sup> M. PESCATORE, *La logica del diritto*, I, Torino, 1863, pp. 80 e ss., 177 e ss.

<sup>7</sup> L. MARTIROLO, *Elementi di diritto giudiziario italiano*, II, Torino, 1876, pp.299, 361, nota 2.

<sup>8</sup> F.CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, sub n.31.

<sup>9</sup> Numerosas normas semelhantes poderiam ser elencadas, dentre as quais diversas categorias ou tipos de fatos jurídicos que somente poderiam ser provados, em razão do número ou da qualidade das testemunhas necessárias para a prova.

<sup>10</sup> Dediquei ao tema o segundo volume da obra citada na nota 1.

Qual é a justificativa histórica de ditas regras? Vejamos.

4. Dita justificação é dúplice, a meu sentir. Antes de mais nada, essas regras se justificam à luz de um processo dominado pela escrita. Justificam-se, ademais, ou pelo menos se explicam, sob um perfil mais geral, à luz de um sistema de pensamento contraposto àquele que bem se poderia chamar de moderno, um sistema apoiado sobre esquemas apriorísticos e formalistas ao invés da direta e concreta observação dos dados. É claro, porém, que uma e outra explicação são estreitamente ligadas, constituindo a primeira, no campo processual, uma manifestação da segunda, mais ampla e compreensiva.

Na seara das provas a constituir, a escritura significou por muitos séculos – mas não no processo clássico romano, que era baseado na oralidade – e infelizmente em alguns ordenamentos ainda hoje significa, que o juiz que sentencia não tem direito e imediato contato com as partes, testemunhas e peritos. Ele julga exclusivamente com base nas petições. Ele não observa diretamente os fatos probatórios, mas apenas o seu reflexo na escrita. Quais as conseqüências disso tudo?

Analisemos, em particular, a prova testemunhal. Essa, como se sabe, é uma prova 'mediata', no sentido de que o fato (a provar) é representado mediante um fato (probatório) ulterior, ou seja, mediante a declaração-narração do terceiro ou da parte. Ora, ninguém duvida dos perigos – da inexatidão, da incompletude, da distorção, quiçá inconsciente, quando não culposa ou dolosa, da realidade – ínsitos à este

meio de prova. A '*excelência*' da prova 'imediata', mediante a qual o juiz se põe em contato direto e imediato com o fato a provar – especialmente, através da inspeção judicial – é indiscutível. Mas o que acontece com a prova testemunhal no sistema da escritura? Nesse, o juiz, além de não julgar com base na observação imediata do fato a provar, tampouco julga com base no fato (probatório) representativo do fato a provar e, sim, com base em um fato posterior – quais sejam as atas e as petições, as quais, por sua vez, representam o fato representativo. Com isso, os perigos de inexatidão, da incompletude e de falsidade aumentam em progressão geométrica!

Por outro lado, há de se ter em mente que seria fruto de uma deplorável simplificação da análise considerar o testemunho como uma mera declaração-narração representativa. Em realidade, dita declaração acompanha a toda uma série de atos, de comportamentos, de dados, em suma, os quais, ainda que não propriamente representativos do fato a provar, são, porém, susceptíveis de valer como 'provas indiretas', ou seja, como indícios da veracidade da testemunha e da verdade do fato narrado por ele narrado: trata-se do modo como a testemunha narra os fatos, da subjetiva *credibilidade* do narrador, da objetiva *verossimilhança* do fato narrado etc. Esses indícios, já analisados por FRANCESCO MARIO PAGANO, na Itália, e, após, por J. BENTHAM, na Inglaterra, e mais tarde por J.W. PLANCK, na Alemanha, tem muitas vezes uma tal eficácia de convencimento que deles se descurar significaria fechar os olhos para a verdade<sup>11</sup>. Mas é claro que todos ou quase todos esses indícios terminam ne-

<sup>11</sup> Cfr. F.M.PAGANO, *Considerazione sul processo criminale*, Milano, 1801, cap.21, pp.101 (onde se observa a defesa da oralidade e da imediação na assunção da prova testemunhal, que a escritura não nos fornece os infinitos possíveis aspectos da coisa (...)) Na viva voz, fala também o vulto, os olhos, a cor, o movimento, o tom da voz, o modo de falar, e tantas outras diversas pequenas circunstâncias, as quais modificam e desenvolvem o sentido das palavras e crescem tantos indícios ou a favor ou contra a afirmação das palavras. Todos esses sinais se perdem na escritura, privando o juiz dos mais claros e precisos argumentos). De BENTHAM, veja-se particularmente o *Traité des preuves judiciaires*, nas *Oeuvres de J. BENTHAM* (tradução francesa de Et. DUMONT), II, Bruxelles, 1829, pp.239 e ss., e, especialmente, a pp. 330 e ss., de PLANCK, *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, I, Nördlingen, 1877, § 64, pp.346 e ss.

cessariamente por não serem valorizados no sistema da escritura, no qual o juiz que sentencia não tem, por um lado, contato com as testemunhas e com as partes, não podendo, por outro, produzir e valorizar os importantes indícios que acompanham a narração da testemunha. Por isso, o conceito de testemunho, entendido como 'representação dos fatos', revela-se falso e irreal, fruto daquele singelo método de raciocínio, que não considera o dado fenomênico em toda sua complexa realidade.

O sistema da oralidade, aplicado no terreno das provas, e em particular nas provas a serem constituídas, assinala o momento do ingresso, também no mundo do juízo jurisdicional, daquele diverso método de raciocínio, que, originado na passagem do medievo ao renascimento, e estando sublinhado por nomes como GALILEO GALILEI e BACON, o fundador da escola experimental moderna, e de tantos outros pensadores e homens da ciência, encontra-se, hoje, sem dúvida, na base do conceito de juízo em geral. Este deve estar fundamentado não em apriorismos escolásticos nem em simples abstrações, mas sobre a análise fenomenológica e experimental da realidade, tal como essa se manifesta à observação. É certo que este método implica uma renovada confiança no homem, e, assim, naquilo que aqui particularmente nos interessa, no homem-juiz, nas suas capacidades de objetiva observação e de análise serena e imparcial dos dados observados. As rígidas tarifas matemáticas de valoração das provas – *testis unus testis nullus*, etc. – eram certamente de mais fácil aprendizagem e aplicação do que o critério do livre convencimento fundado na integral análise e valoração do fenômeno observado. No primeiro caso, ao juiz bastava levar em conta apenas uma ou algumas das manifestações daquele dado: por exemplo, o número de testemunhas, seu nível social, seu sexo *et similia*. Na segunda hipótese, ao contrário, as manifestações a serem valoradas podem ser infinitas, nem podem ser aprioristicamente indicadas e 'pesadas' pela lei.

Todavia, assim como o método de observação assinalou o recrudescimento do pensamento moderno e acompanhou o renascimento da arte e da ciência, com a con-

fiança do homem em si mesmo, o método de observação, naquilo que lhe foi dado adentrar no mundo do processo, portou-lhe, desde muitos séculos, o renascimento dos estudos e fervor por reformas, que ultrapassam o vetusto processo comum, expressão – seja por certos aspectos admirável e interessantíssima para os estudiosos – de uma oposta concepção da vida e do pensamento. É natural, ademais, que tenha sido dessa forma, porque os estudos somente podem renascer, quando o homem tenha, quiçá até pouco claramente, idéias novas para exprimir e realizar. O grandioso renascimento dos estudos de direito processual no século passado na Alemanha e na Áustria e em algum outro país, era justamente a expressão da consciência de que o processo (alemão) comum necessitava de reformas e de que os princípios sobre os quais se baseava eram manifestamente de métodos e idéias superadas. Daí por que as mais finas e abstratas análises dogmáticas eram, para aqueles que bem observavam, em sua substância e mais ou menos manifestamente inspiradas naquele espírito de reforma. E foi esse espírito que fez, a partir do início do nosso século, a grandeza e o mérito da escola chiovendiana. É verdade que CHIOVENDA queria uma reforma muito diversa daquela que se realizou na Itália, com o código de 1942: basta, para dar-nos conta disso, um simples confronto do projeto chiovendiano com o código hoje vigente. Mas justamente porque esse código em muitos pontos se afastou da idéia, corretamente estabelecida, da oralidade – de um lado, foram conservados institutos como o do juramento-prova legal, de outro, criando institutos que obstaculizavam a imediação, como o princípio do juiz instrutor, e assim por diante – justamente por isso, a meu juízo, esse código não teve nem poderá ter o sucesso, que, por outros aspectos, poderia ter merecido. Mas aquilo que não foi feito, poder-se-á, ou melhor, dever-se-á fazer. E é pelo menos consolador para nós notar como o despertar dos estudos, que, no século passado, aconteceu principalmente nos países de língua alemã, tenha atingido a Itália e tantos outros países latinos. E este é um sinal seguro que permite antever a reforma dos ordenamentos processuais.

## Democracia e Cidadania no Brasil

*Dr. Miguel Reale Júnior*

Professor Titular da Universidade de São Paulo

### 1 - O Público e o Privado

O tema "democracia e cidadania no Brasil" faz aflorar as contradições mais contundentes que caracterizam a história de nosso país. Desde a independência de Portugal, em 1822, vigora uma endêmica instabilidade política e baixo índice de real exercício da cidadania por parte da maioria da população, ao lado de um discurso liberal que se contenta, todavia, mais com a coerência das idéias do que com a sua efetividade.

De forma inusitada combinam-se a estrutura estamental da sociedade brasileira e a

sua provisoriade e instabilidade<sup>1</sup>, conduzindo à sensação esquizofrênica de contínua existência de duas realidades que convivem, malgrado aparentemente sejam inconciliáveis.

A principal razão de ser desta antinomia está em nossa estrutura escravocrata<sup>2</sup>. O liberal-escravismo deixou profundas marcas na forma de ser da sociedade brasileira, em estranha comunhão da defesa intransigente das liberdades políticas, pelas mais diferentes lideranças durante o império, com a concomitante e arraigada justificação "patriótica" da escravidão, o

<sup>1</sup> Assim assinala NOVAIS, Fernando, para o qual a sociedade colonial estratificava-se de forma estamental e apresentava intensa mobilidade, pois o senhor, dono de terras e de outros homens, os escravos, deveria ser um industrial e comerciante, produzindo para vender para fora, vivenciando uma situação de ambiguidade, in **Condições da privacidade na colônia**, na coletânea, "História da vida privada no Brasil, 1, São Paulo, Companhia das Letras, 1998, p. 30 e seguinte.

<sup>2</sup> Destaco três ambiguidades que ferem fundo a sensibilidade da sociedade brasileira, e que decorrem da ordem escravocrata: a primeira, com a manutenção da condição de escravo do filho do senhor havido com sua escrava, entendimento este prevalente em nossos tribunais, malgrado a luta contra esta orientação empreendida pelo Instituto dos Advogados, em especial por PERDIGÃO MALHEIRO; a segunda: a circunstância por vezes verificada do filho alforriado ter por escrava a mãe recebida em herança, caso relatado por SLENES, Robert W, em **Senhores e subalternos no oeste paulista**, na coletânea "História da vida privada", 2, São Paulo, Companhia das Letras, 1998, p. 234 e seguintes. A terceira ambiguidade, vivida em razão da prática de capoeiragem m por parte de negros libertos por terem se alistado no Exército, e que ao retornarem da guerra do Paraguai, como heróis de pátria, não poderiam ser presos como vadios. A sociedade devia a eles negros a vitória no campo de batalha, mas não lhes outorgava cidadania e condição de igualdade jurídica e moral, apesar de se constringer em puni-los por vadiagem, forma pela qual se reprimia a capoeiragem. SOARES, CARLOS ALBERTO LIBANO, **A negragada instituição, as capoeiras no Rio de Janeiro**, Coleção Biblioteca Carioca,, Rio, 1994,

que constitui uma hipocrisia constante de nossa história social. Ao analisar o significado do termo liberalismo durante o Império, BOSI entende que fundamentalmente liberalismo consistiu na conservação das liberdades antilusitanas exclusivamente para os membros do estamento governamental, sem ampliar-se e estender-se a cidadania, que jamais alcançaria a grande parcela da população subalterna<sup>3</sup>.

Verifica-se a convivência contínua dos contrários, manifestada em diversos aspectos da nossa vida cotidiana.

O rigor do trabalho e disciplina da escravidão<sup>4</sup>, marcada pelos maus tratos, misturava-se com a proximidade que, por vezes, temperava a dominação senhor-escravo especialmente com relação ao escravo doméstico, com o qual se estabelecia uma relação pessoal<sup>5</sup>.

Da mesma forma, a dominação e o enclausuramento da mulher eram coetâneos ao seu endeusamento romântico, circunstância tão perspicazmente denunciada por TOBIAS BARRETO<sup>6</sup>. A alegria expansiva de um lado, graças à bonomia dos negros, achava contraste no ensimesmamento e retraimento do caboclo. A conciliação dividia espaço com a violência, como ressalta JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES<sup>7</sup>. A sofreguidão do uso imediato

da terra, o nomadismo do caipira que para usufruir mais rápida e preguiçosamente lançava mão da coivara — isto é, da queima e esgotamento da terra —, contrastavam com estabilidade do engenho e da “casa grande”.

Se GILBERTO FREIRE aponta como elemento definidor da unidade nacional a estrutura patriarcal de nossa sociedade<sup>8</sup>, por outro lado cabe ponderar que a multiplicidade e conjugação de formas de ser e de sentir eram possíveis, reunindo-se o diverso e o contraditório sob um mesmo teto, graças a um denominador comum, um traço uniforme no comportamento do estamento governamental no Brasil ao longo do tempo e em todos os cantos, e perante o qual são indiferentes todas as diferenças: a identidade **entre o público e o privado** prevalecente desde as nossas mais fundas origens e que permanece até os dias de hoje.

Esta supremacia dos interesses particulares sobre o interesse geral é para GILBERTO FREYRE ostensiva na formação brasileira<sup>9</sup>. Os poucos que dirigem o país não o fazem em favor da maioria. No Estado patrimonialista, “a minoria exerce o governo em nome próprio<sup>10</sup>”, e o exercita não em prol da Nação, mas segundo o interesse particular, como coisa privada. Assim, até diferenças e conflitos no plano das idéias

<sup>3</sup> BOSI, Alfredo, *Dialética da colonização*, São Paulo, Companhia das Letras, 3ª ed. 1996, p. 199.

<sup>4</sup> FREYRE, Gilberto, op. cit. p. 207. Como anota HERMANO VIANNA a expressão democracia racial não aparece na obra de GILBERTO FREYRE, afirmando VIANNA que o mito da democracia racial decorre de uma leitura apressada de *Casa Grande & Senzala*, obra na qual se encontram trechos infernais sobre o sadismo e violência no tratamento dos escravos. (“Equilíbrio e antagonismos”, artigo publicado no Suplemento Mais, da Folha de S. Paulo, de 13 de março de 2.000, p. 21). GORENDER, Jacob, op. cit. p. 57; PORTO, Luiz Guilherme Moreira, *A legislação penal da escravidão*, na Revista dos Tribunais, nº 777, p. 490.

<sup>5</sup> GORENDER, Jacob, *O escravismo colonial*, São Paulo, Atica, 1992, p. 272.

<sup>6</sup> BARRETO, Tobias, *Estudos de direito, II*, Rio de Janeiro, Record, p.54..

<sup>7</sup> RODRIGUES, Honório, *Conciliação e reforma no Brasil*, Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 1965, p. 30. A conciliação efetuava-se na tolerância cotidiana e na mestiçagem desenfreada, sendo a massa negra, mestiça ambivalente, pois conciliadora nas relações humanas, era ora conformada, ora dando mostras de inconformismo radical e de rebelião, sendo, então, vítima de violenta repressão por parte da classe dominante.

<sup>8</sup> FREYRE, Gilberto, *Sobrados e Mocambos*, Rio de Janeiro, Record, 2.000, p. 752.

<sup>9</sup> Idem, p. 199.

<sup>10</sup> FAORO, Raymundo, *Os donos do poder, 1*, São Paulo, Globo/Edusp, 1975, p. 88 e seguinte.

entre os partidos era incompreensível, pois tudo se reduzia “a um loteamento de cargos influências e honrarias<sup>11</sup>”. E é conhecida a frase: nada mais parecido com um “saquarema” (conservador) do que um “luzia(liberal)”.

Todas estas contradições próprias de uma sociedade instável mas estamental são, portanto, acolhidas, pois não interferem, no essencial, ou seja na forma como as elites detentoras do poder entrelaçavam o público e o privado. Isto justifica falar SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA em “cordialidade” como traço essencial da brasilidade, “cordialidade”, no entanto, que significa tratar a coisa pública com os critérios do particular, isto é, do privado. Desde a nomeação de um delegado de polícia, até a eleição de um senador do Império eram ditadas as decisões pela prevalência do interesse privado sobre o interesse geral<sup>12</sup>.

Dá-se um corte por cima, com uma divisão precisa entre o estamento, os que mandam e conformam a sociedade, e os situados abaixo do corte, os destinatários do poder, que pouco podem interferir “na formação da vontade estatal<sup>13</sup>”.

Na solução das questões de governo jamais se desconhecia – como ocorre ainda hoje – a necessidade de satisfazer o clã político<sup>14</sup>.

Ausente a dimensão do interesse geral, a superação dos eventuais conflitos podia ser facilmente alcançada pela conciliação dos interesses, atendendo-se à satisfação do maior número de apaniguados, em um acordo tácito en-

tre os “donos do poder”, os membros do estamento, o que culmina por perenizar a desigualdade e a exclusão social.

Passados 170 anos de nossa independência, na essência, o exercício do poder sofreu, na verdade, alterações não muito significativas. Basta lembrar os fatos desta semana, 20 a 27 de abril. Liberam-se verbas significativas para projeto de criatórios de rãs de interesse de parentes de autoridades federais, ou aprovam-se, com distribuição de benesses, projetos em valor vultoso com relação ao qual se sabe haver interesse de governador de pobre Estado do norte do país. Para se ter poder de barganha, desdenha-se do respeito à inviolabilidade do voto e líderes políticos quebram o sigilo de uma votação no Senado Federal, com a intenção de ter controle indevido sobre seus pares. O privado e o público sempre misturam-se, e logo o público vem a ser utilizado a serviço do privado.

E perdem as condições políticas e sociais que proporcionam a inefetividade da cidadania e a desigualdade social.

## 2 - A Argumentação Falaciosa e os “Interesses da Sociedade”

Em 1831, na Regência de FEIJÓ, instituir-se-ia lei segundo a qual todo o africano introduzido no país após aquela data seria considerado livre. Algumas decisões foram proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, então a mais

<sup>11</sup> BOSI, Alfredo, op. cit. p. 220.

<sup>12</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque, *Raízes do Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 26ª ed., 2001, p. 146..... RODRIGUES, José Honório, op. cit. p. 75, segundo o qual os “negócios particulares conjugavam-se às finanças do Estado” sem que adviesse qualquer vantagem para o povo.

<sup>13</sup> FAORO, Raymundo, *Os donos do poder, 2*, cit. p. 741.

<sup>14</sup> Até mesmo na repressão à capoeiragem prevalecia o critério do clã. A malta, grupo de capoeiros, que jogavam capoeira, ligada ao Partido Conservador era presa com a subida dos liberais ao poder e vice-versa, a malta que apoiava os liberais era detida quando os conservadores ascendiam ao poder. Sobre a capoeiragem veja-se, em especial, SOARES, CARLOS ALBERTO LIBANO, op. cit., p. 195 e FREYRE, GILBERTO, op. cit. p. 551 e 588, nota 63.

alta Corte do país, no sentido da concessão da liberdade aos negros que, comprovadamente, haviam sido trazidos para o Brasil depois de 1831. Mas, é consabido o quanto houve de tráfico negreiro até 1850, com a entrada de milhares de negros<sup>15</sup> para alimentar de mão de obra a nascente produção cafeeira. NABUCO DE ARAUJO, pai de JOAQUIM NABUCO, em 1853, então Ministro da Justiça, em carta ao Presidente da Província de São Paulo, tornou sem “vigência” a lei de 1831, argumentando que embora nada fosse mais negativo a uma ordem jurídica do que a não-aplicação de uma lei, no caso da lei de 1831, maior era o prejuízo que decorreria à sociedade se viesse a lei a ser aplicada, razão pela qual considerava que não se devia dar eficácia à lei formalmente vigente, libertadora dos negros entrados no país após 1831<sup>16</sup>.

EVARISTO DA VEIGA, o liberal antiregressista, opositor de BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELLOS, já assinalara a inadmissibilidade do princípio da soberania popular, com considerações legitimadoras da desigualdade<sup>17</sup>, ao afirmar que “o direito igual dos indivíduos à soberania e o direito de todos os indivíduos de concorrer à soberania é falso ... porque introduz a igualdade onde não existe.”

Em 1882, um ano antes da abolição da escravatura em Pernambuco que data de 1.883, embora já atuante a campanha abolicionista especialmente por meio da atividade de JOAQUIM NABUCO<sup>18</sup>, o Tribunal de Relação negou a uma menina negra – a escrava Honorata<sup>19</sup> – o direito de salvaguarda de sua integridade sexual, ao absolver seu dono que a violentara, com argumentos que hoje nos horrorizam, ditados pelo Desembargador FREITAS HENRIQUES que, logo a seguir na República, viria a ser o primeiro presidente de nossa Corte Suprema, o Supremo Tribunal Federal.

Estabelecia o então Código de Processo Penal que só o senhor poderia dar queixa pelos crimes cometidos contra seus escravos, argumentando a defesa do estuprador da pequena escrava de 13 anos, que o Ministério Público não teria legitimidade para iniciar o processo. Argumentava-se mais, que, se assim se entendesse – dando-se legitimidade para o Ministério Público agir contra o senhor em face de fatos praticados contra seus escravos – se instituiria “a desordem e o caos social”. Ademais, se entendia ser inadmissível aceitar as declarações da escrava, *sponte sua*, sem a ciência de seu dono, “como se a escrava tivesse personalidade jurídica e pudesse figurar em juízo”.

<sup>15</sup> BOSI, Alfredo, op., cit., 196. O Autor menciona que entre 1830 e 1850 foram trazidos para engenhos e fazendas cerca de 700 mil africanos. JOAQUIM NABUCO considera que entre 1831 até 1856, data em que houve o “ultimo desembarque de africanos” pelo menos um milhão de escravos entraram para o nosso país sob as vistas das autoridades” Como assinala a lei nunca foi cumprida. ( *A escravidão*, Rio, Nova Fronteira, 1999, p.80 e seguintes) JOAQUIM NABUCO pergunta, então, quantos seriam os escravos legalmente possuídos no Brasil se se considerar vigente a lei de 7 de novembro de 1831. ( *O abolicionismo*, Petrópolis, Vozes, 1988, p. 83). Sobre a discussão havida acerca da vigência da lei de 7 de novembro de 1831, veja-se MENDONÇA, JOSELI MARIA NUNES, *Entre a mão e os anéis*, Campinas, Editora Unicamp, 1999, p.170 e seguintes.

<sup>16</sup> NABUCO, Joaquim. *Um estadista do Império*. Rio de Janeiro, Fobrooks, 1998, p. 229.

<sup>17</sup> BOSI, Alfredo, op. cit., p. 217.. EVARISTO DA VEIGA, doutra parte, considerava ser uma das maiores abominações o pai-senhor vender os filhos-escravos havidos com suas próprias escravas ( GORENDER, Jacob, op. cit. p. 344)..

<sup>18</sup> NABUCO, Joaquim, *O abolicionismo*, cit., passim.

<sup>19</sup> NEQUETE, Lenine, *As relações entre senhor e escravo no século XIX: o caso da escrava Honorata*, na Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 53, julho de 1981, p. 223 e seguintes. O Tribunal de Relação corresponde, hoje, ao Tribunal de 2ª instância.

E dizia no acórdão o futuro presidente do Supremo Tribunal Federal que, apesar da humanitária campanha abolicionista,

*“enquanto no país houver escravos é manifesto que os direitos dos senhores sobre os mesmos escravos não podem deixar de ser regulados por leis especiais ou peculiares em razão de não tratar-se de igual para igual. pela superioridade legal e moral que aqueles têm sobre estes.”*

Os escravos, reconhece o acórdão, são, pela Constituição, “artigos de propriedade”, meros semoventes, sem vontade nem personalidade jurídica, pois

*“privados de direitos civis não têm os escravos o direito de propriedade, o de liberdade, o de honra e o de reputação, seus direitos reduzem-se ao da conservação e da integridade de seu corpo”.*

Mesmo reconhecendo ser o fato “*asqueroso*”, “*ofensivo a uma sociedade bem constituída e livre*”, decidia-se, em face da legislação vigorante, específica e própria para a escravidão, pela anulação do processo instaurado pelo Ministério Público. E vangloriava-se, então, o Desembargador Relator, de se declarar “*escravo da lei*”, “*pois não pode haver maior glória para o magistrado do que confessar-se escravo das leis*”. Dessa forma, para gáudio da lei e glória de seu obediente aplicador, tornava-se impune o ato reconhecidamente abjeto do estupro de uma menina negra de treze anos perpetrado pelo seu senhor, já que a lei processual não dava direito ao escravo, destituído de personalidade jurídica, de ir a Juízo sem ser representado por seu senhor.

<sup>20</sup> GORENDER, Jacob, op. cit. p. 368, nota 92, *in fine*.

Aí está o paradoxo revelador e conformador de uma **mentalidade**: ora o desprezo à lei, a lei ora a lei, para preservar e garantir a permanência da escravidão, ora a gloriosa submissão à lei, a escravidão à letra da lei para perpetuar a ordem escravocrata.

O traço identificador da mentalidade não está apenas na substância das decisões, ou seja, na manutenção da escravatura e da ordem escravocrata, mas antes na forma de justificação dessas decisões: aos consabidos alicerces de uma sociedade livre e civilizada, postos no plano da idealidade, com a louvação, de um lado, dos sagrados princípios humanitários e cristãos, a igualdade entre os homens, e a segurança jurídica contrapunha-se, sem pejo, no plano da efetividade, a manutenção do regime escravista.

Lançava-se fora, hipocritamente, os mais elevados princípios, mediante o falacioso argumento da realidade conveniente ao “interesse da sociedade”, ou seja, o interesse específico da classe hegemônica, reconhecendo-se como legítimo o que a olhos vistos era abjecto.

### 3 - A Atual Inefetividade dos Direitos Fundamentais

A mesma distância entre o direito individual consagrado na Constituição e a sua efetividade perdura no Brasil de início do século XXI, malgrado de modo menos explícito do que no Império, cuja Carta proibia em seu art. 179 a pena de açoites, enquanto tal sanção era a preferencialmente cominada aos escravos pelo Código Criminal de 1830, no seu art. 60<sup>20</sup>.

Recente levantamento sócio-econômico

da sociedade brasileira trazido à luz pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia Econômica) indica as profundas desigualdades que marcam a nossa sociedade, malgrado os avanços consistentes ocorridos especialmente no acesso à educação fundamental<sup>21</sup>.

A desigualdade econômica, devida à distorcida concentração de renda que faz com que 10% dos mais ricos possuam mais de metade da riqueza nacional, corresponde a uma gritante e constrangedora desigualdade no exercício efetivo de direitos individuais, civis e políticos.

Porém, revelando a seqüela dos quase quatro séculos de escravidão, ainda hoje, os mais desprovidos de direitos fundamentais são os negros, pois deles 21% são analfabetos<sup>22</sup>. A estes soma-se o elevado percentual de pessoas instrumentalmente analfabetas, ou seja, dos que apenas aprenderam a escrever o nome, sem a prática da leitura e da escrita.

Hoje a tortura constitui pelo art. 5º, inciso XLIII, da Constituição, crime inafiançável, insuscetível de graça ou anistia, agora tipificado e gravemente punido segundo a Lei nº9.455 de 7 de abril de 1997. Porém, sua prática pelos

órgãos policiais é uma constante pela informação do Ouvidor da Polícia de São Paulo BENE-DITO DOMINGOS MARIANO<sup>23</sup>, também Secretário Geral do Fórum Interamericano de Direitos Humanos vitimando apenas pessoas dos extratos mais baixos da sociedade. Poucos, no entanto, são os inquéritos ou processos instaurados por crime de tortura.

Ao lado da violência policial entre quatro paredes, por parte da polícia judiciária, e a céu aberto pela polícia militar, ainda grassa como endêmica a corrupção na fase investigatória, transformando-se o uso legítimo da repressão penal em meio de coação contra culpados e inocentes para a obtenção de vantagens, fazendo com que a população tema tanto ou mais a polícia do que a delinquência. A polícia, destituída de orgulho profissional, despreparada cientificamente para a apuração da autoria dos delitos, gera na população pobre dos grandes centros ainda maior sensação de insegurança, pois extremamente baixo é o percentual de delitos violentos cuja autoria é desvendada.

O direito à segurança, como o mais elementar a ser garantido pelo Estado para a certeza da fruição dos demais direitos, é sonogado ao conjunto da população, em especial a mais

<sup>21</sup> Relatório IBGE, publicado parcialmente pelo caderno Cotidiano da Folha de S. Paulo, de 5 de abril de 2.001. Segundo o relatório, a desigualdade é a marca maior de nossa sociedade.. Em 1999 tal como em 1992, o rendimento dos 10% mais ricos cresceu a mesma coisa percentualmente como o rendimento dos 40% mais pobres. O que indica que o fosso aumentou. No entanto, o índice de escolarização teve significativo aumento, beneficiando os mais pobres.(O Estado de S. Paulo, de 8 de abril de 2.001, p. A12).

<sup>22</sup> 5,4% dos brasileiros se declararam negros, 39,9% pardos. As taxas de analfabetismo entre negros e pardos ainda são quase três vezes maiores do que entre os brancos. Em 1999, 8,3% dos brancos eram analfabetos, enquanto 21% dos negros e 19,6% dos pardos eram analfabetos. A renda dos pretos e pardos cresce 0,53% do salário mínimo, enquanto os brancos tem sua renda aumentada em 1,25% do salário.

<sup>23</sup> A lei que tipifica a tortura e sua aplicabilidade, publicação da Ouvidoria da Polícia. MARIANO revela que talvez não se tenha em todo o território nacional mais de dez casos de agentes indiciados ou denunciados pela prática da tortura, sendo certo, todavia, que “subsista a tortura no cotidiano das delegacias e prisões”. Em matéria intitulada “Brasil ainda evita aplicação de lei antitortura”, denuncia-se que as vítimas são em geral os mais pobres, sendo que segundo a Comissão de Direitos Humanos da ONU a tortura é prática generalizada contra parcelas mais pobres da população. ( O Estado de S. Paulo, de 22 de abril de 2.001, p. C6). Em seu Relatório sobre a tortura no Brasil, o Relator Especial da Nações Unidas NIGEL RODLEY conclui que “a lei de tortura é virtualmente ignorada” e detalha, então, numerosos casos de tortura, com horríveis condições das prisões, além da falta de esforço das autoridades para lidar com o problema. (Sumário Executivo preparado pelo Centro de Justiça Global, www.global.org.br).

carente, em virtude da violência e inoperância policial, inobstante o esforço de alguns membros das duas corporações em aprimorar suas instituições.

Se a Constituição de 1988 gerou maior demanda ao Judiciário em busca de tutela de seus direitos por parte dos administrados, todavia, o acesso à Justiça encontra-se ainda inatingível para grande parte da população. Primeiramente, é necessário lembrar que o Brasil, de mais de 8 milhões de quilômetros quadrados, transformou-se, nas duas últimas décadas, no país das grandes cidades, com acentuadas diferenças de qualidade de vida, a mais elevada pobreza convivendo com a mais sofisticada fruição de bens supérfluos. A desorganização social, no entanto, da periferia das grandes cidades, constitui a marca mais impressionante desses imensos bolsões de miséria.

Neste mundo da periferia das grandes cidades há ausência do Estado e ausência de formas de consecução dos direitos fundamentais. A especulação imobiliária, a falta de registro de propriedade ou de posse do terreno, as construções irregulares e loteamentos clandestinos, sem arruamento, calçamento, guia e sarjeta, água e esgoto, vêm a ser o panorama dos bairros distantes do centro das grandes cidades.

Famílias conduzidas pelas mães, mulheres abandonadas por seus companheiros, que com heroísmo tornam-se as únicas responsáveis pelos filhos, caracterizam cada vez mais a população da periferia. Neste universo de desorganização social<sup>24</sup>, o Estado passou a ser substituído pela ação da vindicta privada, por uma justiça feita com as próprias mãos por ra-

ções de somenos, em uma banalização da vida, denunciada pelo grande número de chacinas, que só em São Paulo vitimaram mais de 300 pessoas no ano passado.

Não há cidadania onde inexistente Justiça, onde inexistente consciência dos próprios direitos, onde inexistente modo de se vir a saber dos próprios direitos e de ter acesso a pretendê-los obter pela correta intermediação do Estado. A falta de assistência jurídica e a ausência do Poder Judiciário, que deve ter, além de proximidade física com a população, disponibilidade para o atendimento das pessoas humildes, faz da Declaração de Direitos do art. 5º da Constituição mais um sinal do reino da não-efetividade, um horizonte distante, usufruído no plano da realidade apenas pela classe dos que fizeram a Constituição, e não por todos que, idealmente, seriam os seus destinatários.

A polícia, que constitui o poder posto nas ruas, age repetidas vezes para buscar vantagens e não para identificar, sem tortura, os responsáveis pelos delitos. Assim, o mais palpável poder, o mais visível poder aos olhos do povo é muitas vezes exercido para a satisfação pessoal do agente público, que atua *pro domo sua*.

Não se pode deixar de registrar, pois esta é uma realidade gritante do dia-a-dia, o clima de guerra civil existente nas grandes e médias cidades brasileiras, nas quais vivem cerca de 2/3 de nossa população, vitimada pela desorganização social, pela desigualdade, onde convivem os que têm e os que não têm cidadania, as escravas Honoratas sem direito a ver preservada sua integridade corporal e moral e os senhores, donos de seu corpo e de seu destino.

<sup>24</sup> O Instituto de Geografia e Estatística, IBGE, mostra que em São Paulo, a maior e mais rica cidade do país, há mais de 370.000 barracos, com 2.450 loteamentos irregulares, havendo crescimento desordenado com cerca de 500 mil domicílios em situação precária.( O Estado de S. Paulo, de 22 de abril de 2.001, p A3, editorial, “Ordenamento de fachada”).

O assalto à mão armada que atinge pobres e ricos, até mesmo mais os pobres, nos pontos de ônibus, significa a busca da solução rápida para a satisfação do desejo de possuir por via do desrespeito mais absoluto ao próximo, constringendo-o, pela ameaça de um revólver, a conceder parte de seu patrimônio. O assassinato do desafeto e de seus circunstantes, como na chacina, por razões desimportantes – por exemplo, o não pagamento de uma dívida – revela a insensibilidade moral que sobrepõe o poder de exigir a prestação pecuniária à vida do devedor.

É este o quadro de desorganização social favorecedor da acentuação do desrespeito aos direitos individuais das pessoas mais modestas.

#### 4 - A Falta de Coesão Social e a Estrutura Política

A sociedade brasileira sempre caracterizou-se, em razão de suas condicionantes geográficas e culturais, pelo mais extremo individualismo, sendo pequena a taxa de coesão social<sup>25</sup>, de espírito comunitário indicador de uma solidariedade catalizadora dos seus membros em torno de um interesse coletivo. As entidades paradigmas da sociedade civil tiveram destaque apenas durante a ditadura, na falta dos tradicionais canais institucionais, como os partidos políticos. Restabelecida a democracia, estas entidades perderam perante a população a força de representá-la, pois o papel de contestação do regime militar terminara com o mito da escolha eleitoral dos governantes.

A falta de senso associativo da individualista sociedade brasileira, desde os primórdios mercantilista e extrativista, não é de modo algum compensada pela representação política e partidária em regime presidencialista

caracterizado por baixa participação da população na discussão e formulação das políticas públicas e com o sistema eleitoral proporcional.

Por outro lado, o atual crescimento das entidades não-governamentais, hoje da mais variada espécie, não tem o condão de interferir, senão de modo efêmero, no processo decisório para a fixação de prioridades da ação governamental, a não ser quando a matéria passa a ser de interesse da mídia, especialmente a televisiva.

Instalou-se com FERNANDO HENRIQUE CARDOSO um presidencialismo tolerante: de um lado um presidencialismo forte, na medida em que as decisões no plano econômico-financeiro prevalecem sob o signo da estabilidade da moeda, graças à adoção de Medidas Provisórias, que garantem o processo legislativo sem o Congresso; de outro lado, contudo, um presidencialismo politicamente fraco, pois a crise perene de ingovernabilidade só é superada pela concessão contínua do atendimento a reivindicações individuais dos membros da chamada “base governista”.

O Congresso é forte enquanto não tem responsabilidade, não podendo ser sancionado com sua dissolução. Sua fraqueza diante das Medidas Provisórias é compensada pela força da intimidação investigativa, com a instalação de Comissões Parlamentares de Inquérito. A adesão ao presidente, ou o seu abandono, pelo Congresso varia ao sabor dos fatos e das conveniências político-eleitorais. Os partidos no Congresso são constituídos, no mais das vezes, por representantes de grupos de interesse, não por defensores dos interesses gerais, como idealizava o Abade de Seyès, mas sim por simples portadores de mandatos imperativos, que labutam para a satisfação dos nichos regionais, econômicos ou profissionais que representam.

A dança entre os partidos, portanto, nada prejudica ao parlamentar que representa-

rá igualmente, nesta ou naquela agremiação política, os interesses de setores do Poder Público, tais como o Ministério Público, a Magistratura, a Polícia Civil e Militar, a Petrobrás, ou parcela da classe produtiva, como os ruralistas, ou os bancos, ou as empreiteiras, ou grupos de feição religiosa, como os evangélicos.

O governo, no quadro deste presidencialismo congressual que se instalou no período FERNANDO HENRIQUE, busca a governabilidade – verdadeiro nó górdio da nossa história republicana – não pela fiel adesão a um programa de governo, compartilhado, mas na “pescaria de varejo” a cada decisão importante, por meio do atendimento aos interesses clientelísticos, regionais ou corporativos dos membros do Congresso Nacional<sup>26</sup>.

Por sua compreensão da política como “a arte da tolerância e da negociação”, FERNANDO HENRIQUE CARDOSO jamais atua em relação direta com a população, talvez até mesmo receoso e com pudor de uma ação populista demagógica. Mas, assim, o presidencialismo perde o seu único possível mérito, qual seja o de permitir, com as devidas cautelas, que o presidente, sem ser pretoriano, seja o intérprete fidedigno dos interesses gerais, e por isto capaz de fazer face aos interesses corporativos e clientelísticos presentes no Congresso, como inafastável decorrência de um processo eleitoral que promove a assunção apenas dos representantes dos grupos mais fortes ou de “vereadores federais”, que encarnam os interesses, tão só, de seu reduto.

Soma-se a tudo isto a corrupção nos diversos níveis da administração pública, que atinge até mesmo o Judiciário, acentuando-se a confusão entre o público e o privado. Nem mesmo o *impeachment* de COLLOR ou a CPI do

Orçamento, que decapitou lideranças políticas de peso, amedrontaram a ganância de apropriação do dinheiro público, pelo desvio de verbas, pelas compras com sobrepreço, pela exigência de comissões, feitas sempre com a escusa de engordar caixas eleitorais. Perante as novas gerações, portanto, a participação política torna-se sinônimo de interesse escuso, jamais de interesse em prol do bem comum.

A corrupção, além do mais, anda de mãos dadas com o desperdício das obras inacabadas ou da falta de controle da repartição das receitas, e da impossibilidade de correta aplicação destas receitas pelos municípios menores, destituídos de pessoas qualificadas nas tarefas meio, desde a competência técnica para a elaboração de planejamento orçamentário, até a escolha do que seja prioritário para a comunidade.

Perdura, nos dias de hoje, no mundo pós-industrial das grandes cidades e das comunicações em tempo real, do avanço tecnológico, a confusão acima apontada entre o público e o privado, presente desde a América Portuguesa, mas que ainda constitui a característica da atual sociedade política brasileira. Tal como no passado, a grande desigualdade social é, infelizmente, admitida como uma realidade intransponível a curto prazo, minimizando-se políticas sociais, reputadas justas, mas nocivas neste momento à estabilidade econômica. Parafraseando o primeiro presidente do Supremo Tribunal Federal, dir-se-ia: “nada mais glorioso a um economista do que ser escravo das leis do mercado”.

A bem ver a estrutura política brasileira, composta por partidos, Congresso e Executivo e também Judiciário, impede a participação no processo decisório, pois só os grupos econô-

<sup>25</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque, op. cit. p. 33.

<sup>26</sup> FREYRE, Gilberto, *Sobrados e mucambos*, cit. p. 201, anota que os governadores mais do que as Câmaras defenderam os povos das capitâneas, pois as Câmaras no que se refere ao suprimento de víveres, “mais de uma vez estiveram ao lado dos interesses dos particulares e contra os gerais”.

micos e as corporações mais fortes têm representação e força de barganha para impor o atendimento às suas reivindicações. E o público vem a se confundir com o interesse privado setorial, presente no Legislativo, e a ser satisfeito para se garantir a governabilidade de um presidencialismo congressual, marcado ainda pela instabilidade.

Ao liberal-escravismo sucede a neoliberal exclusão social e política.

A maioria da sociedade, bombardeada em época eleitoral por *overdose* de promessas de campanha, resta, todavia, alheia à fixação das prioridades da ação governamental, tendo-se como principal consequência o aprofundamento da exclusão social, o não exercício da cidadania como efetiva participação política de camadas expressivas da população, a ignorância, por parte dos marginalizados das grandes cidades, acerca dos próprios direitos, e até mesmo a impossibilidade de cientificar-se destes direitos. Menor ainda o poder de pretender exigí-los.

## 5 - Busca de Caminhos

Como minorar a crise endêmica da sociedade brasileira, na qual democracia e cidadania são apenas declarações de intenções para a maioria da população destituída de participação política, maioria esta impossibilitada de exercer efetivamente os direitos básicos consagrados no art. 5º da Constituição, pois vive a violência em seu cotidiano, venha ela da polícia ou da delinquência?

Quanto à participação política, que é a meu ver um dos cernes da cidadania, passa a

ser fundamental a reforma política, a primeira que deveria ter sido feita por FERNANDO HENRIQUE, e a partir da qual poderia ter se libertado da submissão ao corporativismo e clientelismo congressual, instaurando novas formas de representação política, graças a um sistema eleitoral distrital misto, que fortalecesse e desse algum conteúdo aos partidos políticos, permitindo a todas as circunscrições do país serem representadas no Parlamento. O redesenho de nosso federalismo, para se fundar uma efetiva reunião cooperativa das unidades federativas, com maior descentralização administrativa.

O financiamento público das campanhas eleitorais constitui mais outro importante desafio, pois a corrupção é companheira constante das eleições, visto que dinheiro a fundo perdido é necessário para financiar cabos eleitorais e apoio político de lideranças locais. Esta é sem dúvida a maior de todas as dificuldades, minorada pelo sistema mais restrito do sistema distrital misto.

Mas, como promover ou garantir maior participação política?

A primeira resposta óbvia e quase ingênua seria a necessidade da classe política sobrepor o interesse público ao privado. Doutra parte, caberia provocar que uma maior parcela de brasileiros esteja propensa a se preocupar com as questões de interesse geral. Esta tarefa torna-se, no presente momento, especialmente difícil, pois na aguda observação de JURANDIR FREIRE COSTA<sup>27</sup>, “*perdemos o gosto pelo bem comum*”, com um desinteresse pelo político substituído pelo interesse pela vida privada de celebridades.

A dificuldade acentua-se, ainda mais, com o fenômeno da globalização, que rompe as

barreiras das identidades nacionais-culturais, instaurando-se uma uniformização do modo de ser na condição de consumidores continuamente ansiosos por ter e usufruir, de forma igual, o que a indústria da comunicação indica como *up to date*.

As empresas perdem vínculos com o local e o país de suas sedes, sendo-lhes viável desligar-se de seus fornecedores e de seus trabalhadores, para instalar-se em outro território, no qual as condições econômicas sejam mais favoráveis. Na expressão de PIETRO BARCELONA<sup>28</sup> o homem do início do novo século é um “*habitante do tempo e não mais um habitante do espaço*”, sem vínculos com o território em que vive, um novo navegador, nas “*águas*” da *web*.

Palpáveis, sem dúvida, as consequências no plano político, pois o desenraizamento torna estranhas ao habitante do tempo as questões gerais da sociedade do país onde habita, fazendo com que a participação política eleitoral seja apenas uma efêmera e indiferente escolha entre produtos que não interessam.

Deve-se pensar a cidadania e a democracia no Brasil da próxima década consciente das notas caracterizadoras da sociedade brasileira, – a confusão entre o público e o privado, a imensa desigualdade social, a baixa coesão social, o acendrado individualismo, a estrutura político-eleitoral com a representação política apenas de setores e categorias fortemente organizados –, e também ciente do desinteresse pelo bem público e do desenraizamento do *habitante do tempo* nesse início de século.

É certo, contudo, que não se deve almejar a politização forçada da sociedade, método e objetivo das ditaduras. A democracia tem de começar pelo respeito aos indiferentes, que, sem o saberem, fazem, no entanto, com sua indiferença também uma opção política de aprovar o

*status quo* por via da abstenção e com a outorga de procuração para que os participantes do processo político decidam por eles.

Mas, àqueles que pretendem participar do processo político devem ser criadas condições concretas de efetiva interferência na fixação das diretrizes da ação governamental, muito além da efêmera escolha eleitoral ou da representação popular no Congresso Nacional.

Já se acentuou a necessidade premente da reforma política. No entanto, é imprescindível também a adição de outros mecanismos de participação política, visando a romper o autoritarismo de que fala RAYMUNDO FAORO, desde sempre característico do processo decisório governamental. Além do mais é de se ressaltar a imprescindibilidade de se efetivar maior proximidade entre o Judiciário e o povo, para garantia de acesso à Justiça.

A crescente e significativa experiência na última década de organizações não governamentais, especialmente em prol da segurança e da não violência, bem como em defesa do consumidor e do meio ambiente, mostra ser possível dinamizar-se, em tantos outros diversos campos, uma maior participação política para o exercício efetivo da cidadania, malgrado as imensas dificuldades acima destacadas.

A atuação do programa da Comunidade Solidária, formando profissionais e técnicos, de acordo com as necessidades do local, e em cooperação com empresas privadas por via da Associação Amigos da Comunidade Solidária, constitui o ponto alto da ação social do governo, mas cujas dimensões ainda são restritas diante da grandeza dos problemas. É fundamental, no entanto, que se expanda esta atividade para atuar na periferia das grandes cidades, sempre em conjunto com as associações de moradores, com o extremo cuidado de não permitir a exploração político-eleitoral.

<sup>27</sup> Entrevista publicada na coletânea **Quatro autores em busca do Brasil**, São Paulo, Rocco, 2.000, p. 43. FREI BETTO diz que estamos fechados nos próprios interesses e em interesses imediatos, e enquanto assim for não conseguiremos nos ligar à comunidade, à solidariedade, às boas causas ( **Crise da modernidade e espiritualidade**, na coletânea, “o desafio ético”, Rio de Janeiro, Garamond, 2.000, p. 46).

<sup>28</sup> **L'individuo e la comunità**, Roma, Edizioni Lavoro, 2.000, p. 38.



A ação política do MST, Movimento dos Sem Terra, tirante os radicalismos de alguns de seus ativistas e dirigentes, revelou a capacidade organizativa da sociedade, pois o MST não só levou à necessidade de intensa intervenção governamental na desapropriação de terras e assentamento de famílias de agricultores, como a cada momento o Movimento expande suas reivindicações, revelando extraordinária capacidade de alistamento de pessoas para integrar seus quadros. A atividade educativo-escolar promovida pelo Movimento em favor dos filhos dos "sem terra" bem revela a visão ampla que orienta a organização.

A experiência do Orçamento Participativo na prefeitura de Porto Alegre vem a ser a melhor demonstração da participação política no centro do processo decisório definidor da ação governamental, experiência esta a ser pensada, sem dúvida com maiores dificuldades, para os níveis mais amplos da Administração, Estados e União.

Estado e Comunidade deve ser o binômio básico<sup>29</sup>, pois só pela interação de ambos na formulação e consecução de políticas sociais construir-se-á a cidadania.

A solução está, portanto, mais adiante da representação política e da atividade partidária. É essencial, todavia, que a classe política tenha a sensibilidade de não pretender manter o monopólio da ação política, pelo exclusivismo dos tradicionais canais institucionais. Só assim se viabilizará uma maior mobilização da sociedade em prol de interesses gerais dos indivíduos, e em especial com vista à maioria dos excluídos, enquanto titulares de direitos fundamentais.

Por fim, resta reafirmar a importância da proximidade e disponibilidade da Justiça junto à população carente dos médios e grandes centros urbanos. Três medidas são absolutamente necessárias visando dar efetividade aos direitos por parte dos excluídos: ampla assistência jurídica e não apenas judiciária, graças à criação ou ampliação da já existente Defensoria Pública; criação de plantões sociais nas delegacias de polícia, para atendimento aos conflitos familiares e de vizinhança, por meio de assistentes sociais e psicólogos. Por fim, o mais essencial, que já ocorre apenas em três bairros distantes de São Paulo: a instalação de Centros Integrados de Cidadania, que reúnem juiz, promotor, defensor público, polícia civil e militar, assistentes sociais e psicólogos proporcionando que o Estado de Direito faça-se presente junto à população pobre, privada de Justiça e de dignidade, assegurando-lhe o exercício de parcela de seus direitos.

Saber que é possível ir à Justiça, solícita e próxima fisicamente, na certeza de ser ouvido e ter conhecido e reconhecido o seu direito, é a elementar condição para que os excluídos se sintam e sejam cidadãos, superando a sensação de orfandade que os infelicitam.

Essas propostas são talvez restritas diante da enormidade dos problemas sociais do país, mas se efetivadas constituirão um alento aos seus beneficiários, como pude diretamente constatar na ponta da zona leste da capital paulista, onde, com o apoio de órgãos da comunidade, há um Centro Integrado de Cidadania, no qual juiz, promotor, polícia e técnicos revelam aos excluídos que a dignidade da pessoa humana não constitui uma balela, apenas levada a sério nos colóquios da elite intelectual.

<sup>29</sup> Em tese apresentada à Conferência Nacional dos Advogados, em 1982 sob o título, **Justiça social e participação política**, defendia que se instituisse um Conselho Econômico-Social, composto por ministros da área econômica, representante de partido da oposição, representantes de trabalhadores da indústria, do comércio e do campo, bem como por representantes da classe empresarial fixando programas e metas, a serem depois submetidos ao Congresso. FÁBIO KONDER COMPARATO em tese apresentada à Conferência Nacional dos Advogados em 1984, intitulada **"Democratização e segurança"** defendia a constituição de uma Superintendência Nacional de Planejamento, assessorada por um Conselho Nacional de Planejamento composto por representantes de sindicatos e organizações profissionais para elaboração, execução e fiscalização de plano nacional de desenvolvimento, a ser aprovado pelo Congresso Nacional. (Anais da X Conferência Nacional dos Advogados, p. 99). Nesta mesma X Conferência propunha eu, com a tese, **"Sociedade Civil e Estado"** igualmente a criação de um Conselho Consultivo de Economia. (anais, cit. p. 76).

## Breve Reseña de La Legislacion Para La Reactivacion de Las Pymes Durante La Ultima Decada de Los 90

*Monica B. Hise y M. Fernanda Moreno*

### I - Introduccion

El presente trabajo tiene por objetivo analizar el tema concerniente al fenómeno de las PyMEs en nuestro país, fundamentalmente trataremos de ver como se llega a la ley 24.467, y que modificaciones sufrió luego de su sanción.

*Desde ya queremos adelantar que, esta ley ha tenido un sin número de modificaciones entre leyes, decretos, resoluciones y decisiones administrativas.*

A fin de que el presente trabajo resulte de fácil comprensión sólo analizaremos las modificaciones más importantes y recientes, sin perjuicio de que adjuntamos un anexo, conteniendo todas las modificaciones existentes en la actualidad.

### II - Antecedentes, Sancion Y Características de La Ley 24.467

El fenómeno de las Pymes no es nuevo, si bien el mayor auge aparece a partir de la sanción de la ley 24.467, existía a nivel legislativo una profunda preocupación por este tema.

Esto se pone de manifiesto a través de los numerosos decretos, resoluciones y leyes que se referían a este tema<sup>1</sup>.

Cabe destacar que antes de la sanción de la ley 24.467, la legislación existente no hacía diferencia entre las grandes empresas o pequeñas empresas – ej. La ley de Sociedades 19.550 o la ley de Concursos 24.522 salvo los arts. 288 y 289, de Lealtad Comercial, de Transferencia Tecnológica, etc.

<sup>1</sup> Decreto 2732/93 del MEOSP referente a la pequeña y mediana empresa; Decreto 376/94 MEOSP respecto a los créditos para la pequeña y mediana empresa; Decreto 1002/94 MEOSP Créditos al Fomento; Resolución 99/95 de la Secretaría de Turismo - Habilitación. Registro. Consorcios de Pequeña y Mediana Empresa.

Sin embargo las prácticas mercantiles comienzan a requerir un tratamiento específico y particular para un buen funcionamiento y adecuado desarrollo de las pequeñas empresas, ya que sus necesidades, características y posibilidades en el mercado difiere en relación con las grandes empresas.

Así llegamos a que el 15 de Marzo de 1995 se sanciona la *Ley 24.467*.<sup>2</sup> “**DISPOSICIONES PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS (PyMEs)**”.

Es la primera ley que se dedica exclusivamente a las Pequeñas y medianas empresas.

Según comentario de Farina, Fernandez Campeon y Rainolter, el principal objetivo de esta ley ha sido facilitar el acceso de las PyMEs al crédito bancario, y prometer alguna bonificación en las tasas de interés.

*Esta ley no es un estatuto de las PyMEs;* no regula la constitución, ni el funcionamiento, no contiene norma alguna que modifique alguna disposición contenida en las leyes y códigos que constituyen al derecho positivo vigente en la Argentina. La ley 24.467 procura otorgar cierta organicidad a la política que debe seguir desplegando el Poder Ejecutivo nacional para promover el crecimiento y desarrollo de estas empresas, pero ninguna pequeña o mediana empresa está obligada a calificarse como tal ni inscribirse en el Registro Nacional de PyMEs, salvo que pretenda ser beneficiaria de alguna de las ventajas que prevé esta ley.

Tampoco esta ley entra a tutelar a las PyMEs frente a las condiciones a veces

inequitativas que puedan imponerles las grandes empresas, ni frente a casos de comportamiento abusivo, de deslealtad o de asfixia financiera a que puedan verse sometidas por la conducta de éstas. Cuestiones de esta naturaleza seguirán siendo resueltas conforme a la legislación vigente y teniendo en cuenta las particularidades del caso.

La ley 24.467 no impone obligaciones a las PyMEs, sólo les exige el cumplimiento de determinados requisitos para acceder a los beneficios que puedan ofrecérseles por los órganos administrativos y entidades en función de lo previsto en esta ley.

Así, la ley 24.467 está destinada a las PyMEs, sea que éstas funcionen como sociedad comercial, sociedad civil o como empresario individual. La ley no hace distinción. De modo que podemos hablar de PyMEs bajo forma societaria y PyMEs de empresarios individuales<sup>3</sup>.

### III - Metodología de La Ley 24.467

Esta ley, se compone de tres títulos.

Los títulos I y II<sup>4</sup>, se refieren concretamente a aspectos económicos de las PyMEs, las disposiciones contenidas en estos títulos son aplicables a todas las empresas, sean civiles o comerciales, que reúnan las condiciones para ser calificadas como micro, pequeñas y medianas Empresas.

Han sido reglamentados por el decreto 908/95.

<sup>2</sup> Ley. 24.467. Sancionada 15/03/95. Prom.: 23/03/95.- Public. B.O. 28/03/95.- Modificada por Ley 25.300 y 25.013.

<sup>3</sup> Régimen de Pequeñas y Medianas Empresas. Ley 24.467. Comentada y Concordada con los decretos reglamentarios 737/95 y 908/95. Consorcio de PyMEs. Sociedad de garantía recíproca, beneficios económicos, impositivos y laborales. *Revisado, ordenado y comentado por:* Juan M. Farina.- Raúl Fernandez Campón y Milton A. Rainolter.

<sup>4</sup> Título I: Disposiciones generales (arts. 1ª a 31)  
Título II: Sociedades de garantía recíproca (arts. 32 a 82)

En cuanto a la autoridad de aplicación ha variado a lo largo de los años. En un primer momento fue el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos a través de la Secretaría de Industria. En virtud del decreto 660/96 estas funciones se le atribuyeron a la Secretaria de Industria, Comercio y Minería.

Al sancionarse la ley 25.300<sup>5</sup> – Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa-, que modifica gran parte de los artículos comprendidos en estos títulos<sup>6</sup>, se designa autoridad de aplicación a la Secretaria de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Economía.

Mientras que el título III<sup>7</sup> se ocupa específicamente de las relaciones de trabajo en las pequeñas empresas, abarca todas las actividades que encuadran en la conceptualización dada por el art. 5<sup>8</sup> de la LCT (sea civil, comercial, de artesanos, con o sin fines lucrativos) y que se halle comprendida en la categoría de pequeña empresa conforme los requisitos de art. 83 de la ley 24.467.

En lo que atañe a las relaciones jurídico-

laborales en las pequeñas empresas, hay que tener presente que el marco regulatorio general es la ley de Contrato de Trabajo Nro. 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias. También resultan de aplicación las disposiciones contenidas en la Ley Nacional de Empleo Nro. 24.013<sup>9</sup>, en la Ley de Flexibilización Laboral Nro. 24.465<sup>10</sup>, en la Ley de Reforma Laboral Nro. 25.013<sup>11</sup>, en la Ley 25.250<sup>12</sup>.

Este título III ha sido reglamentado por el Decreto 737/95, el decreto 1555/96, la Resolución del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social 1/95, La Resolución de la DGI 4083/95 y el Decreto 16/99.

### IV - Analisis de La Ley

Dadas las características del presente trabajo no haremos un análisis pormenorizado de las disposiciones contenidas en la ley, sino simplemente haremos referencia al contenido de cada título, y en lo posible mencionaremos cuales han sido las modificaciones que ha sufrido.

<sup>5</sup> Ley 25.300.- Sancionada 16/08/00, prom. Parcial 04/09/2000, Public. B.O. 07/09/00. Veto parcial 777/2000  
Reglamentada por Resolución 24/01

<sup>6</sup> Ley 25.300.- Artículos que modifica de la ley 24467.-: del Título I: 3; 12; 13; 14; Del Título II: 34; 37; 40; 42; 43 agrega párrafo; 45; 46 agrega párrafo; 47 agrega párrafo; 49; 52; 55; 61; 79; 80;

<sup>7</sup> Título III: Relaciones de trabajo (arts. 83 a 106)

<sup>8</sup> LEY 20744 art. 5: “A los fines de esta ley, se entiende como ‘empresa’ la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos benéficos”.

<sup>9</sup> Ley 24013.- Sancionada 13/11/91.- Promulgada parcialmente: 05/12/91. Public. B.O. 17/12/91.

<sup>10</sup> Ley 24.465.- Nuevo Régimen de Contrato de Trabajo.- modificada por Ley 25.013.- Sancionada 15/03/95. Prom. 23/03/95. Public. B.O. 28/03/95.

<sup>11</sup> Ley 25.013.- Modificada por ley 25.250.- Sancionada 02/09/98. Promulgada parcialmente 22/09/98. Pulic. B.O. 24/09/98.  
Ley 25.013, deroga el art. 89 de la ley 24.467.

<sup>12</sup> Ley 25.250.- Reforma Laboral Estímulo al empleo estable. Período de prueba. Convenciones colectivas. Modifica ley. 23.546. Sancionada 11/05/2000, Promulgada 29/05/2000. Public. B.O. 02/06/2000.

## A. TITULO I

Como ya lo mencionáramos, éste título, que se lo ha denominado: DISPOSICIONES GENERALES, comprende desde el art. 1° al 31, se encuentra dividido en cinco secciones. Cuyos acápite secciones son los siguientes: I - Objeto, II - Definición de PyMEs, III - Instrumentos, IV - Autoridad de aplicación, V - De forma.

### I - Objeto

En cuanto al objeto de la Ley se observa que es «**promover el crecimiento y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas impulsando para ello políticas de alcance general a través de la creación de nuevos instrumentos de apoyo y la consolidación de los ya existentes**».

La ley impulsa a que el Poder Ejecutivo a través de decretos o resoluciones cree nuevos instrumentos de apoyo para incentivar el crecimiento y desarrollo de las PYMES.

La Ley no es operativa sino programática instaura un programa de acción que no se encuentra en manos del Congreso Nacional.

### II - Definición

El art. 2 de la ley pese a su denominación –definición de PyMEs- no da una definición sino que solo encomienda a la autoridad de aplicación que defina las características de las empresas que serán consideradas PyMEs, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada región del país, y los diversos sectores de la economía en que se desempeñan, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 83.

La primera aclaración que debemos hacer es la siguiente, el art. 83 se encuentra ubicado en el título III, y alude a las relaciones de trabajo, reglamentado específicamente por decreto 737/95, estableciendo un régimen laboral de regulación especial, y la autoridad de aplicación conforme lo estipulado en el Reglamento es el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Tema sobre el cual volveremos.

Sin perjuicio de que se fueron sancionando distintos decretos y resoluciones a fin de dar una definición de que empresas eran consideradas PyMEs, la ley 25.300, cuyo objetivo es afianzar el fortalecimiento competitivo de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, en su art. 1 dispone que la autoridad de aplicación deberá definir las características de las empresas que serán consideradas micro, pequeñas y medianas empresas a los efectos de poder aplicar las disposiciones allí contenidas.

Se dejó constancia que no serán consideradas MIPyMEs a los efectos de la implementación de los distintos instrumentos del régimen legal, las empresas que, aún reuniendo los requisitos cuantitativos establecidos por la autoridad de aplicación, estén vinculadas o controladas por empresas o grupos económicos nacionales o extranjeros que no reúnan tales requisitos.

Y los beneficios vigentes para las MIPyMEs serán extensivos a las formas asociativas conformadas exclusivamente por ellas, tales como consorcios, uniones transitorias de empresas, cooperativas, y cualquier otra modalidad de asociación lícita.

Dicho art. 1 fue reglamentado por la resolución 24/2001, del 15/02/01<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> El Decreto 748/2000, que crea el "Programa de estímulo al crecimiento de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPyMEs) dispone lo mismo que ésta resolución que estamos comentando.

En su art. 1, ésta resolución dispone que «**A los efectos de lo dispuesto por el art. 1 del Título I de la Ley 25.300, serán consideradas Micro, Pequeñas y Medianas Empresas aquellas que registren hasta el siguiente nivel máximo de valor de las ventas totales anuales, excluido el Impuesto al Valor Agregado y el impuesto interno que pudiere corresponder, expresado en PESOS (\$)**».

Tamaño / Sector	Agro-Pecuario	Industria y Minería	Comercio	Servicios
MICROEMPRESA	\$ 150.000	\$ 500.000	\$ 1.000.000	250.000
PEQUENA EMPRESA	\$ 1.000.000	\$ 3.000.000	\$ 6.000.000	\$ 1.800.000
MEDIANA EMPRESA	\$ 6.000.000	\$ 24.000.000	\$ 48.000.000	\$ 12.000.000

Asimismo, aclara que:

- Se entenderá por *valor de las ventas totales anuales*: el valor que surja del consignado en el último balance o información contable equivalente, adecuadamente documentada.
- Cuando una empresa tenga mas ventas por más de uno de los rubros establecidos en el art. 1, se considerará aquel cuyas ventas hayan sido las mayores durante el último año.
- Que no serán consideradas MIPyMEs aquellas que reuniendo las condiciones establecidas en la presente resolución, se encuentren controladas o vinculadas por empresas o grupos económicos que no reúnan tales requisitos.
- Que esta resolución es de tipo general y no limita las facultades de los distintos organismos para completarla con precisiones o condiciones cualitativas adicionales o para fijar límites inferiores con respecto a los establecidos en el art. 1, a los efectos de instrumentar programas específicos relacio-

nados con dicho estrato empresario y en regiones cuyas especificidades propias así lo requieran.

- Para las empresas recientemente constituídas, y a fin de determinar su pertenencia, se tomarán de los valores proyectados por la empresa para el primer año de actividad de la misma. Dichos valores tendrán el carácter de declaración jurada y estarán sujetos a verificación al finalizar el primer año de ejercicio. Al cabo de dicho período si resulta que la empresa no califica dentro del segmento MIPyMEs, deberá reintegrar o compensar los beneficios que hubiere obtenido en dicha calidad según criterio que establezca la autoridad de aplicación de dichos beneficios.

### III - Instrumentos

El art. 3 de la ley 24.467, que fue modificado por la ley 25.300, establece que a fin de disminuir el costo del crédito se instituye un régimen de bonificación de tasas de interés, y

el monto de la bonificación se establecerá en la respectiva reglamentación.

Asimismo, se favorecerá con una bonificación especial a las MIPyMEs nuevas o en funcionamiento localizadas en ámbitos geográficos que reúnan algunas de las siguientes características:

- regiones que registren tasas de crecimiento de actividad económica inferiores a la media nacional
- y a las que registren tasas de desempleo superiores a la media nacional

Esta bonificación será solventada por el Estado Nacional y se especifica el destino del crédito<sup>14</sup>.

Se estipula que el Estado estimulará a la creación en el ámbito privado de sociedades calificadoras de riesgo crediticio de las pequeñas y medianas empresas con el objeto de facilitar su operatoria financiera y comercial (Art. 8). Estas evaluarán el desempeño, la solidez y el riesgo crediticio de las PYMES. El decreto reglamentario (908/95) impone dos requisitos a estas sociedades que son: a) que se encuentren inscriptas en el registro previsto en el decreto 656/92 y b) que cuenten con un ma-

nual de procedimientos específicos para la evaluación de las pequeñas y medianas empresas aprobado por la Comisión Nacional de Valores.

Esta calificación permite que las entidades bancarias y financieras puedan obtener informes respecto al grado de confiabilidad que merece la PYME.

Conforme el **art. 12 (ref. por ley 25.300)** ordena crear un sistema de información de MIPyMEs, el que tendrá por objetivo la recolección y difusión de información comercial, técnica y legal que se juzgue de interés.

Asimismo se provee la organización de una red de agencias regionales de desarrollo productivo a fin de brindar asistencia homogénea a las MIPyPEs.

Una de las innovaciones que parecieran ser viable es la formación de consorcios de empresas PYMES, que representaría una concentración de empresas que continúan manteniendo su individualidad jurídica y autonomía funcional a los fines de exportar orientándose a las economías de escala, aprovechando las ventajas comparativa (Art. 19 Ley 24.467).

<sup>14</sup> a.- Créditos para la adquisición de bienes de capital propios de la actividad de la empresa; b.- para la constitución de capital de trabajo; c.- para la reconversión y aumento de la productividad debiendo además contemplar amplios plazos de amortización, tasas comparables a las más bajas de plaza y períodos de gracia según el retorno de la inversión previsto; d.- para la actualización y modernización tecnológica, de procedimientos administrativos, gerenciales, organizativos y comerciales y contratación de servicios de consultoría etc. e.- para financiar y prefinanciar las exportaciones de los bienes producidos por las PYMES (conf. art. 4).

Se entiende que como la adquisición de capital a la incorporación de bienes físicos a la empresa (maquinaria, equipos), los cuales serán aplicados para la producción de bienes y servicios propios de la PYME. En cuanto al capital de trabajo alude al dinero que se utiliza en los gastos corrientes como ser pago de sueldos, compra de materia prima o mercadería, servicios, publicidad, se diferencia del capital fijo el cual se compone de las plantas industriales, inmuebles, maquinarias.-

La reconversión y aumento de la productividad la cual se vincula con el aumento de la productividad, lo cual puede comprender la actualización tecnológica siendo posible realizarlo a través de créditos amplios que merezcan plazos de amortización y períodos de gracia.

Por su parte la actualización y modernización tecnológica alude a la tecnología empleada por la empresa, a los procedimientos administrativos, a la organización y procedimientos gerenciales y comerciales y contratación de servicios de consultoría.

Coincidentemente la Ley dispone que se establecerá, a través de los organismos competentes, políticas específicas de apoyo a la internacionalización comercial de las PYMES con particular acento en el proceso de inserción en los mercados de la región (Art. 20).

Se diseñarán y desarrollarán instrumentos que induzcan y faciliten el proceso de especialización de estas empresas a fin de incrementar su competitividad y su acceso a los mercados externos a partir del Mercosur (Art. 21). Asimismo, a través del PEN y del Ministerio de Economía se desarrollará un Programa Nacional de Capacitación de los cuadros empresarios y gerenciales de las PYMES tanto en forma centralizada o descentralizada a través de convenios con Provincias, Municipalidades y Universidades (Art. 22).

Se arbitrarán los medios que promuevan la reconversión de las PYMES en consonancia con la preservación del medio ambiente y los estándares internacionales que rijan en la materia, facultándose a la autoridad de aplicación a fijar políticas tendientes a dictar normas de lealtad comercial y defensa de la competencia a fin de regular las relaciones entre las PyMEs y las grandes empresas.

## B - TITULO II

Este título, crea un nuevo tipo societario. Las sociedades de garantía recíproca.

Comprende desde el art. 32 al 82, se encuentra dividido en once secciones. Cuyos acápites son los siguientes: I - De las características y constitución, II - Del capital social,

fondo de riesgo y beneficios, III - De los órganos sociales, IV - De la fusión, escisión y disolución, V - Del contrato, la garantía y la contragarantía, VI - De los efectos del contrato entre la sociedad de garantía recíproca y el acreedor, VII - De los efectos entre la sociedad de garantía recíproca y los socios, VIII - De la extinción del contrato de garantía recíproca, IX - Beneficios impositivos y Banco Central, X - Autoridad de aplicación, XI - Disposiciones finales.

Como ya lo adelantáramos este título crea un nuevo tipo societario que se agrega a la tipología prevista por la ley 19.550.

Esta sociedad de garantía recíproca tiene por finalidad facilitar a las PyMEs el acceso al crédito.

Este nuevo tipo societario se regirá por las disposiciones de este título y en forma supletoria por la ley de Sociedades, en particular las normas relativas a la sociedad anónima.

Se trata de un sociedad cuyo objeto queda limitado a lo impuesto por la ley, que conforme el **art. 33**, será el otorgamiento de garantías a sus socios partícipes mediante la celeración de contratos regulados en la ley.

Asimismo, prevee la posibilidad de brindar asesoramiento técnico, económico y financiero a sus socios en forma directa o a través de terceros contratados a tal fin. Esta enumeración no es taxativa sino que se podrán adoptar otros servicios que sean compatibles con el objetivo y características de la sociedad de garantía recíproca (SGR), siempre y cuando sean a favor exclusivo de sus socios.

Estará constituida por dos tipos de socios. Los socios partícipes<sup>15</sup> y los socios

<sup>15</sup> **Art. 37: (Según ley 25.300):** “.. Serán socios partícipes únicamente las pequeñas y medianas empresas, sea éstas personas físicas o jurídicas, que reúnan las condiciones generales que determine la autoridad de aplicación y suscriban acciones. A los efectos de su constitución toda SGR deberá contar con un mínimo de socios partícipes que fijará la autoridad de aplicación en función de la región donde se radique o del sector económico que la conforme....”

proctectores<sup>16</sup>.

La SGR no podrá celebrar contratos de garantía con los socios protectores. Y es incompatible la condición de socio protector con la de socio partícipe.

Se establece el límite del monto de las garantías, especificando que la SGR no podrá otorgar a un mismo socio partícipe garantías superiores al 5% del valor total del fondo del riesgo de la SGR, y tampoco podrá asignar obligaciones con el mismo acreedor más del 25% del valor total del fondo de riesgo.

A fin de compatibilizar las disposiciones contenidas en la ley 24.467 y sus modificaciones introducidas por la ley 25.300, cabe tener presente también que ésta ley, que tiene por objeto el fortalecimiento competitivo de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPyMEs) que desarrollen actividades productivas en el país, mediante la creación de nuevos instrumentos y la actualización de los vigentes, con la finalidad de alcanzar un desarrollo más integrado, equilibrado, equitativo y eficiente de la estructura productiva, en su **art. 2 crea el Fondo Nacional de Desarrollo para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa ("fonapyme")**, con el objeto de realizar aportes de capital y brindar financiamiento a mediano y largo plazo para inversiones productivas a las empresas y formas asociativas comprendidas en la ley., bajo las modalidades que establezca su reglamentación. Estableciéndose un plazo de extinción de 25 años a contar desde la fecha de su efectiva puesta en funcionamiento, facultándose al PE a extender la vigencia del mismo por períodos adicionales de 25 años.

A tal efecto se establece en el **art. 3** que se constituirá un fideicomiso financiero en los términos de la ley 24.441. El Poder Ejecutivo, mediante el Ministerio de Economía, será el

fiduciante, encomendará al Banco de la Nación Argentina, que será el fiduciario, la emisión de certificados de participación en el dominio fiduciario del fonapyme, dominio que estará constituido por las acciones y títulos representativos de las inversiones que realice.

Se designó como fideicomisario al Estado Nacional, por lo tanto será el destinatario final de los fondos integrantes del Fonapyme en caso de su extinción o liquidación, los cuales deberán destinarse a programas de apoyo y desarrollo de las MIPyMEs.

Y en su **art. 3 crea el Fondo de Garantía para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (Fogapyme), con el objeto de otorgar garantías en respaldo de las que emitan las sociedades de garantía recíproca y ofrecer garantías directas a las entidades financieras acreedoras de las MIPyMEs y formas asociativas comprendidas en el art. 1 de la ley, a fin de mejorar las condiciones de acceso al crédito.**

Estableciéndose un plazo de extinción de 25 años a contar desde la fecha de su efectiva puesta en funcionamiento, facultándose al PE a extender su vigencia por períodos adicionales de 25 años.

A tal efecto establece en el **art. 9** que se constituirá un fideicomiso en los términos de la ley 24.441. El Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Economía, será el fiduciante, dispondrá la transmisión en propiedad fiduciaria de los activos del fogapyme, para respaldar el otorgamiento de las garantías dadas por las SGR.

El Banco de la Nación Argentina será el fiduciario del fogapyme y deberá prestar todos los servicios de soporte administrativo y de gestión que el comité de administración requiera para el cumplimiento de sus funciones.

<sup>16</sup> **Art. 37:** (Según ley 25.300) "...Serán socios protectores todas aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas nacionales o extranjeras, que realicen aportes al capital y al fondo de riesgo".

El fideicomisario será el Estado Nacional, que por lo tanto será el destinatario final de los fondos integrantes del Fogapyme en caso de extinción o liquidación, los que deberán destinarse a programas de apoyo al desarrollo de las MIPyMEs.

### C - TITULO III

Este título, se ocupa específicamente de las RELACIONES DE TRABAJO en las pequeñas empresas<sup>17</sup>.

Comprende desde el art. 83 al 106, se encuentra dividido en once secciones. Cuyos acápites son los siguientes: I - Definición de Pequeña Empresa, II - Registro Unico de Personal, III - Modalidades de Contratación, IV - Disponibilidad Colectiva V - Movilidad In-

terna, VI - Preaviso, VII - Formación Profesional, VIII - Mantenimiento y Regulación del Empleo, IX - Negociación Colectiva, X - Salud y Seguridad en el Trabajo, XI - Seguimiento y aplicación.

Dado que las pequeñas y medianas empresas proporcionan una buena cantidad de empleo remunerado<sup>18</sup>, fue conveniente que estas tengan una normativa específica en lo que hace a las relaciones laborales y en la aplicación de los programas de fomento del empleo.

#### I - Definición de pequeña empresa

El **art. 83** de la ley delimita el ámbito de aplicación, estableciendo que: *El contrato de trabajo y las relaciones laborales en la pequeña y mediana empresa se regulará por el régimen especial de la presente ley.*

<sup>17</sup> "Las relaciones laborales que se dan en el ámbito de las pequeñas empresas no pueden prescindir del contexto general en el cual las normas regulatorias se insertan y en la disciplina que las orienta: el Derecho del Trabajo. El Derecho del Trabajo nació para proteger al trabajador que se desempeña por cuenta y riesgo ajeno. Se lo denominó derecho nuevo por desbordar los moldes clásicos, era un derecho social distinto, ..., que se distinguía del derecho común que supone la igualdad de las partes, porque precisamente parte de la idea de la desigualdad (económica) de ellas. Esta nueva rama del ordenamiento jurídico cuenta con principio y normas jurídicas destinados a regir la conducta humana dentro de un sector determinado de la sociedad, el que se limita al trabajo prestado por trabajadores dependientes, .... La vinculación jurídica de los sujetos de este derecho especial se somete a disposiciones de orden público, por ello la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra limitada y restringida por normas inderogables, que impiden, o mejor dicho hasta hoy impedían, la negociación in pejus." (Paula Costanza Sardegna.- "PyMEs. Relaciones laborales en las pequeñas empresas".- Ed. Universidad Marzo 2001, pág.1/2.-

<sup>18</sup> Al respecto señala Juan M. Farina.- Raúl Fernandez Campón y Milton A. Rainolter en Régimen de Pequeñas y Medianas Empresas. Ley 24.467. pág. 198 y sig. "... las pequeñas y medianas empresas dan empleo a gran parte de la población activa. Así por ejemplo, en el sector industrial español, estas empresas dan empleo a las dos terceras partes de la población del sector industrial. La consideración de otros sectores productivos, para los que no hay estadísticas fiables, aumentaría considerablemente ese porcentaje en el caso de España (Pérez Simaro, los servicios públicos de empleo, pág. 79).

Un aspecto aún más importante de la contribución de las PyMEs a la oferta de empleos, es el resultado obtenido por los escasos estudios empíricos realizados, según los cuales son las empresas de menor dimensión las que crean mayor número de puestos de trabajo (Pérez Simaro, los servicios públicos de empleo, pág. 83)

Birch, en un famoso estudio, "THE JOB GENERATION PROCESS, señala que las empresas con menos de veinte trabajadores crearon el 66% de los empleos netos de Estados Unidos de América durante el período 1969-1976, y que las empresas con menos de cincuenta trabajadores crearon el 77,2% de los empleos netos, durante el mismo período. Resulta obvio que las empresas que generan empleo son las pequeñas, que son las que gozan de un mayor dinamismo y que, por otro lado, son las que más recelos levantan a los ojos de las entidades financieras, y a las que más difícil llegan las subvenciones públicas para el fomento del empleo.

Todo lo expuesto significa que la pequeña y mediana empresa es la que genera, en su mayor parte, la oferta de empleo.

Las que deberán reunir dos condiciones.

- a. Que el plantel no supere de 40 trabajadores. Que podrá ser modificado por negociación colectiva.
- b. Que tengan una facturación anual inferior a la cantidad que para cada actividad o sector fije la Comisión especial de seguimiento del art. 104<sup>19</sup>.

Asimismo prevee la posibilidad de que las empresas superen ambos márgnes, siempre y cuando no los dupliquen, en este caso podrán permanecer en el régimen durante el plazo de 3 años, transcurrido este plazo dejarán de permanecer al sistema.

- Mediante la **Resolución DGI 4083/95**<sup>20</sup>, se fijaron los montos de facturación para cada sector. (Se deroga la Resolución MTSS - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social- 1/95<sup>21</sup> que fijaba los montos máximos de facturación que se requerían para cada sector, a fin de considerar a la empresa dentro del ámbito de aplicación de la ley)

Esta norma en su art. 1 dispone: "Al solo efecto de lo dispuesto por los artículos 8,9,17 y 18 del decreto 493/95 y su modificatorio, se consideran pequeñas empresas tanto a las unipersonales como a las personas de existencia ideal cualquiera sea su tipo legal, que reúnan concomitantemente las siguientes condiciones:

- 1- Haber contado al 31 de Julio de 1995 con un plantel no superior a cuarenta (40) trabajadores, y

2- Haber tenido en el año calendario 1994, un importe de facturación, neto del impuesto al valor agregado, inferior al que para cada sector se fija a continuación:

- a - Sector rural \$ 2.500.000
- b - Sector industrial \$ 5.000.000
- c - Sector comercial \$ 3.000.000
- d - Sector servicios \$ 4.000.000

Las empresas que hubieren realizado en forma concurrente en el curso del citado año calendario dos o más actividades comprendidas en los distintos sectores económicos, deberán comparar los importes facturados - netos del importe al valor agregado de todas las actividades- con el importe asignado al sector en el cual se obtuvo el mayor monto facturado".

En su art. 3 señala y precisa los cálculos a realizarse para el cómputo del personal, indicando: "A los efectos del cómputo del plantel del personal, las empresas deberán tener en cuenta aquel efectivamente ocupado en el conjunto de las actividades que realicen, tanto si se trata de personal permanente, como si lo fuera de carácter temporario o contratado a través de empresas de servicios eventuales.

En el supuesto que la dotación tuviera variaciones por causa de estacionalidad u ocasionalidad de las tareas, el número de personal resultará del cociente entre el total de horas hombre efectivamente ocupadas y el total de horas hombre proyectadas para el año para un individuo.

<sup>19</sup> En realidad tendría que haber dicho art. 105.

El art. 105 de la ley 24.467.- Crea una comisión especial de seguimiento, dicha comisión es la encargada de determinar el monto de la facturación anual.

<sup>20</sup> Publicada en el Boletín Oficial el 17/11/1995

<sup>21</sup> Publicada en el Boletín Oficial el 30/05/1995.-

Las empresas de servicios eventuales considerarán, a los fines previstos en el punto 1 del art. 1 exclusivamente el personal permanente continuo".

Y en su art. 4, describe como debe realizarse el cálculo de la facturación, indicando: "En el supuesto de haberse indicado las actividades durante el año calendario 1994, la facturación anual surgirá de proporcionar a ese período el monto efectivamente facturado.

Aquellas empresas que hubiesen iniciado su actividad después del 1 de Enero de 1995, computarán el plantel existente al 26 de Setiembre de 1995. En este supuesto, se analizará la facturación en función del período de actividad de la empresa, transcurrido entre la fecha de inicio y el 30 de Setiembre de 1995.

Y mediante el **Decreto 146/99**, se reglamentó el art. 83, expresamente dispone: "La negociación colectiva de ámbito superior al de empresa podrá establecer que el plantel de la pequeña empresa, para cada una de las ramas o sectores de la actividad, supere los cuarenta (40) trabajadores a condición de no exceder, en ningún caso, la cantidad de ochenta (80).

Para el cómputo del plantel sólo se deberá excluir a los pasantes.

La negociación colectiva podrá, cuando las circunstancias especiales de la actividad de que se trate así lo justifique, excluir de ese cómputo a los trabajadores de temporada.

El monto de la facturación será el que surja de la declaración anual del impuesto al valor agregado o balance anual, si la actividad se encontrare exenta, y sólo podrá ser fijado por la Comisión Especial de Seguimiento, no pudiendo delegarse tal facultad al ámbito de la negociación colectiva.

El plazo de tres (3) años fijados en el último párrafo del artículo reglamentado se computará: a - en el referente al número de trabajadores, a partir del mes siguiente en que se supere el parámetro establecido, b - en cuanto al monto de facturación, a partir del mes siguiente en que se supere el tope establecido.

En aquellos casos en que los convenios colectivos vigentes hubiesen fijado una cantidad superior de trabajadores a la autorizada en el primer párrafo de este artículo, al momento de su renovación, deberán ajustar la misma al tope establecido de ochenta (80) trabajadores".

## II - Registro único de personal

El art. 84 establece la posibilidad de sustituir los libros de registros exigidos por las normas legales y convencionales vigentes por un libro que se denominará "Registro único de personal".

La opción surtirá efectos a partir de la fecha en que el empresario rubique el Registro Único de Personal. Con anterioridad, deberá llevar la documentación laboral mencionada en los incs. A a D del art. 86 LCT. El Registro podrá consistir en un libro encuadernado, o bien ser llevado por fichas o planillas resultantes de utilizar sistema de computación o microfilmación (conf. Decreto 737/95).

En dicho libro se asentarán la totalidad de los trabajadores al producirse su ingreso y será rubicado por la autoridad administrativa laboral competente.

En caso de incumplimiento tanto de las obligaciones fijadas por la presente ley como las establecidas por la LCT, tendrá dos tipos de sanciones:

- 1- La exclusión del régimen de la ley 24.467.
- 2- Y además será sancionado conforme las penalidades establecidas en las leyes 18.694, 23.771 y 24.013.

### III - Modalidades de la contratación

El art. 89 duró poco tiempo ya que se encuentra derogado por la ley 25.013 Nueva Reforma Laboral.

Este art. otorgaba la posibilidad a las pequeñas y medianas empresas de instrumentar la incorporación de trabajadores a través de los contratos promovidos por la ley Nacional de Empleo (24.013) arts. 43 a 65, marcando ciertas ventajas:

- a. no se requerirá la habilitación previa por convenio colectivo de trabajo conforme art. 30 de la ley Nacional de Empleo.
- b. No hará falta registrar el contrato conforme art. 18 inc. b y 31 de la ley Nacional de Empleo.
- c. No registrará la indemnización prevista por dicha ley.

Mediante el decreto reglamentario 737/95 (art. 9) se aprobaron los contratos tipo para las modalidades por tiempo determinado como medida de fomento del empleo, de tiempo determinado por lanzamiento de nueva actividad, de práctica laboral para jóvenes y de trabajo-formación aplicables a las pequeñas empresas. Y se facultó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a efectuar las modificaciones de los modelos aprobados. Obviamente que el decreto también a quedado derogado.

### IV - Disponibilidad colectiva y

#### V - Movilidad interna

Mediante convenios colectivos se podrá:

- Modificar las formalidades, aviso requisitos y oportunidad del goce de las vacaciones. Se deja a salvo de que por lo menos uno de cada tres períodos se gocen en época de verano. (art. 90).
- Disponer el fraccionamiento de los períodos de pago del aguinaldo siempre que no exceda de tres períodos en el año. (art. 91).

- Modificar el régimen de la extinción del contrato de trabajo. (art. 92).
- Podrán redefinir los puestos de trabajo correspondientes a las categorías determinadas en los convenios colectivos de trabajo de trabajo acordadas entre el empleador y la representación sindical signataria del convenio. (art. 94).

Cabe tener presente que conforme lo dispone el art. 103, los convenios colectivos, durante el plazo de su vigencia, no podrán ser afectados por convenios de otro ámbito.

### VI - Preaviso

Se computará a partir del día siguiente al de su notificación por escrito, y será de un mes.

### VII - Formación profesional

A través del art. 96 se garantiza a los trabajadores el acceso a los programas de formación profesional que cuentan con el financiamiento estatal.

Se requiere de las empresas que tengan trabajadores que asistan a cursos relacionados con la actividad de la pequeña empresa que prestan servicios, la compatibilización de la jornada laboral de acuerdo a las exigencias del curso de perfeccionamiento que encare su dependiente.

Además este art. impone que los convenios colectivos deberán contener un capítulo especial dedicado a la formación y actualización profesional como deber y derecho del trabajador.

### VIII - Mantenimiento y regulación del empleo.

Conforme el art. 97, cuando las pequeñas empresas decidan reestructurar sus plantas por razones tecnológicas, organizativas

o de mercado, podrán proponer a la Asociación sindical signataria del convenio colectivo la modificación del mismo.

Si acordaren tal modificación, la empresa no podrá efectuar despidos durante el tiempo que dure la misma.

El art. 98, apartándose del régimen general, de manera sumamente novedosa establece: "Cuando las extinciones de los contratos de trabajo hubieren tenido lugar como consecuencia de un procedimiento preventivo de crisis, el Fondo Nacional de Empleo podrá asumir total o parcialmente las indemnizaciones respectivas, o financiar acciones de capacitación y reconversión para los trabajadores despedidos".

Este tema tiene relación con los fondos de garantías previstos en las normas laborales y de la Seguridad Social.

No obstante, será necesaria su reglamentación para que la transparencia del tema sea pauta rectora.

### XI - Negociación Colectiva

Esta sección que abarca los arts. del 99 al 103 ha sido reglamentado por el Decreto 1555/96.

### X - Salud y seguridad en el trabajo

El art. 104 prevé que las normas de salud y seguridad en el trabajo "deberán fijar plazos que posibiliten la adaptación gradual de las pequeñas empresas la legislación"

Hasta la fecha nada se ha normado.

### XI - Seguimiento y aplicación

Como ya lo adelantáramos el art. 105, crea una Comisión Especial de Seguimiento, específicamente la ley establece que deberá realizar.

Su objetivo será verificar la efectiva vigencia de la ley.

## V - Conclusion

A lo largo de éstas páginas hemos efectuado un breve análisis de la ley, manteniendo especial atención en las modificaciones que la misma a sufrido, en el corto plazo que tiene de vida.

Creemos que ha quedado claro que las pequeñas empresas contribuyen en la economía del país, en cuanto son las que crean la mayor cantidad de trabajo asalariado.

Y esta fue una de las razones que se tuvieron en miras al sancionarse la ley 24.467. Dado que las grandes empresas multinacionales que dominan los mercados impiden el desarrollo y crecimiento de estas micro y pequeñas empresas, ya que carecen de capacidad económica, financiera y tecnológica a fin de negociar en condiciones de igualdad poder competir y evitar su desplazamiento del mercado tanto internacional como interno.

Así mediante esta ley, aquellas empresas que cumplieran con los requisitos exigidos, podrían ampararse en sus beneficios. (tales como facilitar el acceso al crédito bancario, bonificaciones en las tasas de interés).

Creemos que pese a la desaparición de gran cantidad de PyMEs en nuestro país en los últimos años, no debemos quedarnos con los brazos cruzados, sino que hay que seguir luchando para fomentar el crecimiento y la creación de nuevos emprendimientos, por lo que es necesario no solo una adecuación en las condiciones laborales sino también incentivar los créditos bancarios a muy largo plazo e intereses de fomento, desgravaciones, incentivos impositivos. Ya que de su actividad dependen gran parte de la economía del país.

# **Subsídios, medidas compensatórias e medidas de salvaguarda. Sua disciplina no GATT, na OMC, no Direito Interno e no Direito Comunitário**

*Simone Tatsch*

Doutoranda em Direito Econômico na USP  
Advogada em São Paulo

## **INTRODUÇÃO**

**I PARTE** - Os subsídios enquanto elemento de influência na livre concorrência e as medidas compensatórias.

- A) Os subsídios: 1.1.1. Conceito e origem; 1.1.2. Espécies; 1.1.3. Isenções e subsídios impróprios; 1.1.4. Disciplina no GATT e na OMC; 1.1.5. Disciplina no Direito Interno; 1.1.6. Disciplina no Direito Comunitário.
- B) 1.2. As medidas compensatórias: 1.2.1. Conceito e natureza jurídica; 1.2.2. Disciplina no GATT e na OMC; 1.2.3. Disciplina no Direito Interno; 1.2.4. Disciplina no Direito Comunitário.

**II PARTE** - As medidas de salvaguarda.

- A) Conceito e disciplina. 2.1. Disciplina no GATT e na OMC; 2.2. Disciplina no Direito Interno; 2.3. Disciplina no Direito Comunitário.

## **CONCLUSÃO**

## **BIBLIOGRAFIA**

## **Introdução**

O estudo dos subsídios, das respectivas medidas compensatórias e das medidas de salvaguarda interessa à quase totalidade dos Estados, em sua maioria economias capitalistas ou em mudança para esse sistema. E, nesse sentido, o valor fundamental e pressuposto de existência dessas economias é o princípio da livre concorrência. Por conseguinte, é de vital im-

portância o estudo das causas ou instrumentos que podem afetá-la, bem como das formas de correção desses desvios.

Com efeito, quando do surgimento do Liberalismo, no século XVIII, a livre concorrência era o princípio normativo que imperava, alheio a quaisquer outros valores, que não a liberdade. No então *laissez-faire, laissez-passer*,



*laissez-aller*, acreditava-se que o mercado por si mesmo era capaz de se auto-regular, de forma a manter o sistema capitalista.

Contudo, no século XX, percebeu-se que o mercado sozinho não era capaz de garantir a livre concorrência, pois empresas fortes conseguiam destruir outras, dando início a monopólios. Percebeu-se que o sistema capitalista na sua versão puramente liberal era imperfeito, sendo a participação do Estado importante, para a manutenção do sistema econômico.

Além disso, também nesse século, novos valores foram introduzidos nas constituições, os quais deveriam também reger o sistema capitalista, tais como a preocupação com o meio ambiente e com o consumidor. Paralelamente, os Estados passaram a intervir na economia, seja para regulá-la, seja para participar diretamente das atividades econômicas, alterando o livre jogo das forças do mercado.

Mesmo com esses elementos de cunho social a limitar o princípio da livre concorrência, ele é a base necessária, condição essencial do sistema capitalista, que impera em quase todo o globo. Assim, tanto no plano do Direito Internacional, quanto no do Direito Interno e, mais recentemente, no plano do Direito Comunitário, os fatores que alteram, negativamente, a livre concorrência, bem como as respectivas medidas de correção têm sido estudados e normatizados.

Tais fatores podem ser causados por atos dos próprios concorrentes ou por atos dos Estados, na busca da proteção de seus mercados e das empresas nacionais. No primeiro caso, temos o *dumping*, compreendido como a

venda de produtos abaixo do seu preço de custo ou do seu preço normal. Essa prática visa a eliminar os concorrentes mais fracos, que não conseguem fornecer ao mercado produtos aptos a competir com aqueles. No segundo caso, temos os subsídios fornecidos pelos Estados aos produtores nacionais, os quais facilitam a produção ou a venda, através de redução de seus custos, o que necessariamente refletirá no preço final da mercadoria a ser exportada, tornando-a, artificialmente, mais competitiva.

A primeira parte desse trabalho é dedicada ao estudo dos subsídios e das suas espécies. Logo em seguida, serão analisadas as medidas aplicáveis para a correção do desequilíbrio da concorrência, originado pelos mesmos, nas hipóteses em que eles são vedados, isto é, as chamadas medidas ou direitos compensatórios<sup>1</sup>.

Já a segunda parte do trabalho é dedicada às medidas de salvaguarda, as quais não são fundadas na existência de *dumping* ou no fornecimento de subsídios vedados, mas apenas visam a proteger a indústria nacional, frente a um volume considerável de importação de determinado produto, dentro das regras de mercado. Veremos que essas medidas, numa primeira observação, poderiam ser consideradas contrárias ao princípio da livre concorrência. Contudo, essa é apenas uma análise superficial.

Também na primeira e segunda parte, serão analisadas as respectivas disposições no *General Agreements on Tariffs and Trade* – GATT, até 1994 e, a partir de 1995, as disposições dos acordos firmados sob a égide da Or-

<sup>1</sup> A doutrina e os próprios textos normativos internacionais e nacionais usam indistintamente os termos “direitos” e “medidas” compensatórias. Os franceses utilizam o termo “direito” (*droit compensateur*) e os americanos o termo “medida” (*countervailing duty/measure*). Contudo, muito embora se tratem de verdadeiros direitos potestativos, preferimos utilizar a expressão “medidas” compensatórias, conforme a versão na língua inglesa dos tratados internacionais, mantendo-se assim a mesma expressão que é dada às “medidas de salvaguarda” (*safeguards measures*).

ganização Mundial de Comércio – OMC<sup>2</sup>. No plano do Direito interno, o enfoque dado ao estudo dos institutos foi o do comércio internacional, isto é, serão discutidas, fundamentalmente, as disposições nacionais aplicáveis às exportações e importações. Por fim, serão apontados alguns aspectos desses institutos no Direito Comunitário<sup>3</sup>.

Assim, ao final, teremos uma ampla visão, por certo sem esgotar o assunto, do conceito, tratamento e aplicação dos três institutos objetos do presente estudo – subsídios, medidas compensatórias e medidas de salvaguarda – nos campos do Direito Internacional (GATT/OMC), do Direito Interno brasileiro e do Direito Comunitário.

## IPARTE – Os subsídios enquanto elemento de influência na livre concorrência e as medidas compensatórias

### 1.1. Os subsídios

#### 1.1.1 Conceito e origem

Já na Idade Média, a comuna medieval intervinha, claramente, no domínio econômico e social, fiscalizando e estimulando os ofícios burgueses e exercendo certo protecionismo em relação aos produtos externos à comuna. A mesma tradição de intervenção econômica foi mantida na Idade Moderna, após a formação dos Estados Nacionais, com o mercantilismo<sup>4</sup>. Na Idade Contemporânea, no ápice do Estado

<sup>2</sup> O GATT foi assinado em 1947, logo após a Segunda Guerra Mundial, com o fim de regular o comércio internacional, tendo entrado em vigor em 01.01.1948. Na naquele momento era intenção das partes criar um organismo internacional, tal qual o Fundo Monetário Internacional – FMI ou a própria ONU, mas o que se conseguiu foi apenas o tratado (GATT), que possuía caráter provisório. Várias discussões e acordos de interpretação do GATT ocorreram entre 1948 e 1994 (Dilton Round, Kennedy Round, Tokio Round, e Uruguay Round). Nessa última, em 1994, foi enfim criada a Organização Mundial de Comércio – OMC (World Trade Organization – WTO). Aqui é interessante transcrever a crítica de Giorgio Sacerdorf àqueles que afirmam que o GATT transformou-se na OMC: “Ainda que de fato apropriado, não é juridicamente correto falar-se em ‘transformação’ do GATT em OMC. A secretaria do GATT dependia sempre da Comissão interina para a ITO (ICITO), instituída pela Conferência da ONU sobre Comércio e o desenvolvimento realizada em Havana em 1947-48 e mantinha operante para essa finalidade. O artigo 16.2 do Acordo da OMC dispõe que, ‘na medida do praticável, a secretaria do GATT transformar-se-á em secretaria da OMC e o diretor geral das partes contratantes do GATT-1947 funcionará como diretor geral da OMC até que a Conferência Ministerial tenha nomeado um diretor geral, em conformidade ao parágrafo 2 do artigo VI deste acordo’. A conferência GATT/OMC de 7-8 de dezembro de 1994, na qual foi decidida a entrada em vigor do Acordo WTO de 1 de janeiro de 1995 (cf. o artigo 3 do Ato Final de Marrakesh), decidiu entre outros a coexistência provisória dos dois acordos, por um ano, à espera de que a ratificação da WTO estivesse completa, a transferência dos bens, obrigações, arquivos e pessoal do GATT/ICITO à WTO e outras disposições transitórias para evitar duplicações de órgãos e procedimentos (GATT Focus, final issue n. 113, de dezembro de 1994). (A Transformação do GATT na Organização Mundial do Comércio. In CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Arminta de Azevedo. *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. Ed. LTr, São Paulo, 1998, p. 50/69.)

<sup>3</sup> Muito embora no Mercosul, no momento uma união aduaneira imperfeita, não exista, propriamente, um direito comunitário, visto que não há órgão supraestatal na instituição, alguns pontos referentes aos seus tratados pertinentes ao presente estudo serão também indicados nos capítulos de Direito Comunitário.

<sup>4</sup> Preliminarmente, Pierre Deyon assim conceitua o mercantilismo: “conjunto das teorias e das práticas de intervenção econômica que se desenvolveram na Europa moderna desde a metade do século XV.” (Ob. cit., p. 11/12)

Liberal Clássico, a intervenção econômica passou a ser vista como desnecessária e indevida. As forças do mercado, através da livre concorrência, levada à sua interpretação mais extrema, garantiriam o desenvolvimento e a manutenção do sistema capitalista.

Contudo, no século XX, restou evidente a incapacidade da livre concorrência absoluta, atingida através do afastamento do Estado da ordem econômica, de garantir efetividade a outros valores que então estavam surgindo, tais como os direitos sociais. A própria manutenção do sistema capitalista pressupõe a existência de mercados consumidores, os quais não existem se não houver um mínimo de desenvolvimento econômico e social, o que não poderia ser conseguido sem a ajuda estatal, principalmente, nos países subdesenvolvidos.

Nesse contexto, temos duas formas básicas de atuação estatal na atividade econômica – a direta e a indireta. No primeiro caso, o Estado assume o papel de agente econômico, isto é, atua como se fosse um empresário privado, produzindo, ele mesmo, bens e serviços (públicos ou não)<sup>5</sup>. No segundo caso, O Estado

apenas normatiza e regula a economia, sem que haja atuação ou intervenção direta<sup>6</sup>. No campo da normatização, está a fiscalização, e no da regulação, estão o planejamento e o incentivo<sup>7</sup>.

Assim, os subsídios, sob o ponto de vista do direito econômico, são formas de incentivo da atividade econômica, sendo, por conseguinte, atuação estatal indireta. Para a melhor compreensão do que são eles, é ideal analisá-los também do ponto de vista financeiro, porquanto neste é encontrada a forma de realização das funções econômicas do Estado. Com efeito, sob esse enfoque, os subsídios, normalmente<sup>8</sup>, representam despesas públicas, que surgem devido a necessidades econômicas coletivas públicas relativas<sup>9</sup>, isto é, necessidade de incentivos econômicos (bem escasso), de determinado setor da sociedade, no qual o Estado tem um justificado interesse constitucional ou legal, sem que esse incentivo seja imprescindível à satisfação ou existência do próprio Estado.

Portanto, tratando-se de despesa pública, os subsídios devem estar previstos em lei<sup>10</sup> e em conformidade com os princípios econômi-

<sup>5</sup> A Constituição Federal brasileira de 1988 prevê a intervenção direta no art. 173 e a atuação direta estatal (serviços públicos) no art. 175.

<sup>6</sup> Eros Roberto Grau diferencia o termo *atuação de intervenção* estatal. A atividade econômica estatal poderia ser classificada em sentido estrito e em sentido amplo. No primeiro caso, estaríamos diante de uma *intervenção estatal*, pois o termo *intervenção* denota uma atividade dentro do campo de titularidade de outrem, no caso, do setor privado. À *intervenção* corresponderia a atuação direta na economia. Por outro lado, a atividade econômica estatal em sentido amplo abrangeria os serviços públicos e a atuação normativa e reguladora do Estado. Muito embora os serviços públicos sejam forma de atuação direta na atividade econômica, não representariam uma *intervenção*, pois a titularidade da atividade é do próprio Estado, conforme indicam as constituições. (Ob. cit., p. 122/135)

<sup>7</sup> A atuação estatal indireta está prevista no art. 174 da Constituição Federal brasileira de 1988, nos seguintes termos: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

<sup>8</sup> Referimo-nos “normalmente”, pois no capítulo 1.1.3, trataremos dos subsídios impróprios.

<sup>9</sup> Conforme classificação de Walter Paldes Valério. Ob. cit., p. 15/21.

<sup>10</sup> Com efeito, a Constituição Federal brasileira de 1988, no art. 165, ao tratar dos orçamentos, exige no parágrafo 6º que o projeto de lei orçamentária seja acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente, entre outros benefícios, dos subsídios.

cos constitucionais, para ser, obviamente do ponto de vista interno, legais e constitucionais. Por outro lado, o beneficiário usufrui o incentivo através do ato administrativo que realiza a despesa, o que reitera a necessidade de previsão legal.

Com isso, buscamos formular um conceito de subsídio que o identifica como uma forma de atuação econômica estatal indireta, voltada para o fomento ou incentivo de determinada atividade econômica nacional, realizada, normalmente, através de ato administrativo que autoriza determinada despesa pública não reembolsável ao Estado pelo beneficiário do incentivo.

Entretanto, os subsídios não são a única forma de incentivo da atividade econômica, ao lado deles estão outros benefícios, tais como os creditícios, os financeiros, os fiscais. O que difere um subsídio de outro benefício é o fato de que os subsídios não são reembolsáveis<sup>11</sup>.

Todavia, os acordos internacionais denominam *subsídios* também os outros benefícios, mesmo que reembolsáveis. Assim, para fins de análise, podemos dizer que há o conceito *stricto sensu* e outro *lato sensu* de subsídios, este abrangendo todos os benefícios dados pelo Estado à indústria nacional, mesmo que reembolsáveis.

Do ponto de vista do comércio internacional, os subsídios *lato sensu*, que influenciam as exportações, serão, fundamentalmente, o objeto de estudo. Assim, chamaremos, a partir de agora, apenas de subsídios, os subsídios *lato sensu*.

<sup>11</sup> Nesse sentido também entende Luis Cabral de Moncada, *in verbis*: “O subsídio é uma expressão genérica que abrange um conjunto diversificado de providências administrativas possuindo, no entanto, um denominador comum: o tratar-se de atribuições pecuniárias unilaterais a favor dos sujeitos econômicos sem que estes fiquem constituídos da obrigação de reembolso. É por essa razão que também se chama o subsídio subvenção, participação, prêmio, etc. É, pois, em atenção ao critério da natureza jurídica da situação do beneficiário, consoante este fique ou não sujeito ao reembolso (a fundo perdido) que se distingue o subsídio das restantes formas de fomento econômico.” (Ob. cit., p. 356)

<sup>12</sup> Esse ponto será analisado no item 1.2.3 do presente trabalho.

Mister mencionar que a legalidade e constitucionalidade ou não, no plano nacional, do subsídio não irá interessar ao direito internacional, o qual está preocupado em remediar tais incentivos, para proteger a livre concorrência internacional. Pode-se dizer apenas que a ilegalidade do subsídio representa mais um instrumento pelo prejudicado de combate ao mesmo, no próprio território do país importador.

### 1.1.1. Espécies

Podemos classificar os subsídios sob vários critérios. Contudo, aqui escolhemos dois enfoques que interessam ao comércio internacional. O primeiro deles diz respeito às suas formas de fornecimento, e o segundo refere-se à permissão ou não do subsídio, frente às normas da OMC.

Com efeito, quanto à forma de fornecimento do subsídio, ela pode ser *direta* ou *indireta*. A forma direta representa uma despesa do Estado, trata-se de uma prestação positiva estatal. Já a forma indireta consubstancia-se numa renúncia de receita por parte do Estado, isto é, trata-se de uma prestação negativa. Esse é um critério eminentemente financeiro, que permite abrir uma discussão pertinente a respeito das isenções serem ou não subsídios<sup>12</sup>.

A segunda classificação baseia-se nos critérios postos pela OMC, para permitir ou não subsídios. Define os subsídios como *acionáveis* e *não acionáveis*.

Enquadram-se na primeira hipótese aqueles subsídios específicos, isto é, para os quais

a autoridade outorgante ou a legislação limitam, explicitamente, o seu acesso à apenas uma empresa, um grupo de empresas, um ramo específico de produção, uma área geográfica ou estejam vinculados ao desempenho do exportador ou ao uso de produtos domésticos<sup>13</sup>.

São considerados subsídios não acionáveis, portanto, aqueles que não forem específicos, os quais estejam baseados em disposições que, objetivamente, estabeleçam critérios para acesso geral ao benefício e deixem claro o montante a ser recebido.

Ligia Maura Costa<sup>14</sup>, basicamente sob esse mesmo critério, apresenta classificação um pouco distinta. Segundo a jurista, os subsídios seriam *proibidos, recorríveis e irreccorríveis* ou *permitidos*. Subsídios proibidos seriam aqueles baseados no desempenho da exportação e no uso de produtos domésticos. Seriam *recorríveis*, os subsídios que podem gerar efeitos prejudiciais à concorrência<sup>15</sup>. Por fim, a autora indica os subsídios *irreccorríveis* ou *permitidos*, os quais não restringem o comércio ou distorcem seus efeitos, isto é, aqueles não específicos e os específicos, mas voltados às atividades de pesquisa, manutenção do meio ambiente ou desenvolvimento de determinadas regiões.

Essa classificação deriva do disposto pela OMC, contudo enfatiza alguns critérios que, no nosso entender, não são úteis. Os possíveis efeitos danosos à livre concorrência, so-

mente podem ser constatados, após uma análise profunda do subsídio concedido. Nesse sentido, *a priori*, não seria pertinente classificar de *irreccorrível* um subsídio, quando para classificá-lo, é necessário justamente recorrer dele.

Pela análise das espécies, percebemos que nem todos os subsídios são passíveis de gerar medidas compensatórias, ou melhor, nem todos os subsídios são vedados no âmbito internacional.

### 1.1.2. Isenções e subsídios impróprios

Conforme mencionado, há subsídios que podem ser, indiretamente, concedidos, isto é, sem que o governo tenha uma despesa pública. Nessas hipóteses, há uma renúncia de receita pelo poder público, que ocorre através de isenções<sup>16</sup>. Esses são os subsídios que chamaremos de impróprios.

Todavia, nem tudo o que chamamos de isenções podem ser consideradas subsídios impróprios.

*Não serão verdadeiras isenções fiscais aquelas renúncias a receitas fiscais que nada mais representem do que uma delimitação negativa da hipótese de incidência tributária. Isso ocorre, quando o fundamento da renúncia fiscal estiver na justiça distributiva,*

<sup>13</sup> Essa mesma definição pode ser encontrada nos arts. 5º e 6º do Decreto 1.751/95, que regulamentou a Lei n. 9.019/95, a qual dispõe sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo Antidumping e no de Subsídios e Direitos Compensatórios da OMC.

<sup>14</sup> Ob. cit. p. 88.

<sup>15</sup> Assim leciona a autora: "Esse tipo de subsídio não é, necessariamente, prejudicial, mas pode sê-lo em algumas circunstâncias. Nenhum País-Membro deve utilizar essa categoria de subsídio para comprometer os interesses de um outro Membro, isto é, prejudicar a indústria doméstica desse país ou causar-lhe um sério prejuízo." (Ob. cit. p. 88)

<sup>16</sup> Mister mencionar que aqui também estão enquadradas as imunidades, consideradas como isenções previstas no próprio texto constitucional.

*traduzida na capacidade contributiva. Nesse sentido, quando o legislador ou constituinte renuncia a determinada receita tributária, mas o fundamento dessa renúncia estiver na consideração feita da capacidade do contribuinte de suportar aquele ônus, isto é, na capacidade contributiva do mesmo, não estaremos diante de uma isenção fiscal (subsídio impróprio)*<sup>17</sup>.

Nessa linha está o *princípio do destino*, segundo o qual o país não deve exportar tributo, sob pena de o consumidor final pagar mais do que se tivesse comprado produto do seu país, afinal estaria exposto ao duplo pagamento de tributo. Isso nada mais representa do que a preocupação com capacidade contributiva<sup>18</sup>.

Assim, poderiam ser considerados subsídios, no caso, impróprios, as verdadeiras isenções fiscais, as quais não representam delimitações negativas da hipótese de incidência, derivadas da observância da capacidade contributiva do beneficiado, em atendimento à justiça distributiva.

### 1.1.3. Disciplina no GATT e na OMC

O art. VI do GATT/47 era destinado às matérias referentes ao *dumping* e às medidas compensatórias, referentes aos subsídios. No item 3 do referido artigo, havia a definição de subsídio, o qual era compreendido como qualquer benefício, direto ou indireto, sobre a manufatura, produção ou exportação do produto

<sup>17</sup> "É mérito de Klaus Vogel ter desenvolvido em 1977 e de Klaus Tipke ter complementado uma Metodologia jurídica de distinção entre as isenções tributárias e as *delimitações negativas da hipótese de incidência*. Vogel descobriu que o critério decisivo de distinção estaria na finalidade de tais normas: enquanto as isenções tributárias são normas de finalidade fiscal e as *delimitações negativas da hipótese de incidência* são normas de finalidade extrafiscal. A distinção entre normas de finalidade fiscal (isenções) e normas de finalidade extrafiscal (*delimitações negativas da hipótese de incidência*), por sua vez é um *processo hermenêutico teleológico* (VOGEL, Klaus, "Die Abschichtung von Rechtsfolgen im Steuerrecht", StuW 2/1977, p. 106 e ss.), baseado no qual ele desenvolveu sua "estratificação objetiva segundo a função". Segundo tal teoria a tarefa comum a todas as leis tributárias é arrecadar recursos, ou pelo menos dar condições, para a cobertura das necessidades financeiras do Estado. Vogel percebeu que, além dessa função arrecadatória, as normas tributárias teriam também (1) a função de repartição da necessidade financeira segundo critérios de justiça distributiva (*função distributiva*) ou (2) a função de perseguir determinadas finalidades político econômicas (*função dirigista*). Vogel conclui então que a base para a "estratificação objetiva" teria de ser aquela norma que dentre as possibilidades a serem examinadas de alguma forma se deixa compreender como reprodução da *justiça distributiva*. Trata-se daquela justiça aristotélica que segundo Norbert Horn "contempla a comunidade. Ela ordena que todos seja tratados igualmente, trabalha geometricamente" (HORN, Norbert, "Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie", Heidelberg, C.F. Müller, 1996, p. 141.), ou seja, que sejam tratados os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade." (Douglas Yamachita. Ob. cit.)

<sup>18</sup> Esse princípio pode ser identificado no art. 4º, II B do Decreto 1.751/95, que dispõe: "Art. 4º. Para os fins deste Decreto, considera-se que existe subsídio quando é conferido um benefício em função das hipóteses a seguir:

...

II - haja contribuição financeira por um governo ou órgão público, no interior do território do país exportador, denominado a partir daqui 'governo', nos casos em que:

...

b) sejam perdoadas ou deixem de ser recolhidas receitas públicas devidas (incentivos fiscais, entre outros), não sendo consideradas subsídios as isenções, em favor dos produtos destinados à exportação, de impostos ou taxas habitualmente aplicados ao produto similar quando destinado ao consumo interno, nem a devolução ou abono de tais impostos ou taxas, desde que o valor não exceda os totais devidos, de acordo com o art. XVI do GATT/94 e os Anexos I a III do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias;"

exportado, incluindo qualquer benefício ao transporte de um produto particular<sup>19</sup>. Caso o subsídio submisso a nesses casos, seria possível a aplicação de medidas compensatórias, se houvesse também comprovação de dano à indústria nacional.

*O art. XVI do GATT/47, na Seção A, também tratava de subsídios, adicionando ao seu conceito qualquer forma de sustentação de renda ou preço, destinada a aumentar exportação de qualquer produto ou a reduzir a importação dentro de seu território. O Estado deveria notificar os outros signatários, explicando o montante do subsídio e sua necessidade. Interessante salientar que nesse artigo, a Seção A refere-se aos subsídios em geral (Subsidies in General), para os quais o tratado exigia a notificação. Contudo, a Seção B do mesmo artigo, referia-se aos subsídios exportados, estes objeto de medidas compensatórias na forma do art. VI do tratado.*

Em 1979 foi feita a Rodada Tóquio, na qual foi elaborado um Código de Subsídios, que alargou o conceito do mesmo e previu sistema de consulta e resolução de controvérsias. Nesse período, não houve uma larga aceitação pelos países do código, considerando que somente 24 assinaram-no<sup>20</sup>.

Já no cenário da OMC, foi feito um novo código de subsídios, na Rodada Uruguai, em 1994. Contrariamente ao que ocorreu na Rodada Tóquio, a todos os países membros da OMC esse novo código passou a ser aplicável.

A principal inovação trazida por ele foi uma definição mais clara, no próprio texto, do conceito de subsídio. Conforme o art. 1º haverá subsídio quando (1) houver contribuição financeira por um governo ou órgão público no interior do território membro, como, por exemplo, transferência direta ou potencial, de recursos governamentais, renúncia fiscal, fornecimento de bens e serviços, exceto os de infra-estrutura, etc; **ou** houver qualquer forma de sustentação de preços, no sentido do art. XVI do GATT 94; e com isso configure vantagem.

#### 1.1.4. Disciplina no Direito Interno

No Brasil, a Lei n. 9.019 de 30 de março de 1995 dispõe sobre os direitos previstos no Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias. O Decreto n. 1.751/95 regulou essa lei, praticamente mantendo os mesmos termos do Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias vigentes na OMC.

<sup>19</sup> “3. No countervailing duty shall be levied on any product of the territory of any contracting party imported into the territory of another contracting party in excess of an amount equal to the estimated bounty or subsidy determined to have been granted, directly or indirectly, on the manufacture, production or export of such product in the country of origin or exportation, including any special subsidy to the transportation of a particular product...”

<sup>20</sup> Cf. Welber Barral. *Subsídios e Medidas Compensatórias na OMC. In Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. Ob. cit. p. 373.

A definição de subsídio está no art. 4º do referido decreto<sup>21</sup>. Contudo, seguindo a classificação da OMC, nem tudo o que for enquadrado como subsídio é vedado. Serão acionáveis, somente os subsídios específicos (a determinada empresa, grupo de empresas, determinada região, etc). Não serão acionáveis aqueles destinados a fomentar pesquisa, desenvolvimento de região pobre, conforme critérios objetivos postos em lei, e os destinados a promover adaptações em instalações visando cumprir exigências que visem proteção ambiental.

Podemos dizer que os subsídios concedidos aos *componentes* de produto importado (*upstream subsidies*) podem ser acionáveis, mas não o serão aqueles concedidos de forma generalizada (*general available subsidies*).

#### 1.1.6. Disciplina no Direito Comunitário

Ainda na Comunidade Econômica Europeia – CEE, já havia ampla normatização, regulando a concessão de subsídios, a qual praticamente permanece vigendo. O sistema europeu considerava subsídio qualquer benefício à exportação concedido no país de origem, direta ou indiretamente, à produção de mercadoria que vá circular pelo território da Comunidade (art. 3º, nº 1º, do Regulamento nº 2.176, de 1984). A CEE possuía uma lista de subsídios sujeitos a medidas compensatórias, sem incluir os subsídios concedidos aos *componentes* do produto importado (*upstream subsidies*), mas abrangendo aqueles concedidos de forma generalizada (*general available subsidies*)<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> “Para os fins deste Decreto, considera-se que existe *subsídio* quando é conferido um benefício em função das hipóteses a seguir:

- I - haja, no país exportador, qualquer forma de sustentação de renda ou de preços que, direta ou indiretamente, contribua para aumentar exportações ou reduzir importações de qualquer produto; ou
- II - haja contribuição financeira por um *governo ou órgão público*, no interior do território do país exportador, denominado a partir daqui ‘governo’, nos casos em que:
  - a) a prática do governo implique transferência direta de fundos (doações, empréstimos, aportes de capital, entre outros) ou potenciais transferências diretas de fundos ou obrigações (garantias de empréstimos, entre outros); ou
  - b) sejam perdoadas ou *deixem de ser recolhidas receitas públicas devidas (incentivos fiscais, entre outros)*, não sendo consideradas como subsídios as isenções, em favor dos produtos destinados à exportação, de impostos ou taxas habitualmente aplicados ao produto similar quando destinado ao consumo interno, nem a devolução ou abono de tais impostos ou taxas, desde que o valor não exceda os totais devidos, de acordo com o art. XVI do GATT/1994 e os Anexos I a III do Acordo Sobre Subsídios e Medidas Compensatórias; ou
  - c) o governo forneça bens ou serviços além daqueles destinados à infra-estrutura geral, ou quando adquira bens; ou
  - d) o governo faça pagamentos a um mecanismo de fundo, ou instrua ou confie à entidade privada a realizar uma ou mais das funções descritas nas alíneas anteriores, as quais seriam normalmente incumbência do governo, e cuja atuação não difira, de modo significativo, da prática habitualmente seguida pelos governos.

<sup>22</sup> Interessante mencionar que, nos Estados Unidos, em 1984, uma Lei de Tarifas e Comércio (*Trade and Tariffs Act*) veio determinar que o cálculo do montante dos subsídios apurados deve incluir também aqueles concedidos aos *componentes* do produto importado (*upstream subsidies*). Prosseguindo nesse mesmo alargamento do conceito de subsídio, os Estados Unidos passaram a considerar, a partir de 1988, também como subsídio sujeito às medidas compensatórias, aqueles concedidos de forma generalizada (*general available subsidies*)

Com efeito, o conceito de subsídio hoje na União Européia é bastante amplo, pois, praticamente, qualquer auxílio estatal é considerado subsídio<sup>23</sup>, sendo vedados aqueles que afetem as trocas comerciais entre Estados-Membros, concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, falseando a concorrência ou favorecendo certas empresas ou certas produções<sup>24</sup>. É também requisito para que o subsídio seja vedado a especificidade do mesmo, de maneira semelhante a OMC<sup>25</sup>.

Excepcionando esse amplo conceito, o art. 92 do Tratado de Roma, permite subsídios que tenham por fim o desenvolvimento de áreas com nível de vida anormalmente baixo, onde exista grave situação de subemprego, a realização de projetos de interesse comum dos Estados-Membros, os destinados a promover a cultura e a conservação do patrimônio histórico, etc. Quaisquer outros subsídios podem ser considerados compatíveis, através de proposta da Comissão, apresentada ao Conselho, que preferirá uma decisão a respeito por maioria qualificada<sup>26</sup>.

Em relação aos países externos à União, as regras da OMC são aplicáveis.

## 1.2. As medidas compensatórias

### 1.2.1. Conceito e natureza jurídica

Identificada a existência de subsídio acionável, será possível a aplicação de medidas compensatórias<sup>27</sup> pelo país importador prejudicado, que visam re-equilibrar a concorrência falseada.

Alguns questionam se as medidas compensatórias teriam natureza jurídica tributária. Com efeito, dispõe o art. 3º do Código Tributário Nacional que tributo é toda a prestação pecuniária compulsória, em moeda ou em valor que nela se possa exprimir, que não se destina à sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Assim, a primeira observação a ser feita diz respeito à compulsoriedade. As medidas compensatórias não são compulsórias, pois há possibilidade de não serem cobradas, caso for do interesse do Estado importador. Nesse sentido, podemos dizer que também não são aplicadas por ato administrativo vinculado, pois nestes, a análise de oportunidade e conveniência não pode ser feita pelo administrador, o qual, deve, necessariamente, aplicar o disposto na

lei. A aplicação de medidas compensatórias é ato administrativo discricionário, não estado sequer o Estado importador (lesado) obrigado a aplicar as medidas.

Conforme o art. 151, I da CF/88 e do art. 10 do CTN, os tributos devem ser gerais e uniformes no território nacional. Entretanto, isso também não ocorre com as medidas compensatórias, pois é possível aplicar diferentes montantes a diferentes casos, apenas observando o limite máximo, que é o valor do subsídio.

Assim, resta claro que as medidas compensatórias não têm natureza tributária.

Por outro lado, poder-se-ia questionar se não seriam, então, sanção por ato ilícito. Todavia, pela mesma razão de ser a aplicação da medida ato discricionário do Estado importador, não seria possível aceitar que sua natureza jurídica seja essa. Afinal, a sanção sempre deve ser aplicada pelo Estado frente a atos ilícitos.

Com efeito, seguindo a posição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, José Ferreira da Rosa e Maura Grinberg<sup>28</sup>, temos que as medidas compensatórias são imposições paratarifárias de direito econômico internacional, que visam equilibrar o mercado interno atingido pelo produto importado subsidiado.

### 1.2.2. Disciplina no GATT e na OMC

O GATT/47 previa a aplicação de medidas compensatórias no art. VI. Conforme item 3 desse artigo, as medidas compensatórias não poderiam exceder o montante do subsídio concedido, princípio esse lógico, considerando que

o objetivo não é penalizar o Estado que forneceu o subsídio, mas apenas equilibrar as relações comerciais afetadas pelo benefício. Seguindo o princípio do destino, também não poderiam ser objeto de medidas compensatórias as isenções ou abonos de tributos incidentes sobre produto igual ao exportado, quando destinado para o mercado interno.

O dano, elemento essencial para a aplicação de medidas compensatórias, era compreendido como a ameaça ou efetivo dano à indústria nacional ou o retardamento de seu estabelecimento, devido ao subsídio fornecido ao produto importado por aquele determinado país.

Caso a demora pudesse causar dano de difícil reparação, era possível aplicar medidas compensatórias provisórias, desde que imediatamente reportadas aos Estados contratantes, e esses não rejeitassem as medidas.

O Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias do GATT/94 não alterou, profundamente, o que já estava disposto no GATT/47, mas apresenta, em geral, normas mais completas e rígidas, no caso da aplicação de medidas compensatórias provisórias.

No que tange ao requisito do dano, o acordo estabelece que, mesmo havendo dano à indústria doméstica do país importador, tratando-se de produto oriundo de país em desenvolvimento, se o subsídio representar até 3%, *ad valorem*, do preço do produto importado<sup>29</sup> não será possível aplicar medidas compensatórias. Esse benefício aos países em desenvolvimento perdurará por 8 anos da data da assinatura do acordo, esgotando-se, portanto, em 2002.

<sup>23</sup> Massimo Merolla. Ob. cit. p. 7

<sup>24</sup> Cf. Umberto Celli Júnior. Ob. cit. p. 221/222.

<sup>25</sup> “Para que recaiam na alçada da proibição do art. 92, n. 1, os auxílios do Estado devem favorecer especificamente certas empresas ou produções (sectores produtivos). Significa isto que se deve distinguir ajudas chamadas ‘medidas gerais’, isto é, das intervenções dos poderes públicos com vocação geral que se aplicam de modo uniforme à economia de um país no seu conjunto, como são, em regra, os casos do normativos fiscais gerais, das leis de segurança social ou das medidas de política monetária. O elemento distintivo dos auxílios estatais é-nos dado pelo seu carácter selectivo e, as mais das vezes, discriminatório. Tendem ainda a ser de aplicação temporária, ao contrário das ‘medidas gerais’ que têm um carácter duradouro. Contudo, a fronteira entre ambas não é, na prática, simples de determinar.” (António Carlos Santos. Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leito Marques. Ob. cit., p. 418)

<sup>26</sup> A esse respeito, vide Luís Cabral de Moncada. Ob. cit. p. 341.

<sup>27</sup> Preferimos nos referir a *medidas* compensatórias ao invés de *direitos* compensatórios, seguindo os termos da OMC (*countervailing measures*), o que não encontra desconformidade com a nossa legislação, que ora as denominam *medidas* compensatórias (Decreto n. 1.751/95), ora *direitos* compensatórios (Lei n. 9.019/95).

<sup>28</sup> “É possível dizer, em suma, que os direitos *anti-dumping* e compensatórios constituem conteúdo de normas de direito econômico internacional, que impõe ao produto exportado/importado condições de acesso ao Mercado do país importador, que podem ser o pagamento dos direitos ou a assunção de obrigações por parte dos exportadores de eliminação do *dumping* ou do subsídio, tudo isso de modo que a comercialização seja condizente com o interesse global da economia.” (Ob. cit. p. 95)

<sup>29</sup> No cálculo do montante do subsídio são descontados os gastos necessários para a aquisição do benefício e os tributos aplicados para neutralizar o subsídio.

Conforme o acordo, indústria doméstica é o conjunto de produtores nacionais do produto similar ou como aqueles dentre eles cuja produção conjunta constitua a maior parte da produção nacional total desse produto. Duas exceções são feitas a esse conceito. A primeira é na hipótese dos produtores estarem vinculados ao exportador ou ao importador do produto. Nesse caso, será considerada indústria doméstica os demais produtores. A segunda exceção refere-se à hipótese de concentração de importações de produtos subsidiados causando dano a uma parte específica do mercado. A solução aqui é considerar indústria doméstica somente aquele mercado, dividindo o território nacional, para fins de aplicação de medidas compensatórias.

*Contudo, a alteração sensível entre o GATT/47 e o Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC é percebida nos requisitos de aplicação de medidas compensatórias provisórias. Nos termos atuais, elas somente poderão ser aplicadas, após sessenta dias do início das investigações, se forem determinadas, preliminarmente, a existência de subsídio e do dano à indústria nacional e se as medidas foram imprescindíveis, para evitar danos suplementares à indústria nacional. Nesse caso, podem ser exigidas as medidas compensatórias provisórias ou pode ser feito depósito em dinheiro ou apresentada fiança no valor do subsídio dado. O prazo máximo de duração dessas medidas é de 4 meses. Já a medida compensatória definitiva não pode ultrapassar o prazo de 5 anos, a contar da data da sua aplicação.*

Todos os procedimentos de investigação da existência de subsídios e a posterior aplicação de medidas compensatórias são da competência do país importador. Contudo, a OMC exige que sejam observados princípios, hoje comuns ao direito processual, tais como possibilidade de defesa, publicidade dos atos e possibilidade de recurso. Esgotadas as vias domésticas, pode o conflito ser levado a OMC.

### 1.2.2. Disciplina no Direito Interno

*Conforme mencionado, no Brasil, a Lei n. 9.019 de 30 de março de 1995 dispõe sobre os direitos previstos no Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias. O Decreto n. 1.751/95 regulou essa lei, praticamente mantendo os mesmos termos do Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias vigentes na OMC. Contudo, importante mencionar que a Câmara de Comércio Exterior – CAMEX exerce papel fundamental no país na aplicação e fiscalização das medidas compensatórias.*

### 1.2.4. Disciplina no Direito Comunitário

A aplicação de medidas compensatórias na União Européia se assemelha à forma prevista na OMC. Contudo existem algumas especificidades que é interessantes salientar.

Medidas compensatórias provisórias podem ser adotadas pela Comissão, desde que, da análise preliminar dos fatos (1) reste comprovada a existência de auxílio estatal, (2) que haja elementos que comprovem o prejuízo ao país importador e (3) que a medida seja urgente. A decisão da Comissão pode ser revista pelo Conselho.

Confirmados os fatos, a Comissão remete ao Conselho uma proposta de medida compensatória definitiva, a qual é aplicada, através de um regulamento do Conselho.

A aplicação de medida compensatória provisória ou definitiva pode ser substituída por uma ordem de cessar a exportação ou por um acordo, através do qual, o produto exportado tem seu preço aumentado, para cobrir o montante do auxílio estatal.

Mesmo na hipótese de ter havido um acordo, substituindo uma medida compensatória provisória, apurados os fatos, é possível ao Conselho aplicar uma medida compensatória definitiva.

## II PARTE - As medidas de salvaguarda

### 2.1. Conceito

As medidas de salvaguarda, diferentemente das medidas compensatórias, não visam recuperar o equilíbrio entre as trocas comerciais entre dois países, devido a uma má prática comercial. As medidas de salvaguarda visam proteger determinada área de produção nacional, afetada por um aumento significativo no volume de importações de determinado produto, que esteja gerando danos a indústria nacional ou retardando a implantação dessa produção no país importador. Isso é feito, normalmente, pela redução ou eliminação da importação.

Note-se que esse aumento das importações, passível de gerar medidas de salvaguarda, não decorre da existência de subsídio ou dumping. Há uma prática comercial justa que, mesmo assim, gera dano à indústria do país importador, porque esse não consegue competir<sup>30</sup>. Portanto, poderíamos dizer que o produto importado respeita as regras de mercado, mas pode gerar danos a uma indústria nacional por ser mais competitivo, seja por ter melhor preço e/ou qualidade.

Isso justifica o caráter excepcional e temporário das salvaguardas, pois na verdade são medidas protecionistas, aparentemente contrárias ao princípio da livre concorrência.

Contudo, há um duplo fundamento para a aplicação dessas medidas. O primeiro é que o aumento das importações, normalmente, se deve à observância dos tratados referentes ao comércio, que tendem a facilitar as transferências entre os países. Ocorre que isso pode se tornar injusto, pois permite que, em alguns casos, poucos produtores beneficiem-se desses acordos em detrimento de outros que ainda não estão suficientemente preparados para competir. O segundo fundamento é que não é interessante à livre concorrência permitir que poucos atuem no mercado. Assim, o fim último das medidas de salvaguarda, embora tenham caráter protecionista, é justamente a manutenção da livre concorrência<sup>31</sup>.

### 2.2. Disciplina no GATT e na OMC

O GATT/47 previa a aplicação das medidas de salvaguarda no art. XIX, sob o nome de *Ação Emergencial sobre Importações de Determinados Produtos (Emergency Action on Imports of Particular Products)*.

Ponto característicos das salvaguardas é que elas não poderiam ser discriminatórias, isto é, não poderia haver a suspensão da importação de determinado produto apenas em relação a um país signatário, mas deveria ser dos produtos de todos países da mesma forma. Essa regra fez com que as medidas de salvaguarda fossem pouco utilizadas. Os países preferiam concluir acordos indústria a indústria, para buscar resolver o problema. Eram os chamados *acordos de restrição voluntários*

<sup>30</sup> Nesse sentido, Georde Holliday ensina: "Safeguards are distinct from other trade remedy measures, such as those aimed at dumping, subsidies and other unfair trade practices. While the latter are designed to counter existing distortions to efficient trade patterns, safeguards are used to impose restrictions on fairly traded goods." (Ob. cit., p. 156)

<sup>31</sup> Nesse sentido, vide George Holliday. Ob. cit. p. 156.

(*Voluntary Restraint Agreements – VRAs*). Isso gerou um descontrole na aplicação das medidas e uma prática comercial claramente discriminatória.

Além disso, o GATT/47 não previa período máximo de duração das medidas, o que acabou por desvirtuá-las.

Na Rodada Uruguai, quando da assinatura do Acordo sobre Medidas de Salvaguarda (*Agreement on Safeguards*) a solução para essa situação foi buscada. O princípio da não discriminação foi mantido, de sorte que a medida é aplicável a um produto, independentemente do país de origem. Contudo, poderá haver a aplicação de medidas de salvaguarda, seletivamente, se for provado pelo país importador que as importações de alguns membros estão muito além das proporções razoáveis.

Outra inovação do acordo foi o estabelecimento de um prazo para as medidas. As medidas devem durar o tempo necessário para permitir os ajustes necessários na indústria nacional e/ou para remediar os danos. Entretanto, esse período não pode ultrapassar os quatro anos, prorrogáveis por, no máximo, mais quatro. De qualquer forma, contando com o período de aplicação das medidas provisórias e prorrogação, esse prazo de oito anos deve ser observado.

Também é prevista no acordo a chamada *Cláusula da Paz*, que tem por fim evitar que o país que aplicou as medidas sofra retaliações. Contudo, essa proteção somente pode perdurar por três anos. É mister salientar que esse período é menor do que o permitido para a duração das medidas. Portanto, podemos perceber que o próprio acordo estimula que as medidas não durem por mais do que três anos, demonstrando sua maior preocupação em afastar protecionismos do que permitir que as indústrias nacionais tornem-se igualmente competitivas.

Finalmente, as salvaguardas também não podem restringir as importações abaixo do nível médio dos últimos três anos. Essa regra retrata a rigidez que o acordo trouxe na aplicação das salvaguardas. Na verdade, mais uma vez, implica uma baixa da efetividade das medidas, no que tange a possibilidade de permitir que a indústria nacional faça os ajustes necessários, para que consiga competir. Afinal, as importações continuarão, e na média calculada sobre um exíguo período, no qual as chances de as importações terem sido altas (gerando inclusive o pedido das medidas) são muito grandes.

### 2.3. Disciplina no Direito Interno

As medidas de salvaguardas estão reguladas no Brasil pelo Decreto n. 1.488, de 12 de maio de 1995.

Conforme esse decreto, compete ao Ministro da Indústria e Comércio, juntamente com o Ministro da Fazenda, aplicar as medidas de salvaguarda.

Conforme o art. 3º do decreto, estão legitimados a pedir a aplicação das medidas a Secretaria de Comércio Exterior – SECEX, demais órgãos e entidades interessadas do Governo Federal, bem como empresas ou associações de empresas que produzam o produto objeto da medida requerida.

Quanto ao conteúdo do decreto, da mesma forma que ocorre com o Decreto n. 1.751/95, referente aos subsídios e medidas compensatórias, ele praticamente apenas internaliza as disposições do Acordo sobre Salvaguardas da OMC.

### 2.4. Disciplina no Direito Comunitário

O Tratado de Assunção, o qual criou o Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, prevê a aplicação de medidas de salvaguarda a serem

aplicáveis aos produtos constantes das listas de produtos a terem tarifas reduzidas<sup>32</sup>.

## Conclusão

A livre concorrência é elemento essencial do sistema capitalista, vigente na imensa maioria dos países. Essa base fundamental pode ser afetada de diversas maneiras. Duas das principais formas são os subsídios e o crescimento sensível das importações de determinado produto, de sorte a prejudicar seriamente a indústria nacional.

As medidas que visam equilibrar a concorrência afetada são, respectivamente, as medidas compensatórias e as medidas de salvaguarda.

É importante ressaltar que nem todos os subsídios são vedados pelo Direito Internacional (GATT/47 e OMC), pelo Direito Interno ou pelo Direito Comunitário. Em geral, somente aqueles que forem específicos, dirigidos à determinada empresa, grupo de empresas ou concedidos com base no resultado das exportações, etc, é que são vedados e, portanto, passíveis de sofrer as medidas compensatórias. Além disso, nem sempre os subsídios representam uma prestação positiva do Estado, isto é, uma despesa pública. Também são considerados subsídios (impróprios) as verdadeiras isenções fiscais, as quais não tem como fundamento apenas uma delimitação da capacidade contributiva, mas representam simplesmente um benefício fiscal, sem ter por base qualquer princípio de justiça distributiva.

As medidas compensatórias, por sua vez, são imposições para-tarifárias de direito econômico internacional que visam apenas

reequilibrar a livre concorrência, falseada pela concessão de subsídio vedado. Note-se que não basta haver a comprovação de existência de subsídio acionável, para que haja a imposição de medidas compensatórias, é imprescindível que haja também prova do dano à indústria nacional e nexo de causalidade entre este e o benefício concedido.

Por outro lado, as medidas de salvaguarda não têm origem numa má prática comercial, tal qual o *dumping* ou a concessão de subsídios vedados. As medidas de salvaguarda são restrições temporárias à importação de determinado produto, que vinha sendo importado em determinado volume e sob determinadas condições, de sorte a gerar um dano à indústria do país importador fabricante de produto similar.

É visível, entretanto, que o Direito Internacional voltado ao comércio, refletido na maior parte das vezes no Direito Interno e no Comunitário, vem abrindo espaço também para a proteção de outros princípios, em detrimento do da livre concorrência, exclusivamente, tais como o da proteção ambiental e o da mitigação das desigualdades sociais e econômicas nos diversos países. É possível perceber esse fato, por exemplo, nas permissões a subsídios destinados a atingir esses valores. Contudo, esse movimento é ainda lento e limitado.

## Bibliografia

BAPTISTA, Luiz Olavo. *A Organização Mundial do Comércio e suas repercussões sobre o ordenamento jurídico interno*. Federação e Centro das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP/CIESP, 1996

<sup>32</sup> Cf. Sílvia Pinheiro e Josefina Guedes. Ob. cit. p. 330

- BARRAL, Welber. *Subsídios e Medidas Compensatórias na OMC*. In CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Arminta de Azevedo. *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil*. Ed. LTr, São Paulo, 1998, p. 371/382
- CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Arminta de Azevedo. *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil*. Ed. LTr, São Paulo, 1998
- CELLI JÚNIOR, Umberto. *O controle da aplicação das regras de concorrência nos processos de integração: a experiência européia* (Tese de doutorado defendida na USP). 1997
- COSTA, Ligia Maura. *OMC – Manual Prático da Rodada Uruguai*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1996
- DEYON, Pierre. *O Mercantilismo*. Ed. Perspectiva, 1985
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; ROSA, José Del Chiaro Ferreira da; GRINBERG, Mauro. *Direitos anti-dumping e compensatórios: sua natureza jurídica e conseqüências de tal caracterização*. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v.96, outubro-dezembro, 1994, p. 86-96
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 2 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3 ed, Malheiros, São Paulo, 1997
- GUEDES, Josefina M. M. M.; PINHEIRO, Silvia M. *Anti-dumping, subsídios e medidas compensatórias*. Ed. Aduaneiras, 1996
- HOLLIDAY, George. *The Uruguay Round's Agreement on Safeguards*. In *Journal of World Trade*, volume 29, June 1995, Geneve, p. 155/160
- LALANNE, Pedro E. Fernández. *Prácticas restrictivas de comercio, competencia desleal y dumping en la integración económica centroamericana*. In *Derecho de la Integración – Revista Jurídica Latinoamericana*, v. 20,1 p. 47-77
- LEGUILLONS, Henry. *Le régime communautaire de protection contre le dumping et les subventions*. Feduci – Fondation pour L'Etude du Droit et des Usages du Commerce International, Paris, 1983
- LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. *Isenções Tributárias*. Ed. Dialética, São Paulo, 1999
- MEROLLA, Massimo. *Direito da concorrência nas Comunidades Europeias – Vol. IIB – Explicação das regras aplicáveis aos auxílios estatais – Situação em dezembro de 1996*. Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, Luxemburgo, 1997
- Ministério da Fazenda – Comissão de Política Aduaneira. *Acordos anti-dumping e de subsídios e medidas compensatórias – princípios gerais e instruções*. Rio de Janeiro, 1987
- MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Econômico*. 2 ed, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1988
- PINHEIRO, Silvia; GUEDES, Josefina. *Salvaguardas no Comércio Internacional*. In CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Arminta de Azevedo. *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil*. Ed. LTr, São Paulo, 1998, p. 330/339
- PIRES, Adílson Rodrigues. *As práticas abusivas de comércio em mercados desenvolvidos* (Tese de doutorado). 1999
- RODRIGUES, José Roberto Pernomian. *O dumping como forma de expressão do abuso do poder econômico: caracterização e conseqüências*. 1999

- SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Econômico*. 3 ed, Almedina, Coimbra, 1998
- STEWART, Terence P.; DWYER, Amy. *Sunset reviews of antidumping and Countervailing Duty Measures – US Implementation of Uruguay Round Commitments*. In *Journal of World Trade*, volume 32, October 1998, number 5, Geneve, p. 101/135
- TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na constituição*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1995
- VALÉRIO, Walter Paldes. *Programa de Direito Financeiro e Finanças*. 5. ed. Ed. Sulina, Porto Alegre, 1995.
- YAMACHITA, Douglas. *Subsídios & Isenções*. Obra no prelo.



# O Contrato de Seguro à luz do Novo Código Civil

(Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

*Voltaire Marensi*

Advogado e Professor Universitário em Brasília/DF.

O novo Código Civil, publicado no Diário Oficial da União Seção I, em 11 de janeiro de 2002, disciplina no Capítulo XV, dentro do Título VI, que cuida DAS VÁRIAS ESPÉCIES DE CONTRATO, O DO SEGURO, cujas disposições gerais, iniciam no artigo 757 e se estendem até o artigo 802 deste diploma legal.

Mudanças houve. A começar pelo risco predeterminado com a garantia de interesse legítimo do segurado. Da mesma sorte, a dicotomia entre seguro de dano e de pessoa ficou bem caracterizada, respectivamente, na seção II e III do sobredito Capítulo.

Semelhantemente ao vetusto diploma anterior, que previa no artigo 20 do parágrafo primeiro, o legislador no parágrafo único do novel diploma legal, artigo 757, determina que “somente entidade legalmente autorizada pode ser parte”, quando, a meu juízo, deveria ter dito que seu funcionamento só poderia se dar com empresa legitimada para tal fim, não carecendo da titulação acima rotulada, vale dizer, tratar a empresa seguradora como parte, pois ela sempre será na relação jurídica deste contrato, bilateral, sinalagmático, oneroso e aleatório.

A exibição da apólice ou do bilhete do seguro, assim como o pagamento do prêmio (este último – pagamento do respectivo prêmio) inovação da lei visando garantir o segurado com a simples demonstração desta prova.

Não se exige, dessarte, somente a apólice de seguro como elemento probatório. Continua, portanto, como parte integrante deste contrato, a contra- prestação do segurado como um dos requisitos indispensáveis à perfectibilidade deste tipo de negócio jurídico.

A precedência de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido, assim como o risco que originará a apólice de seguro é, também, condição de existência jurídica deste contrato.

Por outro lado, a emissão da apólice ou o bilhete de seguro permanecem na mesma sistemática da legislação anterior, vale dizer, serão nominativos, à ordem ou ao portador prevenindo-se, o seu início e fim, limite de garantia, prêmio devido, nome do segurado e beneficiário legalmente constituído por este. Aliás, o nomen iuris beneficiário expressamente mencionada no futuro diploma legal.

A restrição no seguro de pessoas diz respeito ao fato de que a apólice, ou o bilhete não podem ser ao portador.

O legislador, outrossim, tratou de prever neste diploma legal a figura do co-seguro, mas disse que a apólice deverá indicar o segurador ( líder ), que administrará o contrato e representará os demais, para todos os seus efeitos legais, retirando, dessarte, do Decreto

regulamentador Do Sistema Nacional de Seguros, Decreto-Lei, n.º 73, de 21 de novembro de 1966 introduzindo esta regra jurídica na codificação do Novo Código Civil.

A hipótese de nulidade deste contrato ficou adstrita a atos dolosos do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro, fugindo-se a perigosa denominação de atos ilícitos, pois estes são de cunho, eminentemente, dogmático de larga interpretação em sede de cobertura securitária.

De outra banda, afastando-se de decisões mais arrojadas em matéria infraconstitucional, vale dizer, as proferidas pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o legislador não confere direito à indenização ao segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, desde que ocorra o sinistro antes do pagamento. Perfilhou, neste sentido, o legislador civilista a mesmíssima orientação retrógrada adotada no parágrafo único, do artigo 12, do Decreto-Lei acima mencionado. Data venia, um retrocesso pretoriano, quando o STJ entende que havendo o cumprimento substancial da obrigação, a indenização deve ser paga ao segurado ou beneficiários, imediatamente.

O risco expirado, sem a ocorrência de sinistro não exime o segurado de pagar sua contra-prestação, impende dizer o prêmio, posto que este é condição essencial à sua obrigação.

A boa-fé e a veracidade, que tanto dizem respeito ao segurado e ao segurador são evidenciados em dispositivo isolado, a exemplo do que cuidou o legislador no Código Civil Alemão de 1900, o BGB, em sua parte geral,

notadamente no parágrafo 242.<sup>1</sup>

Igualmente, declarações inexatas ou omissão de circunstâncias, que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, acarretará perda à garantia, além da obrigação do segurado de pagar o prêmio vencido.

Da mesma sorte, a inexactidão ou omissão em declarações resultantes de má-fé do segurado, dão azo ao segurador para resolver o contrato, ou cobrar, mesmo que ocorrido o sinistro a eventual diferença do prêmio contratado.

No seguro à conta de outrem, o segurador poderá opor ao seu segurado defesas relativas ao descumprimento de normas de conclusão de contrato ou de pagamento de prêmio.<sup>2</sup>

A tipificação do agravamento do risco é, de lege lata, ditada pela forma intencional e não pela forma genérica de aumento dos riscos, ou de forma elástica estipulada, sem critérios, determinados no artigo 1.454 do Código Civil de 1916.<sup>3</sup>

A comunicação ao segurador de risco coberto é exigência preconizada, também, pelo novo Código Civil, sob pena da perda do direito à garantia, desde que ocorra prova de silêncio oriundo de má-fé do segurado.<sup>4</sup>

Faculta-se ao segurador, quer em prazo de quinze dias, quer em prazo de trinta dias a resolução do contrato caso aquele entenda, que houve agravamento do risco. No primeiro caso é preciso que o segurador dê ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato. Na outra hipótese, a eficácia da rescisão do con-

<sup>1</sup> Princípio da *treu und glauben* do direito alemão.

<sup>2</sup> Estipulação a favor de terceiro previsto no artigo 1098, do Código Civil de 1916.

<sup>3</sup> Aliás, “as maneiras” de agravamento do risco segurado é entendimento pacificado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

<sup>4</sup> Caput do art. 769, do novo Código Civil.

trato ficará condicionada à prova da notificação do segurador ao segurado, com ônus daquele visando à restituição pela diferença do prêmio.

Por outro lado, a diminuição do risco no curso do contrato não gera redução do prêmio avençado, porém, se esta redução for considerável poderá o segurado exigir a revisão do prêmio, ou, então, a própria resolução do contrato.

A perda do direito à indenização ocorrerá se o segurado deixar de participar o sinistro ao segurador, ou não tomar aquelas urgentes providências, a fim de minorar as conseqüências oriundas do sinistro.

As despesas relativas ao salvamento do bem posto em risco correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato de seguro.<sup>5</sup>

Outrossim, outra importante inovação doutrinária diz respeito a mora do segurador por ocasião do pagamento do sinistro, obrigando-o a efetivar quitação em moeda atualizada, sem prejuízo de juros moratórios, consoante vem decidindo, hodiernamente, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça.<sup>6</sup>

Por outro lado, se o risco já se expirou e mesmo assim o segurador expede a apólice de seguro ficará obrigado a pagar em dobro o prêmio convencional no respectivo contrato.

A Nova Lei assevera, que a recondução tácita deste negócio jurídico pelo mesmo prazo, mediante cláusula contratual não poderá operar mais de uma vez, sem detalhar esta situação de um modo mais minudente, data venia, com ressalva de meu entendimento.

Os agentes autorizados do segurador estão previstos em lei, assim como seus representantes para todos os atos relativos aos contratos que aenciarem.

Condicionou-se, ainda, que o segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido, salvo se convencional a reposição da coisa.<sup>7</sup>

Dessarte, na hipótese da reposição da coisa esta fica condicionada a um acordo entre as partes. Tal fato que me socorre a lembrança, permitirá nas hipóteses de seguro automóvel, por exemplo, que o segurador somente opte pela faculdade desta situação, vale dizer, reposição da coisa, quando exista, textualmente, padronização aprovada pela autoridade competente.

Neste sentir, o emérito jurisperito Cunha Gonçalves, em seus comentários ao Código Civil Português, referindo-se ao contrato de seguro, dá as suas características fundamentais, ensinando, “*verbis*”:

“Os contratos-tipo, as apólices, os conhecimentos são, assim, verdadeiras leis impostas aos indivíduos por uma potência de facto. Daí os contratos modernamente designados por normados, forçosos, datados, distinguindo-se entre liberdade de concluir o contrato e liberdade de fixar o seu conteúdo ou de rescindir o contrato, distinções que representam a resignada aceitação de sucessivas limitações à velha autonomia da vontade”.<sup>8</sup>

Por fim, dentro das disposições gerais do contrato de seguro, o último dispositivo le-

<sup>5</sup> Novidade prevista no parágrafo único do art. 771, do futuro Código Civil.

<sup>6</sup> O STJ vem entendendo que a demora no pagamento da indenização, em sede de contrato seguro, constringendo o segurado, dá azo a uma indenização moral em vista da dilargada liquidação do sinistro.

<sup>7</sup> Dispositivo correspondente na Lei n.º 3.071/16, art. 1.458. “In, Código Civil Comparado, Editora Saraiva, 2002, pág. 180.

<sup>8</sup> Tratado de Direito Civil, Luiz da Cunha Gonçalves, Editora Max Limonad, 1958, vol. IV, tomo I, pág. 278.

gal alude que se aplique, no que couber, leis próprias disciplinadas pela legislação securitária.

É na Seção II, que o legislador tratou nos artigos 778 a 788 do Seguro de Dano, que será objeto de comentários tido como segunda parte deste artigo doutrinário.

## Do Seguro de Dano

Ao término de meus comentários em relação às Disposições Gerais do Contrato de Seguro à Luz do Novo Código Civil, afirmei que cuidaria a seguir de comentar, em prosseguimento desta matéria, o Seguro de Dano, inserto nos artigos 778 e seguintes da Nova Lei Civilista.

Dessarte, a primeira regra que se colhe do dispositivo acima previsto é de que “a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato”, sob pena do segurado perder o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido, independentemente da ação penal cabível à espécie.

O leque da cobertura de todos os prejuízos resultante de dano, é previsto no dispositivo subsequente e tem como consequência direta tentar evitar o sinistro, minorar o prejuízo, ou salvar a coisa.

A transcrição do artigo 780 do novo Código Civil guarda identidade com o Código Comercial de 1850, ao dizer que “a responsabilidade do condutor ou comissário de transportes começa correr desde o momento em que recebe as fazendas, e só expira depois de efetuada a entrega”.<sup>9</sup> Visconde de Cayrú traduziu a denominação fazendas ao transporte de coisas, que, hodiernamente, se trasladou quase ipsis litteris ao direito moderno.

Salvante a mora do segurador, a indenização no seguro de dano não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, observando sempre o máximo da garantia fixada na apólice de seguro.

O princípio de um outro seguro sobre a mesma coisa também está previsto neste código, mas, com a restrição de que o segurador primitivo deve ser comunicado por escrito, além de receber a indicação da quantia segurada. O objetivo do legislador é proteger o interesse segurado, que, em última ratio não pode ultrapassar o valor do bem.

A cláusula padronizada nos contratos de adesão, notadamente nos de seguro que prevêem a aplicabilidade do princípio pro-rata, está prevista quando se segura um bem por menos do seu valor real, ocasião em que ocorrerá, no caso de sinistro parcial, a redução proporcional da indenização segurada.

Por outro lado, o vício intrínseco da coisa segurada, que não foi objeto de declaração pelo segurado não dá direito à garantia, pois, o defeito próprio da coisa não é segurável nem pode sofrer qualquer tipo de garantia pelo segurador. Neste sentido, em registro doutrinário “Munir Karam”, adverte:

“O artigo 784, do novo Código Civil, repetindo o inc. X, do artigo 711, do Código Comercial, dispõe que não se inclui na garantia o sinistro provocado por vício intrínseco da coisa segurada, não declarado pelo segurado. Supõe-se, por evidência que o segurado esteja ciente da existência deste vício que, no parágrafo único do referido dispositivo, é definido como sendo aquele que se não encontra normalmente em outra (coisa) da mesma espécie. Se a montadora faz um recall por defeito nos freios ou na suspensão e o segurado continua rodando, sobrevindo o sinistro em face de de-

feito de fabricação não declarado, o prejuízo dele decorrente não é indenizável”.<sup>10</sup>

A transferência do contrato de seguro a terceiro, quer com alienação do bem, quer com cessão do interesse segurado é admitida pela nova legislação, sem que pare sobre este procedimento a hipótese do agravamento do risco prevista pelo atual código civil em seu artigo 1454. Caso este instrumento contratual seja nominativo, a transferência só produzirá efeito em relação ao segurador, desde que haja uma comunicação escrita assinada pelo cedente e pelo cessionário. Quando se cuidar de apólice ou bilhete à ordem a transferência só se perfaz mediante endosso em preto, vale dizer, com o nome do cessionário, desde que conste a assinatura do endossante e do endossatário.<sup>11</sup>

Uma vez paga a indenização prevista no contrato de seguro, o segurador poderá subrogar-se nos limites do valor daquele, visando se ressarcir contra o autor do dano, aliás, em perfeita sintonia com o inciso III do artigo 985 do atual Código Civil, assim como com antiga súmula que originou esta norma, sob a ementa 188 do antigo Tribunal Federal de Recursos. Na hipótese de dolo a sub-rogação opera-se, se o dano foi perpetrado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consanguíneos ou afins. A ineficácia atinge o ato do segurado, que tente diminuir ou extinguir os direitos acima elencados. Pois, o § 1º do artigo 786 do novo Código Civil, preceitua que se houver dolo do cônjuge, ascendente ou descendente do segurado, opera-se a sub-rogação da seguradora contra o autor do dano.

O artigo 787 do novo Código Civil trata do seguro de responsabilidade civil, transferindo para o segurador o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro. Em verdade, como ensinaram Mazeaud e Tunc, “ciertamente, en gran numero, los seguros de responsabilidad son seguros contra daños com objeto indeterminado, pois resulta imposible precisar en tal contrato de seguro de responsabilidad el objeto que sufrirá el daño” (In, “Responsabilidad Civil”, 3-II, pág. 151, Tratado Teórico Y Prático, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, pág. 151).<sup>12</sup>

Em verdade, este tipo contratual de seguro já estava previsto no Código Civil, dentro do Título “DOS CONTRATOS”, especificamente no Capítulo IV, sob o nomen iuris DAS ESTIPULAÇÕES EM FAVOR DE TERCEIRO.<sup>13</sup>

Inclusive, ao azo dos comentários deste dispositivo, anota Eulâmpio Rodrigues Filho, verbis: “no contrato de transporte celebrado em benefício de terceiro, o estipulante tem inegável legitimidade para exigir do transportador o cumprimento das suas obrigações”.<sup>14</sup>

Neste sentido, a finalidade deste tipo securitário é de que o segurador garanta o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

No primeiro parágrafo do dispositivo legal em comento, assinalou-se que “tão logo saiba o segurado das consequências de ato seu suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia comunicará o fato ao segurador”.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> Cadernos de Seguro, Novidades e Distinções do Seguro de Danos e o Código Civil 2002, Editora Funenseg, março deste ano, pág. 31.

<sup>11</sup> Parágrafo 2º, do art. 785, do Novo Código Civil.

<sup>12</sup> O Seguro no Direito Brasileiro, Voltaire Marensi, Ed. Síntese, 6ª edição, pág. 363.

<sup>13</sup> Art. 1908 da Lei nº. 3.071, de 1º-1-1916.

<sup>14</sup> Código Civil Anotado, terceira edição, Síntese 2001, pág. 922.

<sup>15</sup> Parágrafo primeiro, do art. 787 “do futuro Código Civil”.

<sup>9</sup> Código Comercial, art. 101.

Em parágrafo subsequente, a exemplo do que já registrava Donati e outros autores alienígenas, o segurado não pode reconhecer sua responsabilidade no sinistro, pois, “non essendo questi dell’assicurato degli obblighi, ma degli oneri, essi non possono essere posti in relazione sinallagmatica nè con l’obbligazione dell’assicuratore all’indennità, nè con la gestione della lite che è di per sè una facoltà e non um dovere dell’assicuratore; ma perchè, essendo gli oneri posti nell’interesse dell’assicuratore (supra, vol. II, nn.461,462), essi vengono meno se l’assicuratore, non richiedendone l’osservanza o negando il diritto dell’assicurato all’indennità, si disinteressa della vertenza cioè rinnega l’interesse per il quale l’onere fu imposto”.<sup>16</sup>

O parágrafo terceiro deste dispositivo (art. 787), afirma que uma vez tentada a ação contra o segurado, este deverá dar ciência da lide ao segurador.

Da mesma sorte quando houver insolvência do segurador, subsistirá a responsabilidade do segurado perante terceiro.

No último artigo, dentro desta seção, se cuida dos seguros de responsabilidade civil obrigatório, dizendo o legislador que em caso de sinistro o segurador pagará a indenização ao terceiro prejudicado. Como se isto não bastasse, vale dizer, relegar ao oblivio a atuação do advogado que representa o interesse de seu cliente, a Federação Nacional de Seguros emitiu uma circular denominada (DPVAT), onde afirma que a seguradora deverá pagar através de cheque nominativo, em tarja preta, diretamente à vítima ou seus beneficiários legais. Como fica

esta situação às partes que não tem qualquer possibilidade de discernimento, sem falar, ainda, que existem no mercado profissionais éticos e idôneos? Quid jures !!

No parágrafo único deste artigo, se pôs termo a uma velha celeuma jurisprudencial, isto é, saber se o terceiro prejudicado poderá intentar “ação direta” contra o segurador. Esta questão jures se encontra respondida quando o legislador, assim redigiu:

“Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório”.<sup>17</sup>

## Do Seguro de Pessoa

É na Seção III, que o legislador trata nos artigos 789 a 802 do Seguro de Pessoa, objeto de comentários que encerram, dessarte, a matéria pertinente ao contrato de seguro no novo código civil.

Como a vida humana possui valor inestimável, nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que poderá contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores.<sup>18</sup>

Já, no que se refere à estipulação a favor de terceiro, em sede de seguro vida, exige-se do proponente uma declaração, sob pena de falsidade, em relação ao interesse pela preservação

da vida do segurado. Este interesse é presumido, na hipótese do segurado ser cônjuge, ascendente ou descendente do proponente.

Sempre foi lícita a substituição do beneficiário, quer no decurso do contrato de seguro vida, quer através de declaração de última vontade do segurado. Nesta hipótese, o legislador disse, enfaticamente, que se o segurador não for oportunamente cientificado, este se desobrigará pagando o capital segurado, *rectius*, o valor da indenização segurada, ao antigo beneficiário nomeado, primitivamente, por aquele.

Em artigo subsequente<sup>19</sup>, a lei nova alberga em seu texto uma disposição securitária prevista, em uma Lei datada do ano de 1.943, de “que na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita (com adendos da nova lei), o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária. Em parágrafo único deste dispositivo se disse que “na falta das pessoas indicadas neste artigo, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência”. Registro normativo altamente social e altruístico de parte do legislador ordinário.

A antiga celeuma judicial, no sentido de poder o(a) companheiro(a) ser contemplado(a) no seguro de vida, inclusive objeto de muitas ações de consignação em pagamento foi afastada pelo novo Código, se ao tempo da celebração do contrato o segurado já estava separado judicialmente, ou “de fato”.

Uma boa iniciativa da nova legislação, diz respeito às dívidas do segurado, quer no seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de sua morte, já que o legislador excluiu a indenização aos credores daquele. Também, a meu sentir, em boa técnica legislativa disse que o contrato de seguro não se trata de herança para todos os efeitos de direito, pois, cuida-se de *iure proprio*.

A nulidade, *lato sensu*, relativa a transação para pagamento, no seguro de pessoa, com redução do capital segurado, é outra novidade contemplada pelo novel legislador.<sup>20</sup>

A contra-prestação, uma das obrigações fundamentais à eficácia do contrato de seguro, rotulada como prêmio neste tipo contratual será estipulado, quer por prazo limitado, quer por toda a vida do segurado. Salvante melhor juízo, o prazo limitado acontece sempre, via de regra, nas obrigações de trato sucessivo, que no dizer elegante de mestre Orlando Gomes, aplica-se, aos princípios jurídicos insertos na Lei da Previdência Complementar.<sup>21</sup>

Ademais, “em qualquer hipótese, no seguro individual, o segurador não terá ação para cobrar o prêmio vencido cuja falta de pagamento, nos prazos previstos, acarretará, conforme se estipular, a resolução do contrato”, com a restituição da reserva matemática formada, ou atendendo a redução do capital proporcional ao prêmio pago.<sup>22</sup>

A carência “é o período de tempo entre a data do início do seguro e a da entrada em vigor das garantias, que dão cobertura aos sinistros”.<sup>23</sup>

<sup>16</sup> Trattato Del Diritto Delle Assicurazioni Private, Antigono Donati, volume terzo 1956, Dott. A. Giuffrè Editore, pág. 399.

<sup>17</sup> Parágrafo único, do art. 788, do Código Civil.

<sup>18</sup> Art. 789, do Novo Código Civil.

<sup>19</sup> Art. 792, “bis in idem”.

<sup>20</sup> Art. 795, “ibidem”.

<sup>21</sup> A Nova Lei da Previdência Complementar Comentada, Voltaire Marensi, Editora Síntese, 2001, pág. 41.

<sup>22</sup> Parágrafo único, do art. 796, da Nova Lei.

<sup>23</sup> Dicionário de Seguros, FUNENSEG, Rio de Janeiro, 2000, pág. 13.

Esta nomenclatura, já renomada no mercado securitário, foi prevista pelo legislador, resguardando “um prazo”, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro, estando sempre obrigado a devolver ao beneficiário o quantitativo da reserva técnica constituída.

O prazo carencial, chamado no seguro de vida de “incontestabilidade deferida”, aliás, oriundo do direito francês, tão veementemente adotado pelo saudoso Ministro Luiz Galotti, ilustre integrante do Supremo Tribunal Federal, em seus eruditos votos ao julgar casos de suicídio do segurado, sempre entendia de fixar em 2 (dois) anos este prazo, como era praxe no velho Código Napoleônico, que em seu texto contém o “Code des Assurances”.

Dessarte, sempre que ocorrer o evento em comento, dentro deste período contratual, o segurador não terá de provar que este ato, vale dizer, o suicídio teria, ou não, sido premeditado. Assim, o spatium deliberandi, permitiria ao segurado refletir, suficientemente, para por termo à sua vida sempre no intuito de preservar e legar à sua família melhores condições de vida, dentro de um contexto futuro repleto de incertezas.

Neste diapasão, nulo é a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado.<sup>24</sup>

Impende, ressaltar, que na apólice de seguro vida, sempre constou como restrição ao não recebimento da indenização securitária o fato do segurado se utilizar de meios de transporte mais arriscados, bem como praticar esportes (evidentemente mais radicais). Neste sentido, a nova legislação não exime o segurador do pagamento do seguro, malgrado conste expressamente na apólice esta modalidade de exclusão securitária.<sup>25</sup>

De outra banda, o instituto da sub-rogação nos direitos e ações do segurado, ou do beneficiário contra o causador do sinistro não se opera mais em sede de seguro de pessoa.

Esta modalidade de seguro, (vida), tanto poderá ser estipulada por pessoa natural ou jurídica.

Neste último caso o estipulante não representa o segurador perante o grupo segurado, sendo o único responsável para com este, pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais.<sup>26</sup>

De sua vez, a modificação da apólice em vigor, inovação do legislador, dependerá da anuência expressa de segurados que representam três quartos do grupo constituído.

Por derradeiro, no último artigo destes comentários, isto é, artigo 802, se registrou que não se compreenderá nas disposições do Seguro de Pessoa “a garantia do reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico, nem o custeio das despesas de luto e de funeral do segurado”. Penso que este dispositivo além de não ser atualizado e técnico, restou fora do contexto desta seção, por ocasião final dos comentários ao Capítulo XV, que trata do Contrato de Seguro na nova legislação civilista, que entrará em vigor no dia 12 de janeiro de 2003, em virtude da aplicabilidade do princípio da vacatio legis.<sup>27</sup>

Registre-se, como “pá de cal” que o instituto da prescrição em matéria de contrato de seguro está previsto no artigo 206 do novo Código Civil, especificamente no inciso II, letras “a” e “b”. Também, aqui, julgo que o legislador não foi deveras técnico, ainda mais que regrou naquele título as hipóteses de seguro de responsabilidade civil, modalidade esta que deveria ser mais detalhada no amplexo deste tipo contratual. Porém, pela sistemática do novo Código Civil, a prescrição é regulada na Parte Geral, e não no instituto jurídico de que se cuida.

Estas são considerações finais, que, certamente, merecerão um estudo mais aprofundado e minudente dos que militam nesta nobre área do direito. À consideração dos doutos.

<sup>24</sup> Parágrafo único, do art. 798, do Novo Estatuto Material.

<sup>25</sup> Art. 799, da Nova Lei Substantiva.

<sup>26</sup> Esta norma jurídica já estava contemplada no Decreto-Lei nº. 73, de 21 de novembro de 1966, nos parágrafos primeiro a terceiro, do art. 21, da sobredita legislação securitária.

<sup>27</sup> Art. 2.044, do Novo Estatuto Civil.

## Dissertações de Mestrado defendidas em 2001 no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS

NOME: *Andréia Terre do Amaral*  
ANO DE INGRESSO NO CURSO: 1993  
TEMA: *IURA NOVIT CURIA – Os Sujeitos Processuais e as Aplicações do Direito*  
PROF. ORIENTADOR: *Ovídio Araújo Baptista da Silva*  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: PROCESSO CIVIL  
DATA DEFESA: 16/02/2001

### BANCA EXAMINADORA

NOMES: INSTITUIÇÃO:  
*Carlos Alberto Alvaro de Oliveira* UFRGS  
*Ingo Sarlet* PUCRS  
*Luiz Guilherme Marinoni* UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

### Resumo

O presente estudo propõe uma reflexão crítica da atividade desenvolvida pelos sujeitos processuais (juiz e partes) a partir da análise e revisão do conteúdo tradicional da dicção *iura novit curia*. Estabeleceu-se um trato dissociado de cada um dos termos da dicção, o qual foi capaz de mostrar que esta pode ostentar significado essencialmente diverso do conhecido, bem como procedeu-se ao exame das hipóteses tidas como excepcionais em que aquela não teria aplicação.

A busca do intercâmbio nas posições de juiz e partes que possibilite a estas uma

inserção eficaz nas operações de aplicação do direito, e àquele um maior ativismo na esfera de alegações na elaboração fática, concorrem para a fixação de um sentido participativo ao processo.

A compreensão como princípio da dicção estudada, não deixa de reconstruí-la com o sentido de uma gerência processual compartilhada, na medida em que a realização do valor constitucional democrático no processo não se basta com o aumento dos poderes de direção do juiz em descuido à participação dos litigantes.

**NOME:** *Silvio Nazareno Costa*  
**ANO DE INGRESSO NO CURSO:** 1995  
**TEMA:** *Símula Vinculante, Sentença Normativa e Precedentes: Leis do Judiciário?*  
**PROF. ORIENTADOR:** *Eduardo Kroeff Machado Carrion*  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:** DIREITO PÚBLICO  
**DATA DEFESA:** 29/02/2001

#### BANCA EXAMINADORA

NOMES:	INSTITUIÇÃO:
<i>Carlos Alberto Alvaro de Oliveira</i>	UFRGS
<i>Gilmar Ferreira Mendes</i>	UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
<i>José Ribas Vieira</i>	PUCRJ

### Resumo

Examinam-se neste trabalho os institutos da súmula vinculante, das sentenças normativas e dos precedente jurisprudenciais, com especial atenção ao primeiro tema. Em última análise, trata-se de um estudo sobre o Judiciário e sua função institucional no Estado Constitucional de Direito, particularmente no que se refere à força da jurisprudência no sistema jurídico brasileiro.

O estudo é dividido em duas grandes partes.

Na primeira, é feita basicamente uma abordagem contextual, estabelecendo-se os parâmetros orientadores da segunda parte. Examinam-se e comparam-se as principais características dos sistemas jurídicos ligados às Famílias Romano-Germânica e da *Common Law*, discutem-se os pressupostos-problemas do estudo e analisam-se os contextos histórico e legal brasileiros. Encerra-se essa parte abordando-se os aspectos prospectivos da função

jurisdicional, especialmente as sentenças normativas e os precedentes.

Na segunda parte, examina-se a problemática relativa às súmulas vinculantes, segundo os termos das propostas de emendas constitucionais em trâmite no Congresso Nacional. Esse exame é ainda alargado pela abordagem do papel político do Judiciário dentro do contexto estatal, situando-o como integrante do Governo, numa acepção lata desse termo.

Conquanto não tenha sido centrado no exame do Direito comparado, o estudo aborda a experiência estrangeira, especialmente a portuguesa, através dos extintos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa, que, na época do Império, chegaram a ter força de lei no Brasil. Incidentalmente, são ainda trazidos aspectos do Direito Constitucional alemão, austríaco, espanhol, italiano, sueco e norte-americano, especialmente no que se refere ao controle de constitucionalidade e à extensão de seus efeitos temporais.

**NOME:** *Rafael Peteffi da Silva*  
**ANO DE INGRESSO NO CURSO:** 1998  
**TEMA:** *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, no Direito Francês*  
**PROF. ORIENTADOR:** *Judith Martins-Costa*  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:** DIREITO CIVIL  
**DATA DEFESA:** 14/05/2001

#### BANCA EXAMINADORA

NOMES:	INSTITUIÇÃO:
<i>Cláudia Lima Marques</i>	UFRGS
<i>Teresa Acona Lopez</i>	USP
<i>Fernando Noronha</i>	UFSC

### Resumo

O presente estudo visa demonstrar a forma de utilização, da teoria da perda de uma chance no Direito Francês, que é o ordenamento que apresenta o maior número de exemplos e o controle das condições de aplicação mais sistematizado pela juris-

prudência. Ademais, analisaremos a natureza da perda de uma chance — demonstrando quando essa teoria se utiliza de um conceito específico de dano ou quando respalda sua aplicação na utilização pouco ortodoxa da noção de causalidade.

**NOME:** *Carlos Bastide Horbach*  
**ANO DE INGRESSO NO CURSO:** 1997  
**TEMA:** Administração Pública e Democracia Participativa  
**PROF. ORIENTADOR:** *Cezar Saldanha Souza Junior*  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:** DIREITO DO ESTADO E TEORIA DO DIREITO  
**DATA DEFESA:** 25/05/2001

#### BANCA EXAMINADORA

NOMES:	INSTITUIÇÃO:
<i>Almiro do Couto e Silva</i>	UFRGS
<i>Odete Medauar</i>	USP
<i>José Alcebiades de Oliveira Júnior</i>	UFSC

## Resumo

Esta dissertação examina as possibilidades de participação direta dos cidadãos na função administrativa do estado, tendo em vista a completa democratização da Administração Pública.

Iniciando com o estudo das origens gregas da democracia participativa, o texto desenvolve temas relacionados com a moderna aplicação de instrumentos de partici-

pação na administração, com exemplos concretos na experiência jurídica de países como Alemanha, Estados Unidos, França, Itália, Espanha e Portugal.

Finalmente, a dissertação aplica os conceitos analisados ao Direito brasileiro, destacando os elementos da administração participativa no regime estabelecido pela Constituição de 1988.

**NOME:** *Laura Beck Varela*  
**ANO DE INGRESSO DO CURSO:** 1999  
**TEMA:** *DAS SESMARIAS À PROPRIEDADE PRIVADA MODERNA: Fundamentos do Direito de Propriedade no Brasil*  
**PROF. ORIENTADOR:** *Judith Martins-Costa*  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:** DIREITO CIVIL  
**DATA DEFESA:** 28/05/2001

#### BANCA EXAMINADORA

NOMES	INSTITUIÇÃO
<i>Almiro do Couto e Silva</i>	UFRGS
<i>Luiz Edson Fachin</i>	PUC-PARANÁ
<i>Nelson Nogueira Saldanha</i>	UNIV. FED. DE PERNAMBUCO

## Resumo

A história do direito de propriedade no Brasil corresponde a um processo de ruptura em relação à propriedade sesmarial de natureza pública e condicionada por deveres como o de cultivo e morada habitual, cuja origem remonta à legislação agrária de D. Fernando I. de 1375, posteriormente incorporada às Ordenações do Reino. No período colonial, a legislação sesmarial amolda-se às exigências da economia baseada no latifúndio e na escravidão, mantendo, porém, sua forma essencialmente condicionada pelos deveres do cultivo, da medição e demarcação das terras, dentre outros.

Na passagem para a forma jurídica absoluta e individual, poder exclusivo da vanta-

de, etapas fundamentais foram, entre nós, a promulgação da Lei de Terras de 1850 – que afastou o fundamento do cultivo e procurou extremar o domínio público do particular – e a reforma hipotecária de 1864 – que sentou as bases para a organização registral e a concepção da transcrição como modo de aquisição da propriedade. Atende-se às exigências econômicas da absolutização e da mercantilização da terra, no contexto da introdução das relações capitalistas de produção no Brasil. Outro momento fundamental na conformação da mentalidade proprietária moderna é a elaboração da civilística brasileira acerca do direito de propriedade, em sua relação com as contribuições das escolas francesa e alemã sobre o tema.

**NOME:** *Ricardo Libel Waldman*  
**ANO DE INGRESSO NO CURSO:** 2000  
**TEMA:** **PRINCÍPIOS E CONSTITUIÇÃO:**  
 A Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin  
 e sua aplicação na prática constitucional  
 brasileira  
**PROF. ORIENTADOR:** *Luís Fernando Barzotto*  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:** DIREITO DO ESTADO E TEORIA DO DIREITO  
**DATA DEFESA:** 11/06/2001

---

#### BANCA EXAMINADORA

NOMES:	INSTITUIÇÃO:
<i>Cezar Saldanha Souza Junior</i>	UFRGS
<i>Antônio Maria R. Freitas Iserhard</i>	UNIV. LUTERANA DO BRASIL
<i>Cláudio Fortunato Michelin Júnior</i>	PUCRS

### Resumo

Os princípios são normas jurídicas e apenas através deles é possível realmente entender as nossas práticas jurídicas. A Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin é a que melhor explica o papel dos princípios no ordenamento, fazendo diferenciação entre princípio em sentido estrito (principle), policy e regra e entendendo o direito como uma prática interpretativa. Levando estes fatos em consi-

deração, é possível determinar quais argumentos são admissíveis como razões para decisões sobre que direitos as pessoas têm no caso concreto

Esta forma de argumentação é utilizada na prática jurídica brasileira, conforme demonstra a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, principalmente quando a máxima de proporcionalidade é a justificativa das mesmas.

**NOME:** *Denise Oliveira César*  
**ANO DE INGRESSO NO CURSO:** 1995  
**TEMA:** **DIREITOS FUNDAMENTAIS E AIDS**  
**PROF. ORIENTADOR:** *Judith Martins-Costa*  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:** DIREITO PÚBLICO  
**DATA DEFESA:** 18/06/2001

---

#### BANCA EXAMINADORA

NOMES:	INSTITUIÇÃO:
<i>Eduardo Kroeff Machado Carrion</i>	UFRGS
<i>Almiro do Couto e Silva</i>	UFRGS
<i>José Alfredo de Oliveira Baracho</i>	UFMG

### Resumo

O presente trabalho tem como proposta demonstrar a compatibilidade da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy com o sistema jurídico-constitucional brasileiro de direitos fundamentais e, também, avaliar a efetiva proteção que o cidadão dispõe, particularmente, no tocante ao direito à saúde. Neste sentido, no primeiro capítulo foram expostos os elemen-

tos estruturais desta teoria; no segundo capítulo tais elementos foram transplantados para a estrutura constitucional de proteção fundamental à saúde de modo a ordenar o complexo de direitos fundamentais à saúde; e, no terceiro capítulo, foi descrito o meio encontrado pelo Estado para o seu atendimento com relação à AIDS.



**NOME:** *Gentil André Olsson*  
**ANO DE INGRESSO NO CURSO:** 1998  
**TEMA:** *A QUESTÃO DA LEGALIDADE DA IMPOSIÇÃO TRIBUTÁRIA*  
**PROF. ORIENTADOR:** *Luís Afonso Heck*  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:** DIREITO DO ESTADO E TEORIA DO DIREITO  
**DATA DEFESA:** 19/06/2001

---

#### BANCA EXAMINADORA

NOMES:	INSTITUIÇÃO:
<i>Humberto Bergmann Ávila</i>	PUCRS
<i>Peter Walter Ashton</i>	UFRGS
<i>José Alfredo de Oliveira Baracho</i>	UFMG

### Resumo

A legalidade da imposição tributária é meta perseguida pelos povos ao longo da evolução dos sistemas tributários. A experiência tem demonstrado que, tanto no Brasil quanto em outros países, a exigência de autorização legislativa prévia para impor tributos, embora tenha sofrido importantes retrocessos ocasionais, vem se aperfeiçoando juntamente com o ideal do estado de

direito. Examina-se a evolução do princípio, especialmente no Brasil, levando em conta as variações nas formas organizacionais estatais, a partir de suas constituições e, com base na doutrina e na jurisprudência, estuda-se a conformação de instrumentos jurídicos capazes de assegurar a efetiva proteção do cidadão contra possíveis abusos do poder tributante.

**NOME:** *Rafael da Cás Maffini*  
**ANO DE INGRESSO NO CURSO:** 1998  
**Tema:** *EMBARGOS DO EXECUTADO E TUTELA JURISDICIONAL*  
**PROF. ORIENTADOR:** *Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:** DIREITO PROCESSUAL  
**DATA DEFESA:** 28/06/2001

---

#### BANCA EXAMINADORA

NOMES:	INSTITUIÇÃO:
<i>Carlos Alberto Alvaro de Oliveira</i>	UFRGS
<i>Adroaldo Furtado Fabrício</i>	UFRGS
<i>Carlos Alberto Carmona</i>	USP

### Resumo

O presente trabalho visa à análise dos embargos do executado, espécie primaz de defesa outorgada ao integrante do pólo passivo de uma relação processual executiva, pautando-se o estudo por uma perspectiva metodológica essa que se convencionou denominar tutela jurisdicional.

Para alcançar tal mister, destina-se uma primeira parte do trabalho à compreensão de algumas premissas teóricas fundamentais para o desenvolvimento do tema,

das quais se destaca a própria noção de tutela jurisdicional, além de considerações acerca do processo de execução.

Diante do desenvolvimento de tais pressupostos teóricos, busca-se analisar aspectos concernentes aos embargos do executado, voltando-se, após, ao estudo de tal peculiar espécie de processo em cotejo com algumas questões de técnica processual, bem assim com os seus potenciais resultados.

NOME: *Gilberto Schäfer*  
 ANO DE INGRESSO NO CURSO: 1998  
 TEMA: *AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CONTROLE  
 DE CONSTITUCIONALIDADE*  
 PROF. ORIENTADOR: *Almiro do Couto e Silva*  
 ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO PÚBLICO  
 DATA DEFESA: 04/07/2001

---

**BANCA EXAMINADORA**

NOMES:	INSTITUIÇÃO:
<i>Rui Portanova</i>	PUC
<i>Adroaldo Furtado Fabrício</i>	UFRGS
<i>Humberto Bergmann Ávila</i>	PUC

## Resumo

Esta dissertação estuda a evolução teórica da Ação Civil Pública e sua compatibilidade com o sistema de controle da constitucionalidade adotado no Brasil. O estudo será dividido em três partes. Num primeiro momento, será voltado à Ação Civil Pública nos seus aspectos genéricos; no segundo, serão estudados aspectos gerais do Controle de Constitucionalidade e, por fim, o Controle da Constitucionalidade na Ação Civil Pública.

O objetivo da dissertação é abordar as múltiplas facetas e particularidades da relação da Ação Civil Pública com os controles difuso e concentrado de constitucionalidade, analisando a inconstitucionalidade superveniente, o controle de constitucionalidade das leis municipais, as leis formais e o controle difuso feito na Ação Civil Pública, debatendo as principais controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

NOME: *Mirta Inés Morales Loulo*  
 ANO DE INGRESSO NO CURSO: 1998  
 TEMA: *UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LA  
 PROTECCIÓN LEGISLATIVA DEL  
 CONSUMIDOR EM EL AMBITO  
 INTERNO DE LOS PAÍSES  
 DEL MERCOSUR*  
 PROF. ORIENTADOR: *Cláudia Lima Marques*  
 ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO DA INTEGRAÇÃO REGIONAL E  
 DE NEGÓCIOS  
 DATA DEFESA: 19/11/2001

---

**BANCA EXAMINADORA**

NOMES	INSTITUIÇÃO
<i>Carlos Silveira Noronha</i>	UFRGS
<i>Gustavo Tepedino</i>	UERJ

## Resumo

UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LA LEGISLACIÓN INTERNA DE LOS PAÍSES DEL MERCOSUR EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR.

A finalidade do trabalho foi realizar uma revisão profunda da legislação interna dos quatro parceiros de Mercosul (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) no âmbito do Direito do Consumidor.

Achamos, conjuntamente com a orientadora Dra. Cláudia Lima Marques, a

necessidade de aprofundar sobre o tema devido principalmente à existência de só um trabalho comparativo da legislação, sendo o mesmo anterior à vigência das normas no Uruguai e o Paraguai, é incluso da época em que o Governo Argentino tinha vetado importantes artigos de sua norma, drogando assim princípio da solidariedade na cadeia de fornecedores e a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores, entre outros.

O presente trabalho pois, pretende expor a realidade atual do tratamento do Direito do

Consumidor dentro dos regimes internos dos quatro países membros do MERCOSUL; com a finalidade de salientar as semelhanças existentes nos mesmos e frisar suas diferenças; tendo presente que o Mercosul, embora esteja com muitas dificuldades é um fato que não podemos desconhecer; à margem do êxito ou a frustração que as pretensões integracionistas obtenham, todos nós somos parte de uma região que de fato está unida por razões muito mais fortes que as questões políticas. Tanto a proximidade geográfica, como a cultural e as raízes históricas, faz que as quatro nações que hoje conformam o Mercado Comum do Sul, mantenham entre si estreitas relações dentro das quais o comércio indubitavelmente é um de nossos maiores vínculos.

Não surpreende, por tanto, que cada vez com maior frequência os nossos consumidores, a través de seus atos, quebrem as fronteiras políticas que nos separam, para virarem em consumidores regionais, por tanto entendemos prioritária a implementação de uma legislação atualizada que lhes permita se proteger ante a nova realidade de um mercado globalizado, em tal sentido entendesse prioritário o conhecimento das nossas realidades internas

O trabalho foi dividido em dois capítulos, o primeiro titulado como AS DIFERENTES FORMAS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NAS LEGISLAÇÕES NACIONAIS DOS PARCEIROS DO MERCOSUL.

Por sua vez, este capítulo foi dividido em três partes:

**A primeira, CAMPO DE APLICAÇÃO DAS NORMAS VIGENTES NOS PAÍSES MEMBROS DO MERCOSUL,** com a finalidade de Ubicar os agentes de uma relação de consumo em os quatro países, constatando quem são consumidores y fornecedores na Argentina, no Brasil, no Paraguai e no Uruguai.

Começo-se por apreciar os conceitos

dados pelas legislações em estudo dos agentes partícipes das relações de consumo, isto é: **Quem é consumidor e fornecedor** no Brasil, no Paraguai, na Argentina e no Uruguai, aliás de identificar os mesmos salientou-se suas obrigações e os direitos de que gozam em cada sistema nacional estudado; embora seja um estudo de legislação comparada tento-se brindar as posições doutrinárias mais aceitas e ilustrar nos casos brasileiro e uruguaio com jurisprudência.

A ordem escolhida para a realização de esta tarefa foi colocar ao Brasil primeiro, logo Argentina, Uruguai e Paraguai, a escolha não foi só liberada a sorte, pelo contrario aliás de obedecer a uma ordem cronológica segundo as datas de vigência das normas em cada um dos estados, foi inevitável deixar de tomar como principal referencia ao Brasil por ter este a suas normas mas consolidadas e contar com muitos trabalhos doutrinários e inumeráveis casos jurisprudenciais os quais serviram de valiosa referencia, para logo analisar as outras realidades legislativas.

**O segundo capítulo desta primeira parte trata das PARTICULARES SOLUÇÕES DADAS NA REGULAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO BRASIL E PARAGUAI,** tendo aliás um **terceiro capítulo dedicado ao tratamento das SOLUÇÕES DADAS NA REGULAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO NA ARGENTINA E NO URUGUAI**

Aqui se utilizou outra metodologia obedecendo a uma razão prática y didática, sendo os quatro países objeto de estudo foram tomados em duas duplas: BRASIL e PARAGUAY de um lado e ARGENTINA e URUGUAY do outro; Tendo em vista as semelhanças de regras e princípios que os disciplinam, possibilitando uma maior fluidez na comparação e facilitando assim a compreensão do estudo, frisando as diferenças que se iam apresentando.

Embora a análise tenha sido realizado em grupo, foi inevitável aqui também desconhecer a preponderância marcada pela legislação Brasileira cumprindo aqui um papel de destaque, não só por uma razão histórica, mas também deve-se reconhecer aliás o grande desenvolvimento doutrinário, servindo-nos o mesmo de base para a ubicação de todos os pontos sobre os que trabalho-se, a saber:

- **Objetivos das normas**
- **Direitos**
- **O reconhecimento ou não da condição de vulnerabilidade do consumidor**
- **A proteção no âmbito contratual**
- **A oferta**
- **A publicidade**
- **As garantias**
- **Os contratos de adesão**
- **Os Estados como fornecedores**
- **As associações de consumidores, entre outros.**

Em conclusão nesta primeira parte, plasmou-se o estudo dividido sob a forma adotada por cada Estado membro para recepcionar dentro de seu âmbito interno uma regulamentação específica do Direito do Consumidor; analiso dentro de cada um dos Ordenamentos estudados os princípios e institutos jurídicos que os compõem.

Na segunda parte do presente trabalho, aborda-se o tema da Responsabilidade Civil estabelecida em cada ordem estudado, frente a diversas violações aos Direitos dos Consumidores, utilizou-se aqui a mesma dinâmica de estudo e metodologia utilizada na primeira parte.

Também aqui se dividiu o estudo em dois capítulos, **no primeiro efetuou-se** uma rápida menção da evolução desta com o objetivo de plasmar as dificuldades apresentadas quando se tenta aplicar as clássicas soluções na realidade atual;- me permito aqui aliás efetuar a seguinte aclaração, tal vez aqui no Brasil tais apreciações percivam-se como desnecessárias por ter-se resolvido o tema há tempo, aliás isto não é assim no Uruguai onde ainda hoje mantemos uma acalorada discussão ao respeito, acredito que tão coisa sucedia também na Argentina até há pouco tempo, assim poderiam-se explicar os vetos presidenciais imposto pelo governo anterior (Menem) as normas do consumidor.

Nesta parte do trabalho reparou-se especialmente nos diferentes critérios adotados pelas legislações submetidas a estudo, e nos mecanismos que as mesmas implementam ao pretender arribar a uma efetiva consagração dos direitos que de elas emanam.

Por ultimo efetuou-se um esquema comparativo dos pontos mais destacados das quatro normas estudadas .

NOME: *Márcia Mallmann Lippert*  
 ANO DE INGRESSO NO CURSO: 1997  
 TEMA: *A Empresa Como Elemento de Unificação no Direito Privado Brasileiro*  
 PROF. ORIENTADOR: *Cláudia Lima Marques*  
 ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO CIVIL  
 DATA DEFESA: 20/11/2001

#### BANCA EXAMINADORA

NOMES	INSTITUIÇÃO
<i>Luís Afonso Heck</i>	UFRGS
<i>Nelson Nery Júnior</i>	PUCSP
<i>Werter Faria</i>	UFRGS

### Resumo

O presente trabalho objetiva analisar a situação dicotômica do Direito Privado Brasileiro, hoje existente entre Direito Civil e Comercial.

A análise inicia com um breve relato das civilizações antigas em relação ao Direito Comercial, para então estudar o seu surgimento propriamente dito, como aceito por grande parte da doutrina, na segunda metade do século XII. Examinam-se desde as Corporações, ao Código Comercial Francês (1808), chegando a análise aos atos de comércio e ao Código Comercial Brasileiro. Não obstante esteja o trabalho restrito ao âmbito do Direito Brasileiro, sem qualquer pretensão de estudo comparativo, neste ponto é impossível ignorar o Código Comercial Italiano de 1882 e a doutrina sobre ele desenvolvida. Em seguimento, coloca-se em prática a doutrina estudada, demonstrando qual foi o resultado obtido pela aplicação conjugada de doutrina e codificação. É apresentada, então, a constatação da problemática da dicotomia do Direito Privado na concretização do Direito, bem como sua superação no âmbito do Direito Obrigacional.

Iniciado está, pois, o caminho para a unificação do Direito Privado pela teoria dos atos empresariais em substituição aos atos de comércio. Como o fundamento legal para o ato empresarial está no até então Projeto de Código Civil, é mister refletir e discorrer sobre a empresa, o empresário, o estabelecimento e, ainda, sobre a proposta dos autores do Projeto de Código Civil em relação à unificação do Direito Privado. Por fim, apresenta-se o confronto da proposta do Projeto de Código Civil com ideais unificadores do Direito Privado, como o de Teixeira de Freitas, do Código Civil Italiano de 1942, o Projeto de Código Civil Argentino, entre outros.

A conclusão da revogação legal, doutrinária e fática da teoria dos atos de comércio e da participação da 'Empresa como Elemento de unificação do Direito Privado', em vez da 'fase moderna do Direito Comercial' revela-se única e lógica, cabendo, no futuro, a análise da sua natureza jurídica propriamente dita.

NOME: *José Levi Mello Do Amaral Júnior*  
 ANO DE INGRESSO NO CURSO: 1999  
 TEMA: *A REGRA DO 'FULL BENCH' NO CONTROLE DIFUSO DE NORMAS - O incidente de arguição de inconstitucionalidade no Brasil*  
 PROF. ORIENTADOR: *Cezar Saldanha Souza Junior*  
 ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO DO ESTADO E TEORIA DO DIREITO  
 DATA DEFESA: 19/12/2001

#### BANCA EXAMINADORA

NOMES:	INSTITUIÇÃO:
<i>Almiro do Couto e Silva</i>	UFRGS
<i>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</i>	USP
<i>Cláudio Fortunato Michelin Júnior</i>	PUCRS

### Resumo

Há muito os tribunais dos Estados Unidos firmaram, no controle difuso de normas, a prática de - sempre que possível - declarar inconstitucional uma lei na presença de todos os seus membros. Em consequência, a decisão pela inconstitucionalidade, nas mais das vezes, é proferida - no mínimo - pela maioria absoluta dos membros do tribunal. A doutrina norte-americana denomina essa prática de full bench, full court ou, ainda, en banc.

A regra do full bench encontra fundamento na necessária prudência que deve orientar os tribunais no trato daquela que é a mais delicada das tarefas a eles confiadas: a declaração de inconstitucionalidade de lei. Decisão de tão elevada monta não pode ser proferida por maiorias ocasionais, mas, sim, por maiorias consistentes.

Assim, desde cedo também a doutrina brasileira aconselhou aos tribunais pátrios a observância da regra do full bench. A Constituição de 1934 positivou a regra do full bench em seu art. art. 179, fazendo-o em termo rígido, qual seja, o juízo de desvalor necessariamente deveria ser proferido na presença da totalidade dos membros dos tribunais.

Por sua vez, a Constituição de 1946 deixou de exigir a presença da totalidade dos membros dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade. A Constituição de 1946 contentou-se em exigir juízo de desvalor proferido pela maioria absoluta dos membros dos tribunais, estivessem ou não presentes todos os seus membros. Esse o perfil básico da regra do full bench no Brasil desde então.

Em face da regra do full bench, se acaso um órgão fracionário de tribunal inclinar-se pela inconstitucionalidade de uma lei a que deva dar aplicação ao julgar um dado caso concreto, o seu julgamento deve ser suspenso e a questão constitucional submetida ao tribunal pleno. É o que os tribunais brasileiros denominam “incidente de arguição de inconstitucionalidade”.

Com a cisão do julgamento do caso concreto e da questão constitucional – essa peran-

te o tribunal pleno e aquele perante o órgão fracionário –, a questão constitucional, nos tribunais brasileiros, é efetivamente julgada em abstrato.

O exame da regra do full bench, do incidente de arguição de inconstitucionalidade, bem assim das conseqüências da cisão do julgamento – caso concreto perante o órgão fracionário e questão constitucional perante o tribunal pleno – é o objeto do presente estudo.

**NOME:** *Vandeli Röhsig Dannebrock*  
**ANO DE INGRESSO NO CURSO:** 1991  
**TEMA:** *FEDERALISMO COOPERATIVO. DESENVOLVIMENTO NA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA E NO BRASIL*  
**PROF. ORIENTADOR:** *Luís Afonso Heck*  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:** *DIREITO DO ESTADO E TEORIA DO DIREITO*  
**DATA DEFESA:** 19/12/2001

#### BANCA EXAMINADORA

NOMES:	INSTITUIÇÃO:
<i>Eduardo Kröeff Machado Carrion</i>	UFRGS
<i>José Alfredo de Oliveira Baracho</i>	UFMG
<i>Ricardo Lobo Torres</i>	UERJ

## Resumo

Trata a presente dissertação do tema federalismo cooperativo, na República Federal da Alemanha e no Brasil. Analisa-se o desenvolvimento histórico desta forma de estado nos dois países e a estruturação atual do princípio federativo. Sabe-se que um dos aspectos mais marcantes do federalismo atual é a centralização de competências, especialmente as legislativas, sendo o desenvolvimento do federalismo cooperativo uma das formas de amenização dos efeitos decorrentes de tal centralização. Na República Federal da Alemanha desenvolveram-se diversas formas

de coordenação e de cooperação entre os entes federativos, especialmente através do estabelecimento de tarefas comunitárias e do desenvolvimento do princípio da “conduta federativa amistosa” para a melhoria das relações entre os entes federativos. Quanto ao Brasil, analisa-se o aspecto mais marcante no desenvolvimento do federalismo cooperativo, o da repartição de receitas tributárias entre os entes federativos e a competição tributária entre os entes federativos e a competição tributária que se estabeleceu entre eles.

NOME: *Maurício Lindenmeyer Barbieri*  
 ANO DE INGRESSO NO CURSO: 1997  
 TEMA: *O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO*  
 PROF. ORIENTADOR: *Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*  
 ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO PROCESSUAL  
 DATA DEFESA: 20/12/2001

---

**BANCA EXAMINADORA**

NOMES:	INSTITUIÇÃO:
<i>José Maria Rosa Tesheiner</i>	UFRGS
<i>Marcelo Lima Guerra</i>	UFCE
<i>Carlos Alberto Chiarelli</i>	UFPEL

## Resumo

Objetiva-se um estudo da disciplina do ônus da prova analisado sob o enfoque da regra de juízo, especialmente no que pertine aos processos destinados à resolução das controvérsias de trabalho, ofere-

cendo critérios à aplicação do instituto fundamentados na condição social típica de empregado, no princípio da igualdade processual e no princípio da aptidão para produção da prova.

NOME: *Atílio Dengo*  
 ANO DE INGRESSO NO CURSO: 1999  
 TEMA: *A TRIBUTAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO*  
 PROF. ORIENTADOR: *Luís Afonso Heck*  
 ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO DO ESTADO E TEORIA DO DIREITO  
 DATA DEFESA: 21/12/2001

---

**BANCA EXAMINADORA**

NOMES:	INSTITUIÇÃO:
<i>Cláudia Lima Marques</i>	UFRGS
<i>Paula Forgioni</i>	FGV
<i>Humberto Bergmann Ávila</i>	PUCRS

## Resumo

O comércio eletrônico de bens incorpóreos representa uma nova forma de circulação de riquezas. Para esse tipo de comércio é irrelevante a existência de territórios e fronteiras geográficas. Mas, as normas tributárias dos Estados têm sua validade e eficácia condicionadas pela noção de territórios. Por consequência, essa nova realidade impõe aos Estados uma reformulação dos seus sistemas tributários, com ênfase para a colaboração fiscal entre Estados.

Nesse contexto, a OCDE vem formulando uma política fiscal para o comércio eletrônico que sirva de modelo aos Estados. Com isso, pretende-se uma relativa harmonização das legislações tributárias estatais, facilitando assim a referida colaboração fiscal.

Na esteira desses acontecimentos, a EU está discutindo uma proposta de diretiva para a

tributação do comércio eletrônico que altera aspectos da legislação do IVA e, de modo pioneiro, consubstancia a política proposta pela OCDE. Servindo, assim, como um importante referencial aos países que pretendem regulamentar a tributação do comércio eletrônico.

O presente estudo, após analisar esses temas, ingressa no sistema tributário brasileiro procurando identificar as semelhanças e diferenças existentes na regulamentação dos impostos nacionais incidentes sobre o consumo relativamente à política formulada pela OCDE. Atenção especial é dirigida ao estudo do ICMS e do ISS, particularmente na descrição das hipóteses de incidência dessas figuras impositivas. Por último, descreve-se as diferentes espécies de transações de comércio eletrônico e seu respectivo tratamento tributário.

# Normas Editoriais

## 1 Identificação

- 1.1 A Revista Da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) é publicada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).
- 1.2 A Revista da Faculdade de Direito da UFRGS é publicada duas vezes ao ano, nos meses de março e setembro.
- 1.3 À Revista da Faculdade de Direito da UFRGS foi atribuído o ISSN 0104-6594.

## 2 Objetivos

- 2.1 A Revista da Faculdade de Direito da UFRGS se destina a servir de veículo para a difusão de novos conhecimentos e para a troca de idéias entre pesquisadores, estudiosos, profissionais na prática e no desenvolvimento da Ciência do Direito e atividades afins. Sua publicação visa estimular a pesquisa e o estudo na área.

## 3 Normas Editoriais

- 3.1 Todos os originais enviados para publicação serão submetidos ao julgamento dos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de

Direito da UFRGS, pessoas de reconhecida competência nos assuntos das matérias propostas.

- 3.2 As colaborações enviadas à Revista da Faculdade de Direito da UFRGS devem se conformar às normas específicas da seção a que se destinam.
- 3.3 Serão aceitas colaborações inéditas. Excepcionalmente, poder-se-á aceitar trabalhos que já tenham sido publicados em outras revistas ou anais de reunião pública (congresso, simpósio, etc), desde que se obtenha a autorização explícita das entidades organizadoras ou da sociedade editora e, em todos os casos, será feita menção, de maneira precisa, da divulgação anterior.
- 3.4 Os originais serão publicados em língua portuguesa, excepcionalmente serão publicados em outro idioma.
- 3.5 Todos os artigos publicados na Revista da Faculdade de Direito da UFRGS passam a ser propriedade do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, ficando proibida sua reprodução total ou parcial, exceto para usos de estudos e pesquisa, sem sua autorização expressa.
- 3.6 A Redação se reserva o direito de introduzir alterações nos originais, visando manter a

homogeneidade e a qualidade da publicação, respeitando, porém, o estilo e as opiniões dos autores. Essas alterações não serão submetidas à aprovação dos autores.

3.7. As provas tipográficas não serão enviadas aos autores.

3.8 As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não expressam, necessariamente, as opiniões da Revista.

3.9 Os originais recebidos pela Revista da Faculdade de Direito da UFRGS não serão devolvidos.

## 4 Apresentação dos Trabalhos

Os trabalhos devem seguir, rigorosamente, as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), especialmente as mencionadas abaixo:

NBR 6022	Apresentação de artigos em publicações periódicas
NBR 6023	Referências Bibliográficas
NBR 6024	Numeração Progressiva das seções de um documento
NBR 6028	Resumos
NBR 10520	Apresentação de citações em documentos
NBR 12556	Apresentação de originais

### 4.1 Normas gerais

4.1.1 **Formato:** Todos os trabalhos devem ser enviados em disquete utilizando o seguinte editor de texto: Microsoft Word for Windows. O disquete deve ser acompanhado de três cópias em papel com as seguintes especificações: impresso em papel branco, tamanho A4, com espaço duplo e margens laterais de 3cm a 4cm, com

30 linhas de 70 batidas por lauda. A primeira lauda do original deverá conter apenas o título do artigo, nome completo do autor, nome e endereço da instituição a que está vinculado, minicurrículo e endereço postal. As laudas seguintes, sem qualquer identificação do(s) autor(es), deverão ser numeradas consecutivamente no canto superior direito.

4.1.2 **Tamanho:** para os artigos sugere-se um máximo de 30 laudas; os artigos muito extensos serão publicados em quantas edições que a Redação julgar necessárias. Para as comunicações aconselha-se um máximo de dez páginas e para as resenhas uma página.

### 4.2 Elementos pré-textuais

#### 4.2.1 Título

Deve ser conciso e claro, expressando o conteúdo do artigo.

#### 4.2.2 Autoria

Nome(s) do(s) autor(s), acompanhado(s) de breve currículo e endereço para contato.

#### 4.2.3 Resumo

Resumo informativo, em português, enfocando objetivos pretendidos, a metodologia empregada e as conclusões alcançadas no artigo. Sua extensão deve ser de aproximadamente 200 palavras.

#### 4.2.4 Palavras-chave

Termos indicativos do conteúdo do artigo, escolhidos em vocabulário livre ou controlado.

### 4.3 Elementos textuais

#### 4.3.1 Texto

Corpo do artigo estruturado em introdução, desenvolvimento e conclusão. No caso de divisão em seções, sua ordenação deve seguir o sistema de numeração progressiva, com subtítulos de caráter informativo.

#### 4.3.2 Elementos de apoio

Notas, citações, gráficos, tabelas, figuras, quadros e ilustrações, etc. devem ser limitados ao mínimo indispensável. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas em algum outro lugar, mencionar a fonte e a permissão para a reprodução. Sempre que possível evitar o uso de notas de rodapé ou notas no final do texto, se forem imprescindíveis, utilize as notas de rodapé. Para as citações deve ser utilizado o sistema autor-data.

#### 4.3.3 Referências bibliográficas

Lista, em ordem alfabética e numerada, dos trabalhos citados no artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto são da responsabilidade do autor. Na referência, todos os autores devem citados, evitando-se o uso da expressão *et alii* ou travessões, e os títulos dos periódicos devem figurar sem abreviações.

### 4.4 Elementos pós-textuais

#### 4.4.1 Tradução do título

Apresentação do título em inglês.

#### 4.4.2 Tradução do resumo

Apresentação do resumo em inglês.

#### 4.4.3 Key words

Apresentação das palavras-chave em inglês.

#### 4.4.2 Agradecimentos

Os agradecimentos a auxílios recebidos pelo(s) autor(es) podem ser mencionados no final do artigo.